



dhes

RED DERECHOS HUMANOS
Y EDUCACIÓN SUPERIOR

DERECHOS HUMANOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES

Programa financiado por
la Comisión Europea



Programa coordinado por



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona



Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual
© 2014 - dh.es. Red de Derechos Humanos y Educación Superior

Coordinadores:

Jane Felipe Beltrão
Jose Claudio Monteiro de Brito Filho
Itziar Gómez
Emilio Pajares
Felipe Paredes
Yanira Zúñiga

Diseño portada y contraportada: Xavier Pedrós

Diseño interior y paginación: EDO-SERVEIS <http://edo.uab.cat/edo-serveis>

Anna Díaz Vicario y Joaquín Gairín Sallán

ISBN: 978-84-697-0068-6



DERECHOS HUMANOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES

Manual

Coordinadores

Jane Felipe Beltrão
Jose Claudio Monteiro de Brito Filho
Itziar Gómez
Emilio Pajares
Felipe Paredes
Yanira Zúñiga

BREVE RESEÑA CURRICULAR DE LOS AUTORES

José AYLWIN. Es abogado con estudios en la Universidad de Chile (licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) y en la Universidad de Columbia Británica (magister en Derecho) y especialización en derechos humanos. Integró la Comisión Chilena de Derechos Humanos entre 1984 y 1993. Fue Director del Instituto de Estudios Indígenas de la UFRO entre 1994 y 1997. Ha sido Co Director del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (hoy Observatorio Ciudadano), ONG de documentación, promoción y defensa de derechos humanos de pueblos indígenas en Chile (2004 a la fecha). Ha realizado estudios e investigación sobre derechos de pueblos indígenas en las Américas. Autor de varias publicaciones sobre la temática de los derechos humanos, los pueblos indígenas y ciudadanía en Chile y el exterior. Es profesor de la cátedra de Derecho Indígena en la Universidad Austral de Chile.

George Rodrigo BANDEIRA GALINDO. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia y Profesor de Derecho Internacional Público en la misma institución. Máster en Derecho, Universidad de Brasilia. Doctor en Relaciones Internacionales, Universidad de Brasilia. Estudios Postdoctorales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Helsinki. Sus principales líneas de investigación: derecho internacional público; protección internacional de los derechos humanos; teoría e historia del derecho internacional; relaciones entre derecho internacional y derecho interno; derecho constitucional.

Renata BREGAGLIO LAZARTE. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magíster en Derechos Humanos por dicha casa de estudios. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente se encuentra desarrollando el doctorado en Derecho en la PUCP. Se ha desempeñado como abogada en organizaciones de sociedad civil encargadas de la promoción de derechos humanos, y como comisionada de la Adjuntía de Derechos Humanos y Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo. Actualmente es coordinadora académica del IDHEPUCP y docente del Departamento de Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP.

Julian BURGER. Profesor visitante en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex (Reino Unido). También ha impartido cursos de Derechos Humanos en instituciones como la Escuela de Estudios Avanzados de la Universidad de Londres y la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid). Durante más de 20 años dirigió el programa sobre los pueblos indígenas y las minorías en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Ginebra, donde fue responsable de las negociaciones de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y ayudó a establecer el principal mecanismo de garantía relacionados con los pueblos indígenas. Ha escrito extensamente sobre los derechos humanos y sobre pueblos indígenas.

Karlos CASTILLA. Abogado mexicano por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctorando y asistente de docencia en la Universitat Pompeu Fabra (UPF). Especialista en temas de sistema interamericano de derechos humanos, acceso a la justicia y migración. Becario CONACYT.

Assis DA COSTA OLIVEIRA. Abogado. Máster en Derecho por el Programa de Posgraduación en Derecho (PPGD) de la Universidade Federal de Pará (UFPA). Docente como asistente en la misma institución, imparte clases sobre derechos humanos en la Facultad de Etnodesarrollo, de la cual actualmente es director en el Campus de Altamira en Pará (Brasil). Es miembro asociado del "Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais" (IPDMS). Es miembro fundador del "Núcleo de Asesoría Jurídica Universitária" (NAJUPAK) e interviene en los grupos: Popular & quot; Aldeia Kayapó & quot;.

Ascensión ELVIRA PERALES. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrática (acreditada) de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III de Madrid. Sus líneas de investigación han versado principalmente sobre los derechos fundamentales, el control parlamentario y la ciudadanía europea. Entre sus publicaciones se encuentran: El derecho al secreto de las comunicaciones. Iustel, Madrid, 2007; con Luis M^a Díez Picazo (coautor): La constitución de 1978. Iustel, Madrid, 2008; "Spain" en How Constitutions change. Hart, Oxford (UK) y Oregón (USA), 2011; "Las relaciones entre tribunales", en Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías. Ed. Comares, Granada, 2012.

Rosmerlin ESTUPIÑAN SILVA. Abogada colombiana, PhD en Derecho, Maestría (LLM) en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (España), Maestría (LLM) en Derecho Público y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Francia). Seis años [2000-2006] como abogada y defensora de derechos humanos en Colombia en el seno del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CPDH). A partir de 2006, consultora e investigadora en Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Penal, Derechos Humanos y conflicto armado colombiano, con numerosas publicaciones en estos dominios. A partir de 2012, investigadora post-doctoral en el seno del Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona, Universidad Paris 1, Panteón-Sorbona GEDILAS-IREDIÉS (Paris, Francia).

Jane FELIPE BELTRÃO. Es Máster en antropología por la Universidade de Brasília (UnB) y Doctora en historia por la Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Es docente (asociada) en la Universidade Federal de Pará (UFPA) concretamente en el Instituto de filosofía y ciencias humanas (IFCH), es becaria de productividad en investigación del "Conselho nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico" (CNPq) interviniendo en los programas de posgrado en antropología y derecho. Forma y orienta nuevos profesionales de las áreas de antropología, derecho y salud, desde la perspectiva interdisciplinar. Es autora de libros didácticos contextualizados para la Amazonía.

Cristina FIGUEIREDO TEREZO. Doctora en Derecho por la Universidade Federal de Pará. Profesora (efetiva) de la Universidade Federal de Pará (UFPA). Profesora del programa de Doctorado "Sociedade, Natureza e Desenvolvimento" de la Universidade Federal del Oeste de Pará y del Programa de posgrado en Derecho de la UFPA. Es coordinadora de la clínica de Derechos Humanos de la Amazonía. Visiting Scholar en el Washington College of Law, American University. Desarrolla proyectos de investigación en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, grupos vulnerables y derechos económicos, sociales y culturales.

Shirley GAMBOA ALBA. Es Abogada y Economista (UAJMS), Diplomada en “Ciencia Política” y “Derecho Constitucional”, Máster en: “Ciencias de la Educación Superior”, “Gestión Universitaria” y “Ciencias Penales y Criminológicas”, Doctoranda en “Gestión e Innovación en la Formación” (USC-España). Actualmente es Docente Titular del Departamento de Derecho Constitucional, Docente de Posgrado y Formadora en Responsabilidad Social Universitaria. Ha publicado sola o en coautoría artículos referidos a principios indígenas, docencia universitaria e investigaciones realizadas en el marco de Proyectos de Cooperación Internacional (2007-2010). Ha desempeñado diversos cargos administrativos, habiéndole sido reconocida su labor investigadora (Comité Ejecutivo de la Universidad Boliviana, Secretaría Nacional de Investigación Científica, 2011) y obteniendo el Primer lugar como docente investigadora (Vicerrectorado y Departamento de Investigación Científica UAJMS, 2012).

Yolanda GÓMEZ LUGO. Doctora y Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense, Licenciada en Ciencias Políticas por la UNED. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid desde 2002. Asimismo, desde 1995 ha desarrollado tareas docentes y/o investigación en distintas universidades españolas, europeas y estadounidenses. Sus líneas de investigación se articulan en torno al derecho parlamentario, el sistema de fuentes y los derechos fundamentales, siendo autora de numerosos trabajos monográficos (monografías, artículos y capítulos en obras colectivas) en estos ámbitos, y destacando los trabajos: Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, 2008); “El reforzamiento del Senado en los procedimientos legislativos especiales del artículo 74.2 CE: Acuerdos de cooperación y distribución del Fondo de Compensación Interterritorial” (Garantías del Pluralismo Territorial, Madrid, CEPC, 2011).

Juana María IBÁÑEZ RIVAS. Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomada del Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y The International Center for Transitional Justice. Candidata al título de la Maestría (M2) de la Universidad Paris X Nanterre en Derechos Humanos (2013-2014). Fue abogada en el Área Legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (junio 2008-diciembre 2011). Previamente fue asesora jurídica de la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Bolivia, Ecuador y Perú (julio 2004-mayo 2008). Actualmente es consultora en temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario e investigadora del Groupe d'études en droit international et latino-américain de la Sorbonne (GEDILAS-IREDIÉS), Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne.

José Claudio MONTEIRO DE BRITO FILHO (Brasil). Doctor en Derecho de las relaciones sociales, por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Profesor del programa de posgrado en derecho de la Universidade Federal de Pará. Profesor Titular de la Universidade de la Amazônia. Miembro del Consejo Editorial de la “Revista Jurídica da Presidência”. Miembro de la Cámara Editorial del Boletín Científico de la “Escola Superior do Ministério Público da União”. Director para asuntos jurídicos de la Asociación Nacional de los “Procuradores do Trabalho”. Procurador Regional del Ministerio Público del Trabajo. Autor de diversos libros de entre los que destaca “Ações afirmativas” (2 ed., São Paulo – Brasil, LTr, 2013), y “Trabalho decente” (3 ed., São Paulo – Brasil, LTr, 2013).

Alejandro MORLACHETTI. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Máster en Leyes (LLM Universidad de Columbia, Nueva York). Profesor en diversos programas de posgrado de universidades argentinas y estadounidenses. Autor de "Sistemas Nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe Fundamentos jurídicos y estado de aplicación", "Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil.", "La jurisprudencia de la Corte Suprema y los derechos humanos en el ámbito de la salud mental", "Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los derechos humanos", "y de numerosos artículos científicos sobre protección de niñez. Consultor del Fondo de N.U. para la Infancia, del Programa N.U. para el Desarrollo, de la Organización Internacional para las Migraciones, del Fondo de Población de N.U., del Alto Comisionado de las N.U., y de la Organización Panamericana de la Salud. Miembro de la Comisión de Expertos de la Organización Iberoamericana de la Juventud.

Fernando MUÑOZ LEÓN es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale, y Profesor Auxiliar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, donde imparte las asignaturas de Derecho Constitucional e Historia del Derecho. Actualmente se desempeña como investigador responsable del Proyecto de Investigación N° 11121191 del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT) del Gobierno de Chile, titulado "El concepto de 'grupos desaventajados' como complemento a la dogmática constitucional chilena sobre igualdad". Es autor de numerosos artículos académicos, y editor del libro colectivo "Igualdad, inclusión y derecho: lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria" (Lom, Santiago, 2013).

Sebastián RUBIANO GALVIS. Abogado y candidato a maestría en Geografía de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Coordinador del Grupo de Derecho de Interés Público -GDIP- e investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas -CIJUS- de la Universidad de los Andes. También es profesor de Derecho Ambiental en la misma institución. Ha sido consultor en proyectos sobre minería en la Amazonia, derechos étnicos y desastres ambientales. Es autor de varias publicaciones en temas de derechos humanos, industrias extractivas, ordenamiento territorial y medio ambiente.

Nataly Viviana VARGAS GAMBOA. Es Licenciada en Derecho (UAJMS), Diplomada en "Teoría y práctica pedagógica universitaria", Máster en "Democracia y Buen Gobierno" y "Análisis económico del derecho y las políticas públicas" (USAL). Actualmente es Doctoranda en "Estado de Derecho y buen gobierno" (USAL). Ha publicado sola o en coautoría diversos capítulos de libro referidos a los principios indígenas, los problemas constitucionales, la Comunidad Andina, el derecho a la libre determinación, el derecho al agua y tratados internacionales de Derechos Humanos, todos ellos desde la perspectiva constitucional boliviana. Ha realizado diferentes ponencias internacionales en relación a los temas mencionados. Ha participado también, como miembro del equipo de investigación de la USAL, en el Proyecto de Investigación I+D+i: "La protección de los derechos en Latinoamérica: Los casos de Brasil, Bolivia y Chile" (2009-2012).

Lia ZANOTTA MACHADO. Graduada en Ciencias Sociales por la Universidade de São Paulo (1967). Máster en Sociología por la Universidade de São Paulo (1979). Doctorado en Ciencias Humanas (Sociología) por la Universidade de São Paulo (1980) y formación

postdoctoral en la École des Hautes Études en Sciences Sociales (1993/1994). Actualmente es profesora titular de antropología de la Universidade de Brasília. Sus áreas de especialización son: género, familia, violencia, prácticas judiciales, estudios feministas, derecho a la salud y antropología de las políticas públicas de género, salud y seguridad.

Yanira ZÚÑIGA AÑAZCO. Profesora Asociada de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Sus líneas de investigación han versado principalmente sobre los derechos fundamentales y la teoría feminista. Entre sus publicaciones se encuentran: Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina. Tirant lo Blanch, Madrid 2012 (coordinado en conjunto con Ruth Mestre i Mestre), “Una propuesta de análisis y de regulación del aborto en Chile desde la perspectiva feminista”, Revista Ius et Praxis, año 19, N°1, 2013; y “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Número 17, vol. 2, 2010.

ÍNDICE

Prólogo. Comité científico 13

I. Derechos humanos de los niños y adolescentes 19

1. La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos 21

Alejandro Morlachetti, UNICEF – Universidad de Lanús

2. La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos..... 43

Karlos Castilla, Universitat Pompeu Fabra

II. Derechos humanos de las personas con discapacidad..... 73

3. Asegurando el goce de los derechos en condiciones de igualdad: derechos humanos de las personas con discapacidad – contexto general..... 75

José Claudio Monteiro de Brito Filho, Universidade Federal do Pará

4. Entre mantenimiento y cambio: un análisis de los primeros años de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad 93

George Rodrigo Bandeira Galindo, Universidade de Brasilia

5. La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención.....113

Renata Bregaglio, Pontificia Universidad Católica de Lima.

III. Género y derechos humanos..... 135

6. Género y derechos humanos: revolución de ideas y políticas públicas (contexto general)137

Lia Zanotta, Universidade de Brasília

7. Sistema internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres.....141

Yolanda Gómez, Universidad Carlos III de Madrid

8. La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional americano179

Yanira Zuñiga, Universidad Austral de Chile

IV. Derechos humanos de los pueblos originarios y afrodescendientes 211

9. La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional213
Julian Burger, University of Essex
10. Movimientos, pueblos y ciudadanías indígenas: inscripciones constitucionales y derechos étnicos en latinoamerica241
Jane Felipe Beltrão y Assis da Costa Oliveira, Universidade Federal do Pará
11. Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación275
José Aylwin, Universidad Austral de Chile
12. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales.....301
Rosmerlin Estupiñán Silva y Juana María Ibáñez Rivas, Universidad Paris 1 Panteón Sorbona.

V. Derechos humanos y diversidad sexual 337

13. Derechos humanos y diversidad sexual: contexto general339
Fernando Muñoz León, Universidad Austral de Chile
14. La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual en el ámbito internacional355
Ascensión Elvira Perales, Universidad Carlos III de Madrid
15. Derechos humanos y diversidad sexual en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.....379
Cristina Figueiredo Terezo, Universidade Federal do Pará

VI. Anexo: estudios de caso 403

16. El Derecho de los «pueblos y naciones indígena originario campesinos» en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.....405
Nataly Viviana Vargas Gamboa y Shirley Gamboa Alba, Universidad Autónoma Juan Misael Saracho
17. La protección del desplazamiento forzado por desastres medioambientales en Colombia: hacia una perspectiva de derechos humanos.....431
Sebastián Rubiano Galvis, Universidad de Los Andes

PRÓLOGO

La vulnerabilidad está en todos y cada uno de nosotros, como lo están otras características propias del ser humano, como lo están la consciencia y la capacidad de amar, la empatía y la voluntad de supervivencia. No existe quien pueda considerarse ajeno a ella. No hay quien sea invulnerable.

La mitología griega, en su voluntad didáctica de explicar las realidades a través de sus dioses y sus héroes nos lo enseña con la historia de Aquiles, el principal héroe de la Guerra de Troya. Su madre, una ninfa marina llamada Tetis, lo sumergió al nacer en el río Estigia, con el comprensible deseo materno de hacerlo inmortal, y por tanto invulnerable. Pero la madre no pudo por más que sostener al bebé del talón al sumergirlo, para que no pereciese ahogado, y ese talón, no tocado por las aguas del Estigia, permaneció tan vulnerable como el de cualquier otro mortal. Muchos años después, una flecha envenenada lanzada por el príncipe Paris ante las puertas de Troya, y certeramente dirigida por el dios Apolo, laceró el talón del invulnerable héroe y, contra todo pronóstico y a despecho de la cuita materna, le haría caer en los brazos de Hades.

Así pues todo ser humano es vulnerable porque tal característica es intrínseca a la naturaleza mortal, si bien la vulnerabilidad no tiene por qué abordarse en negativo, puesto que la misma nos habla de nuestra capacidad para reaccionar, resistir y recuperarnos de una herida, de una lesión física o moral.

Así, quienes son vulnerables –esto es todos- lo somos en distinto grado, dependiendo de nuestra capacidad de resistencia frente a las afrentas de que somos objeto. Por eso la noción de vulnerabilidad nos lleva rápidamente a hablar de igualdad, porque no todos tenemos idéntica capacidad de resistencia, porque no todos somos igualmente vulnerables, porque podemos identificar con facilidad características que hacen de unas personas, de unos grupos, elementos más vulnerables que otros.

En materia de protección de los derechos humanos las nociones de igualdad y de vulnerabilidad van particularmente unidas. Son vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas

razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario.

Así el género es la condición que determina que las mujeres, sin ser una minoría numérica, estén en situación de especial vulnerabilidad en lo que al respeto de sus derechos humanos se refiere, vulnerabilidad que varía en función de cuan empoderadas estén esas mujeres en las sociedades en las que viven, y que pueden hacer de ellas sujetos particularmente sensibles a la lesión de los derechos socio-laborales (cobro de menor salario por el mismo trabajo que los varones, por ejemplo) o directamente a la lesión de condiciones básicas de la dignidad, como el derecho a la vida, a la libertad, a la educación o a la salud.

La orientación sexual se convierte en la condición determinante de la vulnerabilidad de lesbianas, gais, bisexuales y personas transgénero y transexuales. Aquí, de nuevo, la sociedad y el reflejo legal de las particularidades del grupo pueden hacer al mismo susceptible de la cercenación del derecho a la vida, en el peor de los casos, o del derecho a la igualdad en las relaciones de familia, lo que aún sucede en la mayor parte de los ordenamientos del planeta.

La edad hace de los menores y los adolescentes un grupo particularmente vulnerable en razón de su invisibilidad jurídica y de su alto grado de dependencia.

La discapacidad física, sensorial, mental e intelectual, o dicho de otro modo las capacidades diversas, suponen barreras de acceso al pleno ejercicio de algunos derechos esenciales, como el trabajo o la educación.

La pertenencia a etnias minoritarias implica en muchas ocasiones la existencia de una cosmovisión, de una organización social o de un bagaje cultural que llevan asociada la exclusión de esa minoría de las sociedades estatales en las que se ven integradas, exclusión que deriva en desigualdades manifiestas y en

lesiones, en ocasiones gravísimas de sus derechos propios, o de los derechos internacionalmente positivizados.

Y, junto a las anteriores, la condición de migrante o expatriado, la condición de refugiado o desplazado, las condiciones de pobreza extrema, la ancianidad, la enfermedad, el embarazo, etc., también pueden determinar la particular vulnerabilidad de un determinado grupo humano. A las consideraciones realizadas no puede dejar de añadirse que las condiciones de vulnerabilidad son acumulativas, de modo que las niñas, en las que concurren las condiciones de minoría de edad y género femenino, son más vulnerables que los niños, las mujeres indígenas más vulnerables que los varones de la misma etnia, los discapacitados afrodescendientes más vulnerables que los de etnia caucásica, y así sucesivamente.

Hemos identificado, por tanto, cinco grupos vulnerables cuyo estudio nos ha parecido particularmente relevante. Los cinco acaban de ser apuntados: mujer, niño/a y adolescente, LGTB, discapacitados/as, pueblos tradicionales y afrodescendientes. Existiendo otros, hemos centrado nuestro estudio en estos por considerarlos particularmente interesantes y porque la situación de vulnerabilidad que sufren incide particularmente en la ausencia de cohesión social, esto es en la aparición de desigualdades materiales profundas en el seno de nuestras sociedades.

Al hablar de desigualdad hablamos también de voluntad de erradicación de la misma. La vulnerabilidad es superable si se desarrollan los instrumentos necesarios para que el grupo en esa situación, el individuo que integra el grupo, mejore su capacidad de respuesta, de reacción, de recuperación ante las vulneraciones graves de sus derechos básicos. Y en ese contexto, en el que describe la voluntad de desarrollar instrumentos de superación de las desigualdades y la vulnerabilidad, es en el que surge el presente manual.

El grado de vulnerabilidad de las personas depende de distintos factores físicos, económicos, sociales y políticos, pero se pueden poner en práctica medidas que mitiguen el efecto de dichos factores, es decir se pueden poner medios para reducir los efectos del peligro de las lesiones de derechos. Entre esos medios

está el desarrollo de alertas ante las lesiones y la preparación ante las mismas, pero también el desarrollo de capacidades para recuperarse de las lesiones, y para resistir frente a las mismas, y en este ámbito los agentes de derechos humanos tienen una importancia fundamental.

La formación que ofrecemos en este manual pretende sensibilizar y dar herramientas de detección y reacción frente a las lesiones de derechos, colocando esas herramientas en manos de nuestros alumnos, que por estar cursando educación superior, se encuentran en unas condiciones óptimas para poder asistir, por sus conocimientos y sus capacidades, a quienes son víctimas de situaciones de extrema vulnerabilidad, facilitándoles los medios adecuados para reforzar su capacidad de reacción y reducir, precisamente, su vulnerabilidad.

No queremos hacer aproximaciones victimistas a los grupos estudiados. Todo lo contrario. Pretendemos aproximaciones constructivas y reparadoras. Empoderadoras. Igualitarias.

Cada uno de los grupos es objeto, en nuestro manual, de un bloque temático. Y cada uno de esos bloques se analiza desde tres perspectivas, por lo que cada bloque temático tiene tres capítulos, siempre los mismos en cada uno de los bloques, lo que da coherencia interna a los materiales.

La primera perspectiva analiza el contexto general. Se trata de una aproximación a cada uno de los grupos desde una perspectiva interdisciplinar y omnicomprensiva, que se plantea los problemas reales de vulneración de derechos que existen en relación con cada uno de los grupos.

La segunda asume una aproximación a los grupos desde el Sistema internacional de garantía de los derechos humanos. En este apartado se hace referencia a los instrumentos internacionales de garantía de los derechos aplicables a la protección de cada grupo y a las organizaciones internacionales específicas de garantía que existen, así como las políticas que desarrollan.

La tercera se refiere al Sistema Interamericano, y su objetivo es realizar una aproximación clara a los instrumentos regionales de garantía, con especial atención a la jurisprudencia de la Corte

Interamericana relativa a mujeres, menores, discapacitados, indígenas, afrodescendientes y LGTB.

Cada uno de los capítulos de este libro ha sido cuidadosamente elaborado por sus autores que, no solo plasman en sus trabajos el resultado de sus investigaciones, sino también el bagaje adquirido en la reunión de trabajo celebrada en Valdivia del 9 al 12 de abril de 2012 en la Universidad Austral de Chile, y en la que se discutieron ya las primeras versiones de cada uno de los textos aquí presentes. Además todos los trabajos han sido revisados por el Comité Científico, en aplicación de un sistema de revisión por pares, y corregidos y mejorados de nuevo por los autores. Entendemos que esta forma de trabajo en red, y de revisiones cruzadas, garantiza la calidad de lo aquí expuesto, y da coherencia interna a un trabajo que, por lo demás, ha resultado profundamente enriquecedor.

Por último, y como ya hicimos en el primer manual de esta colección, el dedicado a la protección multinivel de los derechos humanos, cumple recordar que el texto que ahora consulta el lector es producto de la Red de Derechos Humanos en la Educación Superior (RedDHES), un proyecto ALFA financiado por la Unión Europea. Las Universidades que forman parte de la red son la Universidad Pompeu Fabra y la Universidade Federal do Pará (coordinadoras), la Universidad de los Andes, la Universidad Austral de Chile, la Universidade de Brasilia, la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad Juan Misael Saracho, la Universidad Paris I-Panthéon Sorbonne, la Pontificia Universidad Católica del Perú, y la Universidad Técnica de Ambato. La práctica totalidad de los autores de esta guía pertenecen a una de las instituciones citadas.

Recordamos también que la RedDHES tiene como objetivo general la mejora de la calidad, pertinencia y accesibilidad de la educación superior en América Latina en materia de derechos humanos. Entre los objetivos más específicos se encuentra fomentar la cooperación entre Universidades europeas y latinoamericanas en el diseño e implementación de cursos con contenidos y metodologías basados en el desarrollo de competencias en materia de promoción de los derechos humanos.

En concreto se han identificado tres ejes temáticos: protección multinivel de derechos humanos; igualdad y grupos vulnerables; y derechos humanos y políticas públicas. En relación con cada uno de estos temas, se están elaborando tres tipos de materiales didácticos de distinta naturaleza: manuales, que consisten en la exposición ordenada y sistemática de los contenidos referidos a cada materia; guías de prácticas, que incluyen textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, así como también casos prácticos con los que trabajar en clase; y guías docentes, que desarrollan cuestiones metodológicas, referidas a las competencias a desarrollar, a las actividades a realizar dentro y fuera del aula, y a los métodos de evaluación. El trabajo actual se refiere al segundo eje (igualdad y grupos vulnerables) y, evidentemente, al material didáctico que hemos denominado manual.

Para concluir, el Comité científico desea agradecer la generosa contribución de los autores y otros participantes de la Red, así como, muy en particular la colaboración de Diane Fromage, cuya gestión ha sido, como siempre, impecable. Un trabajo en red de este tipo es tremendamente complejo. El grado de uniformidad, y la sintonía en el “espíritu” de lo que se transmite se basa en el esfuerzo de todos, y en la voluntad firme de lograr los objetivos que, entre todos, nos hemos dado. Por eso los errores de coordinación sólo son achacables al Comité Científico, y las virtudes del trabajo son de todos y cada uno de los que hemos participado en la elaboración del manual.

Comité Científico

Jane Felipe Beltrão

Jose Claudio Monteiro de Brito Filho

Itziar Gómez

Emilio Pajares

Felipe Paredes

Yanira Zúñiga

PRIMERA PARTE

**DERECHOS HUMANOS
DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES**

1

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Morlachetti
UNICEF

Resumen

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos humanos, lo que significa que son titulares no sólo de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), sino también de los contenidos en la totalidad de las normas de Naciones Unidas. Todo este bagaje normativo aporta el marco ético e ideológico, así como los estándares de derechos humanos que regulan las acciones dirigidas a la niñez. Esta aproximación justifica el repaso que se hace en estas páginas de los instrumentos generales de reconocimiento y garantía de los derechos humanos y, por supuesto, de la presentación de los mecanismos específicos de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estos últimos en plena y constante evolución y consolidación.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la segunda mitad del siglo pasado, nos encontramos con el desarrollo de un extenso cuerpo normativo para proteger el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Después de la Segunda Guerra Mundial surgen una serie de declaraciones y tratados que implican el reconocimiento expreso por los Estados de los derechos humanos. No se trata de una serie de normas que se agregaron a un orden existente, sino que la propia naturaleza de ese orden había cambiado, llevando entonces al reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional¹.

¹ "... la persona humana ya no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el Derecho Internacional contemporáneo una obligación erga omnes de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto... Ver Carrillo Salcedo, Juan A; Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo Ed. Técnos, Madrid, 1995.

La base fundamental normativa está constituida por la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos, que es el conjunto integrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos², el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ y que se constituyen como los principales instrumentos para la protección de los derechos humanos cuya aplicación es de carácter universal.

Posteriormente, se han adoptado tratados protegiendo a grupos específicos desde la prevención de la discriminación racial o contra la mujer, a la protección de derechos de la niñez y adolescencia o de las personas con discapacidad con la reciente adopción y entrada en vigencia de la Convención sobre las Personas con Discapacidad.

Los derechos humanos en general y los de la niñez en particular, encuentran protección internacional tanto en el sistema universal de las Naciones Unidas, como también en los sistemas regionales como es el caso para América de la Organización de los Estados Americanos y del Sistema Interamericano⁵.

2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Los derechos humanos son universales, inalienables e indivisibles y por lo tanto se reconoce a los niños, niñas y adolescentes (NNA) como personas titulares de derechos y obligaciones sin distinción de su condición socioeconómica, étnica, de religión, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen

² Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 A U.N GAOR, 3rd Sess., U.N. doc. 810 (1948).

³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, GA Res. 2200 A, U.N Gaor, 21st Sess., Supp No16, 49, U.N. Doc. A/6316 (1966).

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, GA Res. 2200 A, U.N Gaor, 21st Sess., Supp No16, 49, U.N. Doc. A/6316 (1966).

⁵ El presente documento solo desarrolla el sistema normativo y de protección universal de Naciones Unidas, correspondiendo el sistema interamericano de derechos humanos a otro capítulo.

nacional o social, nacimiento, edad o cualquier otra condición social propia o la de sus padres.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), como la totalidad de las normas de Naciones Unidas, aportan el marco ético e ideológico, así como los estándares de derechos humanos que regulan las acciones dirigidas a la niñez.

Los derechos fundamentales consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la más reciente Convención sobre las Personas con Discapacidad enumeran un vasto número de derechos que son también relevantes y plenamente aplicables para la protección de los derechos de las personas menores de 18 años.

Por supuesto que desde el concepto de ciclo de vida, se hace obvia la vinculación y la concordancia de la CDN y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Asegurar los derechos de las niñas y las adolescentes significa asegurar los derechos de las mujeres. Pero, también implica replantear las relaciones de género, desde la infancia, con el fin de construir nuevas formas de relacionarse entre los adultos, transformando las relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres. Elevar el tema de las necesidades de las niñas y las mujeres adolescentes en la agenda internacional representa

⁶ El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño dice que *“Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”*.

un paso importante hacia el cumplimiento de uno de los mandatos de la CEDAW sobre la mujer: modificar los patrones sociales y culturales de conducta del hombre y la mujer, con vista a lograr la modificación de los prejuicios y las costumbres y todas las otras prácticas que están basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de cualquiera de los sexos o los roles estereotipados del hombre y la mujer.⁷

3. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

Los NNA son titulares de los derechos fundamentales consagrados por los instrumentos internacionales, y conforme al principio de igualdad y no discriminación, la protección de los derechos humanos y su ejercicio y goce corresponde a todos los seres humanos – incluyendo los NNA- sin distinción alguna. Sin embargo, ha sido necesario adoptar instrumentos vinculantes para reafirmar esa protección a grupos específicos de población atento la persistente y sistemática violación de esos derechos sea por razones de edad, raciales, de género, o por tener alguna discapacidad.

Cuando se trata de los derechos de la niñez y la adolescencia, el cuerpo legal universal más relevante es la CDN⁸.

En su primer artículo define su ámbito de aplicación: "... todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Por lo tanto, todo lo dispuesto en la Convención es aplicable tanto a niños y niñas como a adolescentes, constituyéndose en el principal instrumento de protección de los mismos, que se constituye el marco mínimo de reconocimiento y respeto de los derechos de los NNA y que combina en un sólo tratado los derechos

⁷ Morlachetti, Alejandro, *Towards the Integral Protection of the Rights of Children/Girls and Adolescents in the Inter-American System*, in the publication *Interpretation of the Equality and Non-Discrimination Principles for Women's Rights in the Inter-American System Instruments*. Inter-American Institute of Human Rights. 2009.

⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y entró en vigencia el 2 de Septiembre de 1990.

civiles y políticos⁹, económicos, sociales y culturales, considerándolos como interdependientes y complementarios para asegurar la protección integral de NNA.

La Convención reconoce como antecedente a la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada en 1924 por la Sociedad de Las Naciones, organismo que antecedió a las Naciones Unidas. En esta declaración se reconocía que *“...la humanidad debe a los niños lo mejor que puede ofrecer”*.

El único texto de carácter universal anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, fue la Declaración de los Derechos del Niño adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959. Sin embargo, al ser una declaración esta no tiene carácter vinculante, es decir no es obligatorio para los Estados¹⁰.

El impacto que ha tenido la CDN ha sido muy importante, siendo el instrumento internacional específico de protección de derechos humanos que ha gozado de mayor aceptación y reconocimiento internacional¹¹. Acompañan a la CDN tres protocolos facultativos: El Protocolo Facultativo Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados; el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de Niños en la Pornografía y el reciente Protocolo Facultativo relativo a un Procedimiento de Comunicaciones (todavía no está vigente).

Además de la CDN, y de los demás tratados de derechos humanos ya mencionados, es importante también tener en cuenta las tres resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones:

⁹ No figuran en la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos políticos en el sentido estricto. Esto es, el derecho de votar, de ser candidato y de tener acceso a la función pública. De todas maneras, esto no implica negación de derechos políticos en un sentido amplio. En efecto, la Convención reconoce a los niños, niñas y adolescentes los derechos a la libertad de expresión, de reunión y participación.

¹⁰ Establece el principio de que el niño *“...gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, el interés del niño será la consideración primordial”*.

¹¹ Morlachetti, Alejandro. Sistemas Nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación. UNICEF y División de Desarrollo Social. CEPAL. Enero 2013.

- Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing)¹².
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹³.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad - Resolución 45/112) 14 de diciembre de 1990)¹⁴.

Si bien las tres resoluciones no son directamente vinculantes ni obligatorias para los gobiernos, (atento que no son tratados), eso no soslaya la importancia de estas normas que constituyen recomendaciones y adquieren una fuerza especial ya que muchos de sus principios se encuentran reflejados en el texto de la Convención. Y en el caso de las Reglas de Beijing están expresamente incorporadas al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹² Las Reglas de Beijing, constituyen primordialmente una orientación para los Estados para que elaboren sistemas especiales para la administración de la justicia de menores que proteja y responda a las necesidades de los derechos de las personas jóvenes. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

¹³ Estas Reglas salvaguardan los derechos fundamentales y obliga los Estados a tomar medidas para la reinserción de las personas menores de edad que ya están privados de su libertad. Establece que se entenderá por privación de libertad toda forma de encarcelamiento o internación en un entorno privado o público del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de autoridad judicial o administrativa. (Regla 11.B). Entre los principios fundamentales que establecen las Reglas son que la privación de la libertad debe ser una disposición de último recurso, que dure lo menos posible y se limite a casos excepcionales y que, además, toda privación de libertad debe ajustarse estrictamente con los principios del derecho internacional. Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

¹⁴ Las Directrices de Riad constituyen en una guía de prevención para que las personas adolescentes y jóvenes no entren en conflicto con la ley. Se destacan los capítulos dedicados a la familia, la comunidad, la escuela, los medios de comunicación, la política social, la legislación y la administración de la justicia. Se dispone que: «Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil, es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes y respete y cultive su personalidad a partir de la infancia» (art. 2). De acuerdo al artículo 3 «...Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control. A.G. res. 45/112, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 201, ONU Doc. A/45/49 (1990).

La CDN parte del concepto de NNA como sujetos de derechos y obligaciones, y estipula que como tales deben gozar de las mismas garantías que los adultos, aparte de aquellas que les corresponden por su especial condición. De este modo, reafirma, en primer lugar, la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos a los seres humanos en general en otros instrumentos de derecho internacional a NNA. Asimismo, establece requisitos específicos en cuanto a algunos derechos ya reconocidos por otros tratados, tomando en cuenta las necesidades especiales de la niñez. Y por último, la Convención establece normas que atañen exclusivamente a la problemática de la infancia y la adolescencia.

La CDN involucra a la totalidad de la niñez y la adolescencia y convierte a cada NNA en sujeto pleno de derechos, abandonando el concepto de la población infanto-juvenil como objeto pasivo de intervención por parte de la familia, el Estado y la sociedad. Esta concepción se basa en el reconocimiento expreso de ellos y ellas como sujetos de derechos que se desprende de su carácter de persona humana, en oposición a la idea de ser definidos a partir de su incapacidad jurídica.

Este enfoque que aporte la CDN y que involucra a la totalidad de la niñez y la adolescencia tiene los siguientes efectos:

- a) Niños, niñas y adolescentes son personas titulares de derechos y obligaciones, igual que los adultos, y por tanto, sujeto de derechos. No pueden ser considerados objetos pasivos de protección del Estado y de los padres.
- b) Más allá del respeto a los derechos y deberes de los progenitores y representantes, es de destacar el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, cuando aclara que las facultades otorgadas a los padres son conferidas con el objetivo de impartirlas en consonancia con la evolución de sus facultades para que los NNA ejerzan los derechos reconocidos en ese instrumento internacional.
- c) Los NNA deben gozar de las mismas garantías procesales reconocidas constitucionalmente a los adultos.

3.1. Principios rectores de la Convención sobre los Derechos de los Niños

Es importante destacar y que se tengan en cuenta ciertos principios rectores que establece la CDN sobre los cuales se apoya el resto de los derechos, estos son los principios de interés superior, no discriminación, ser oído y participación, y derecho a la vida y desarrollo.

- Interés superior del niño: Si bien la Convención no ofrece una definición precisa de este principio, el interés superior debe siempre ser la consideración primordial para todas las acciones que afecten a los niños y niñas, sean tomadas por actores públicos como instituciones sociales, tribunales, autoridades administrativas y cuerpos legislativos o por actores privados como organizaciones sociales.

Para el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño se refiere a las medidas que tomen tanto las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos y exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura¹⁵.

En su reciente Observación General 14, el Comité de los Derechos del Niño aborda el significado del interés superior desde una triple perspectiva: 1. Como un derecho sustantivo. Es decir el derecho del niño y niña a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño o niña, a un grupo de ellos y ellas concreto o genérico o a la niñez en general. 2. Como un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de

¹⁵ CDN. Artículo 3: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. 3. Como una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o niña en concreto, a un grupo de niños o niñas o a la niñez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en niñas o niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales y un procedimiento que las garantice. La legislación debería garantizar que se tenga en cuenta explícitamente el interés superior del niño, y establecer criterios para la decisión y ponderación de los intereses de la infancia y la adolescencia frente a otras consideraciones.

- Derecho a opinar, ser oído y tenido debidamente en cuenta¹⁶: Los NNA tienen derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos en que tengan interés y que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su madurez y desarrollo. En los últimos años se ha ido extendiendo el entendimiento de este principio como también de "participación", aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12¹⁷. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. El término "que esté

¹⁶ CDN. Artículo 12: *Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*"

¹⁷ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12 del 20 de julio de 2009.

en condiciones de formarse un juicio propio" no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones¹⁸. Se debe garantizar el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente, en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior y no basta con escuchar a los NNA;

Las opiniones de los NNA tienen que tomarse en consideración seriamente a partir del momento en que sean capaces de formarse un juicio propio. Para los NNA, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación¹⁹.

- Igualdad y no discriminación: Se trata de la igualdad de NNA, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, origen social o étnico, discapacidad, apariencia física, o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres, de su grupo familiar, representantes legales o responsables en su caso²⁰.

¹⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 12.

¹⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 12.

²⁰ CDN. Artículo 2: 1. *Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.* 2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*

- El derecho a la vida y el desarrollo²¹: Implica el derecho a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño²². El artículo 6 de la CDN señala que los Estados Partes deben garantizar la vida, la supervivencia y desarrollo de los NNA; y en su artículo 27, se reconoce el derecho de la niñez a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; mientras que el artículo 19 compromete a los Estados a tomar todas las medidas necesarias (legislativas, administrativas, sociales y educativas), para proteger a NNA de todo tipo de abuso, malos tratos, explotación, etc. Este concepto involucra el derecho a la asistencia material. El Art. 27 inc. 2 compromete al Estado a proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente vivienda, vestuario y nutrición.

3.2. Derechos en la Convención sobre los Derechos del Niño

Además de los principios transversales ya enumerados, la CDN contiene una importante lista de derechos, además de explicitar la necesidad de adopción de medidas especiales para garantizar el pleno goce y ejercicio de esos derechos por parte de NNA integrantes de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, o personas con discapacidad.

²¹ CDN. Artículo 6: *1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.*

²² El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños. Observación General N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) CRC/GC/2003/5 27 Noviembre 2003.

Algunos derechos de la Convención de los Derechos del Niño	
Derecho a la familia y a la vida familiar	Artículos 8, 9, 10, 16 y 18.
Derecho a la identidad, documentación e inscripción nacimiento	Artículos 7 y 8
Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión	Artículo 14
Derecho a la libertad de expresión y derecho a la información	Artículos 13 y 17
Derecho a la libre asociación y reunión	Artículo 15
Derecho a la integridad personal y protección contra abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual y la explotación sexual	Artículos 19 y 34
Derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego.	Artículo 31
Derecho a la salud	Artículo 24
Derecho a la educación	Artículos 28 y 29
Derecho a un nivel de vida adecuado (incluyendo asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda)	Artículos 27
Derecho a la seguridad social	Artículo 26
Derecho a la protección contra el trabajo infantil y explotación económica	Artículo 32
Derecho a la libertad personal y debido proceso	Artículos 37 y 40

4. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS ANTE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Es mediante el poder para consentir y celebrar acuerdos que los Estados han creado un sistema político internacional y también han creado normas e instituciones para gobernar esas relaciones, es decir, es el derecho internacional que rige ese sistema. La autoridad fundacional del derecho internacional reside en el reconocimiento que los Estados han hecho como obligatorio para ellos y en el principio *pacta sunt servanda*, que se encuentra reflejado en la Convención de Viena sobre los tratados, al

establecer que *“todo tratado es obligatorio para las partes del mismo y debe ser respetado de buena fe”*²³.

En la misma Convención en el artículo 27 se establece además que los Estados no podrán invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado válidamente celebrado.

Todos los tratados de derechos humanos comportan para los Estados una serie de obligaciones básicas:

- **La obligación de respetar** requiere que los Estados partes se abstengan de interferir en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos de derechos humanos²⁴.
- **La obligación de proteger** requiere que los Estados partes impidan la violación de los derechos por parte de terceros (Por ejemplo, asegurar que no exista discriminación en instituciones educativas privadas conforme el artículo 2 de la CDN).
- **La obligación de realizar** abarca las obligaciones estatales de facilitar el acceso a y de garantizar la plena efectividad de los derechos. (Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a los NNA)
- **La obligación de facilitar** entraña las obligaciones de promover y hacer efectivo cada derecho humano; es decir, el Estado debe adoptar medidas que faciliten el goce de los derechos humanos por toda la población (medidas legislativas, de política pública, de asignación de recursos, etc.) para lograr la plena realización de los derechos humanos²⁵.

²³ Art. 26 Convención de Viena (U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S)

²⁴ La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del (artículo 1.1 de la Convención Americana), es la de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Velásquez Rodríguez.

²⁵ Es obligación de los Estados Partes garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las

5. EL ROL DE LOS PODERES DEL ESTADO EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Los derechos reconocidos en la CDN y los tratados de derechos humanos son vinculantes y eso exige que los Estados adopten todas las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de otra índole para dar efectividad a esos derechos (Art 4 CDN).

El Comité de los Derechos del Niño, afirma en su Observación general 5, que la aplicación efectiva de la Convención exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos de NNA en toda la administración pública, entre los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad civil, incluidos especialmente los propios NNA²⁶.

El Comité de los Derechos del Niño considera esencial la revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituyen una obligación²⁷. Es deber de los legisladores adoptar las medidas legislativas apropiadas para armonizar toda la legislación interna en concordancia con los tratados internacionales que el Estado se comprometió a respetar, así como la aprobación de presupuesto con perspectivas de derechos y que tengan como resultado la igualdad sustantiva y el pleno respeto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas.

En el ámbito de la justicia, se trata de tener jurisprudencia receptiva de los tratados de derechos humanos y en especial para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones.

estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados Partes deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Velásquez Rodríguez.

²⁶ Ver al respecto Observación General N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5 27 Noviembre 2003. Pár. 27.

²⁷ Comité Derechos del Niño. Observación 5. Pár. 18.

Los Estados deben tratar particularmente de lograr que los NNA y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de NNA. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades de la niñez, el asesoramiento, la promoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada²⁸.

Por último, también tiene un rol crucial, y el Comité lo considera como parte del compromiso asumido por los Estados Partes al ratificar la Convención, el establecimiento de instituciones independientes de derechos humanos (Defensor del Pueblo, Defensor del niño, etc.) que tengan la capacidad de vigilar de manera independiente el cumplimiento por el Estado de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y los progresos logrados en la aplicación de la Convención y hacer todo lo posible para que se respeten plenamente los derechos de la niñez²⁹.

6. EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS DE VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de las Naciones Unidas existe un sistema de monitoreo y vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos por parte de los Estados basado en dos tipos de mecanismos. Los mecanismos convencionales, que son los Comités creados en virtud de los propios tratados, que vigilan el cumplimiento y progreso de los Estados Partes a las normas internacionales establecidas en dichos documentos. Y un sistema de verificación independiente del marco de los tratados, los llamados mecanismos extra-convencionales, los cuales dependen del Consejo de los Derechos Humanos³⁰: los procedimientos especiales para examinar

²⁸ Comité Derechos del Niño. Observación 5. Pág. 24

²⁹ Ver Observación general N° 2 (2002), titulada "El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño".

³⁰ La Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, el 15 de marzo de 2006, sustituir a la Comisión de Derechos Humanos³⁰, como organismo intergubernamental central de las Naciones Unidas para los derechos humanos, por el Consejo de Derechos Humanos, como nuevo órgano subsidiario de la Asamblea General. El Consejo de Derechos Humanos asumió todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión. La composición del Consejo quedó integrada por cuarenta y siete Estados Miembros elegidos de forma directa e

situaciones nacionales o temas específicos desde el punto de vista de los derechos humanos y el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos (EPU).

En cuanto a los procedimientos especiales, se trata de los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos para afrontar situaciones concretas en los países o cuestiones temáticas a nivel global. Los procedimientos especiales pueden estar integrados por una persona -denominada "Relator Especial", "Representante del Secretario General" o "Experto Independiente"-, o por un grupo de trabajo.

Si bien todos los mandatos son relevantes para la protección de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales de la niñez³¹, existen dos mandatos específicos para la niñez como es la Relatora especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y la Relatora especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños.

El EPU es un proceso impulsado por los Estados, bajo los auspicios del Consejo de Derechos Humanos, que brinda la oportunidad para que cada Estado pueda detallar qué acciones han tomado para mejorar la situación de derechos humanos en sus países y para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. Este procedimiento que garantiza que todos los Estados serán evaluados cada 4 años acerca de su nivel de cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos comprende el examen de la situación de derechos humanos del Estado examinado y la implementación de las recomendaciones y promesas y de la situación de derechos humanos en el país desde la revisión anterior. Se tienen en cuenta para la revisión como base

individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General, con base en una distribución geográfica equitativa.

³¹ Entre ellos se destacan el Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; Relator Especial sobre el derecho a la educación; Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes; Experto independiente en cuestiones de las minorías; Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias; Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias; Relator Especial sobre la vivienda adecuada; Experto independiente sobre los derechos humanos y la extrema pobreza; Relator Especial sobre el derecho a la alimentación.

la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos de Derechos Humanos a los que el Estado es parte, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto los llamados mecanismos convencionales, cada tratado de las Naciones Unidas sobre derechos humanos tiene un órgano cuyo propósito principal es supervisar el cumplimiento de las disposiciones de aquel por parte de los Estados que lo han ratificado.

Los países contraen la obligación de presentar a cada Comité informes periódicos sobre la manera en que se toman medidas para la protección y promoción de los derechos. Además del procedimiento de presentación de informes, algunos órganos de tratados pueden desempeñar funciones de supervisión complementarias con otros tres mecanismos: el procedimiento de investigación, el examen de denuncias entre los Estados y el examen de denuncias de particulares.

La actividad de los Comités se expresa de la siguiente forma:

- Observaciones generales: aquellas que contribuyen a la interpretación para aclarar el contenido y alcance de las obligaciones consagradas por los tratados.
- Observaciones finales: aquellas que recogen las conclusiones que proceden del examen que estos órganos realizan periódicamente a cada Estado.
- Dictamen *sobre comunicaciones individuales*: aquellas que se refieren al resultado del análisis del Comité sobre el fondo de las comunicaciones individuales.

6.1. Órganos de vigilancia de los tratados

Organismo de vigilancia de tratados	Protocolos Facultativos
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), aprobado en 1966	
Comité de Derechos Humanos	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que posibilita las denuncias de los particulares, aprobado en 1966 Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

	Políticos relativo a la abolición de la pena de muerte, aprobado en 1989
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), aprobado en 1966	
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Protocolo facultativo (no entró todavía en vigencia)
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), aprobada en 1965	
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Sin protocolo facultativo
Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada en 1979	
Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que posibilita la presentación de denuncias de los particulares y las investigaciones, aprobado en 1999
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada en 1984	
Comité contra la Tortura	Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que instituye los mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia y que fue aprobado en 2002
Convención sobre los Derechos del Niño (CRC), aprobada en 1989	
Comité de los Derechos del Niño	Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual permitirá al Comité de Derechos del Niño conocer denuncias individuales por vulneraciones de los derechos consagrados en la Convención. Todavía no entró en vigencia
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICMW), aprobada en 1990	
Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Sin protocolo facultativo
Convención Internacional sobre las Personas con Discapacidad, aprobada en 2008	

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Protocolo facultativo

6.2. Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño es el órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité también supervisa la aplicación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, así como 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.

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Convención (Art. 43). Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años (Art 44).

De la misma forma que el resto de los Comités, también adopta observaciones generales que expresan su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos.

OBSERVACIONES GENERALES

1. Propósitos de la educación.
2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño.
3. El VIH/SIDA y los derechos del niño.
4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia.
8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.
9. Los derechos de los niños con discapacidad.
10. Los derechos del niño en la justicia de menores.
11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.
12. El derecho del niño a ser escuchado.

13. El Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.
14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
15. El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.
16. Obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.
17. El derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes.

Hasta el momento el Comité no puede examinar denuncias de los particulares, aunque se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos del niño ante otros comités que si tienen competencia para examinar denuncias por parte de particulares o grupos de personas. Sin embargo ya está abierto a ratificación el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones que fuera adoptado el 19 de Diciembre de 2011³².

Este instrumento, cuando entre en vigencia, va a permitir la presentación de comunicaciones en nombre de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en cualquiera de los siguientes instrumentos en que ese Estado sea parte: (a) La Convención; (b) El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Al examinar denuncias, el Comité de los Derechos del Niño debe seguir el principio del interés superior del niño y considerar los derechos y las opiniones de los NNA víctimas. Las Reglas de Procedimiento para utilizar el mecanismo de denuncias serán adaptadas a los niños y las comunicaciones deben ser remitidas con el consentimiento de NNA víctimas, a menos de que la persona que presenta la denuncia pueda justificar que los está representando aún sin ese consentimiento.

El Comité podrá adoptar medidas provisionales tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, que puedan ser necesarias en circunstancias excepcionales

³² A marzo de 2013, El Protocolo ha sido firmado por 35 Estados y ratificado por dos Estados: Gabón y Tailandia. (Información: <http://treaties.un.org/>) Se requiere un mínimo de diez Estados para que el Protocolo entre en vigencia.

para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación.

El Protocolo también prevé la posibilidad de iniciar un procedimiento de investigación en caso que el Comité, reciba información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos y en ese caso invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CARRILLO SALCEDO, JUAN A; Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo Ed. Técnos, Madrid, 1995.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 2 (2002), titulada "El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño".
- ____ Observación General N° 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5 27 Noviembre 2003.
- ____ Observación General Nro. 12 (2009) sobre "El derecho del niño a ser escuchado". CRC/C/GC/12 del 20 de julio de 2009.
- ____ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013.
- ____ Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). CRC/C/GC/15. 17 de abril de 2013.
- MORLACHETTI, ALEJANDRO. Sistemas Nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación. UNICEF y División de Desarrollo Social. CEPAL. Enero 2013.
- ____ "Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil." Serie Políticas Sociales. División de Desarrollo Social. CEPAL-UNICEF. Julio 2010, Santiago de Chile.
- ____ "*Towards the Integral Protection of the Rights of Children/Girls and Adolescents in the Inter-American System*", in the publication Interpretation of the Equality and Non-Discrimination Principles for Women's Rights in the Inter-American System Instruments. Inter-American Institute of Human Rights. 2009.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
LOS DERECHOS HUMANOS. Folleto Informativo 30 El Sistema de
Tratados de las Naciones Unidas.

2

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Karlos Castilla
Universidad Pompeu Fabra

Resumen

Este manual contiene información básica para acercarse al estudio de los derechos de niñas y niños en el sistema interamericano de derechos humanos. Para ese fin, en primer lugar, se hace una descripción amplia de lo que es el sistema interamericano de derechos humanos. Posteriormente, a partir del contenido de diversos tratados interamericanos se establecen los elementos que integran la definición ampliamente aceptada de quién es niño o niña. Con ese entendimiento, se hace en seguida un análisis detallado del conjunto de normas jurídicas en las cuales están reconocidos los derechos de niñas y niños, para después establecer quién tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos de niños y niñas, así como cuáles son el conjunto de derechos que normativa y jurisprudencialmente han sido reconocidos a niñas y niños en el sistema interamericano de derechos humanos. Finalmente, teniendo todo el desarrollo anterior, se estudia qué es el interés superior de la niñez y cómo ha sido tratado y desarrollado éste en el sistema interamericano.

1. ¿QUÉ ES EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS?

El sistema interamericano de derechos humanos es el conjunto de tratados, instituciones y personas que en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), como organismo regional que reúne a los 35 Estados independientes de América, ha sido instituido para velar por la protección y garantía de los derechos humanos en este Continente.

El sistema interamericano de derechos humanos tiene su sustento legal en la Carta de la Organización de Estados Americanos, que es el tratado por el cual se crea dicho organismo regional, pero principalmente encuentra su base legal de

funcionamiento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como “Pacto de San José”, además de otros tratados que posterior a éste han sido aprobados por la OEA.

Los órganos principales de este sistema lo son la Comisión (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), pero además de éstos, es fundamental la participación de los Estados y, por supuesto, de todas las personas a quienes se dirige la protección de los derechos humanos en América.

2. ¿QUIÉN ES NIÑO O NIÑA?

Ningún tratado de derechos humanos aprobado en el marco de la OEA establece una definición respecto a qué persona podemos considerar como niño o niña.

En el marco de la OEA, sólo los tratados de derecho internacional privado establecen a quién se le considera menor. En ese sentido, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias en su artículo 2, señala que: “se considerará menor a quien no haya cumplido la edad de dieciocho años”. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores establece también en su artículo 2, que: “se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad”. Finalmente, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores en su artículo 2, inciso a), establece que menor es “todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años”.

De lo anterior, podemos concluir que existe una coincidencia mayoritaria en los tratados aprobados en el marco de la OEA, que sin ser de derechos humanos se refieren de manera especializada a los menores, respecto a que se entiende como menor a *todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años*.

No obstante ello, ante la falta de definición en los tratados de derechos humanos, en el marco del sistema interamericano se ha tomado como válida y aplicable la definición que de niño contiene la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual, en su artículo 1, establece que: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Como vemos, lo establecido en los tratados de la OEA y lo establecido en la Convención de la ONU son en realidad coincidentes en la definición, por lo que, sin duda alguna, podemos establecer que **niño o niña es todo ser humano con menos de dieciocho años de edad**, o como lo ha establecido la Corte Interamericana: «toda persona que no ha cumplido 18 años de edad»¹.

3. ¿DÓNDE ESTÁN RECONOCIDOS LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS?

Lo primero que se debe decir en este apartado es que, los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes son los mismos derechos humanos que tiene cualquier otra persona, sin importar la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Esto es importante reiterarlo ya que, los tratados y leyes especializadas, en este caso en niños y niñas, lo único que hacen es precisar, especificar y poner énfasis en que por la calidad de menores de dieciocho años, esas personas requieren de una protección reforzada, especial de sus derechos humanos.

Pero insistiendo que las niñas y los niños, tienen todos y los mismos derechos humanos que cualquier otro ser humano.

En ese sentido, debemos establecer que los derechos humanos de los niños y las niñas en el sistema interamericano están reconocidos en los instrumentos que a continuación se enlistan, debiendo advertir que, se resalta el contenido de aquéllos que cuentan con una norma que de manera expresa pone énfasis en los menores de 18 años, pese a que todo el contenido de dichos instrumentos se debe considerar como dirigido también a la protección de niños y niñas aunque no se establezca expresamente.

¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, párr. 42.*

Así, los derechos humanos de los niños y las niñas se encuentran reconocidos en el sistema interamericano, en los siguientes instrumentos:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo **niño**, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José.

Artículo 19. Todo **niño** tiene derecho a las medidas de protección que su condición de **menor** requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Artículo XII. Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de **menores** que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

Artículo 7. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los **menores** de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de **menores** de 16 años, la jornada de trabajo

deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

Artículo 15.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

b. garantizar a los **niños** una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. adoptar medidas especiales de protección de los **adolescentes** a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los **niños** perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Artículo 16. Todo **niño** sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo **niño** tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el **niño** de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo **niño** tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Carta Democrática Interamericana.

Artículo 16. La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las **niñas** y las mujeres, los habitantes

de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías.

Artículo 27. Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil. Se prestará atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la **niñez** y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".

Artículos 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los **menores** afectados;

Artículo 9. Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, **menor de edad**, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.
- Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación.

Artículo 19. Los Estados Parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los **menores** de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

- Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.

Artículo 25. La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

- Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores.
- Convención sobre asilo territorial.
- Convención sobre asilo diplomático.
- Convención sobre asilo político.
- Convención sobre la nacionalidad de la mujer.

Como puede observarse de todo lo anterior, en el sistema interamericano de derechos humanos no tenemos un tratado similar a la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, siendo los únicos tratados especializados en menores aquéllos de naturaleza y con origen en el derecho internacional privado, los cuales sin duda alguna también recogen importantes elementos para la protección de niñas y niños, pese a que no sean tratados de derechos humanos.

Así, no debemos olvidar, y por ello se reitera que, además de los artículos que de cada tratado aquí han sido destacados, el conjunto de estos instrumentos debe entenderse como aplicable a la protección de los derechos humanos de niñas y niños en el marco del sistema interamericano.

4. ¿QUIÉN ESTÁ ENCARGADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS?

De acuerdo con todo lo que antes se ha señalado y del contenido de los instrumentos que han sido citados, podemos establecer que la protección de los niños y las niñas recae en:

- La familia
- La sociedad
- El Estado, y
- Los órganos establecidos en cada tratado para la vigilancia y observancia del contenido de dichos tratados.

En cuanto a la **familia**, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, está llamada a satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas de éstos, debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. La familia es el núcleo primario en el cual los niños y las niñas se deben desarrollar armónicamente, además del espacio en el cual en primer momento deben ejercer y contar de manera plena con los derechos de los cuales son titulares. La familia debe velar por que los niños y las niñas tenga las condiciones necesarias para lograr su desarrollo integral, lo que implica no sólo proporcionar medios materiales, sino también afectivos y psicológicos, además de la constante garantía y respeto pleno de los derechos de estos sin excepción².

² Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002*. Serie A, No. 17.

En este punto, se debe destacar que no hay un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. El término «familiares» debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano³, no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio⁴.

Respecto a la **sociedad**, como el entorno en el que se desarrollan las familias y el espacio de convivencia ampliado entre personas, ésta tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. La sociedad como espacio de convivencia entre personas es el entorno en el que los niños y las niñas deben alcanzar un desarrollo que les asegure más allá de la familia las condiciones necesarias de vida, así como en donde el ejercicio, respeto y garantía de sus derechos sea un referente permanente, pues no sólo debe crear esas condiciones, sino que además, en caso necesario debe subsanar y apoyar lo que la familia esté imposibilitada a garantizar por medios propios.

Qué integra y cómo se integra una sociedad no es fácil de determinar, pero debe entenderse como aquél conjunto de personas con las que más allá de la familia se tiene convivencia, por lo que incluye desde el conjunto de personas en una calle, un barrio, un pueblo, una ciudad, un país e incluso a la comunidad internacional, en donde, lógicamente la más cercana es la más vinculada. Pero en esto, no debemos olvidar que tampoco hay un solo modelo social, por lo que en América de manera muy relevante debemos tener presente no sólo a las sociedades mayoritarias, sino también a las minoritarias que, como los pueblos indígenas, forman una sociedad, pero también forman parte de la sociedad de nuestros países, de nuestra América.

Por lo que hace al **Estado**, como estructura jurídica creada para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, es el obligado permanente de velar porque la familia y la sociedad

³ Cfr. Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 57; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 34; y *Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 68.

⁴ Cfr. STEDH, *Keegan v. Ireland*, Judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, para. 44; y *Kroon and Others v. The Netherlands*, Judgment 27th October, 1994, Series A no. 297-C, para. 30.

satisfagan los derechos de los niños y las niñas, además de ser el coadyuvante y subsidiario principal de las obligaciones que no puedan ser cumplidas por la familia y la sociedad, así como el garante permanente de que dicha familia y sociedad no violen, afecten, ni vulneren los derechos de los que todas las niñas y niños son titulares. Los Estados deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos de niñas y niños, asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de ellas ante la ley. El Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁵.

El Estado debe ser entendido en su manifestación administrativo-ejecutiva, judicial y legislativa, con lo cual se incluye a cualquier funcionario público de cualquier nivel que desempeñe actividades en cualquiera de esas ramas.

La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño⁶.

Finalmente, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, son al menos cuatro los **órganos de derechos humanos** que están llamados a observar y en su caso, determinar la existencia de violaciones a los derechos humanos de niñas y niños, pero además, esos mismos órganos son quienes pueden dar asistencia a los Estados para que éstos cumplan con sus obligaciones en el ámbito que aquí se analiza. Así, dichos órganos son, principalmente:

⁵ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.*

⁶ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, párr. 78.*

- a. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Como ya se estableció antes, ésta es un órgano principal y autónomo de la OEA encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Su trabajo lo desarrolla principalmente de tres maneras: por el sistema de peticiones individuales y medidas cautelares (denuncias por violación de derechos humanos), por el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados (visitas *in loco*, informes) y, por la atención de líneas temáticas prioritarias (relatorías, informes especiales, asesoría a los Estados). En ese sentido, tiene competencia para conocer de casos y situaciones en donde los derechos de niñas y niños estén en riesgo, hayan sido violados, así como para prevenir que ello ocurra.
 - i. *Relatoría sobre los Derechos de la Niñez*. Es un mecanismo especializado de la CIDH que colabora con ésta en el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas. Asimismo, asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia. De igual forma, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes. Así, es la parte operativa principal en este tema para el cumplimiento de las funciones que tiene la CIDH.
- b. *Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH)*. Como antes ya se señaló, es una institución judicial autónoma de la OEA cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes a la misma materia. Su trabajo lo desarrolla de tres manera principales: por medio de la emisión de opiniones consultivas (interpretación de la Convención Americana, otros tratados y leyes de manera

abstracta, esto es, sin un caso en concreto), por la emisión de sentencias contenciosas (interpretación de la Convención Americana y otros tratados que le reconocen competencia a partir de casos concretos en los que se denuncia la violación de derechos humanos) y, por medio de resoluciones de medidas provisionales (estrechamente relacionado con los casos contenciosos, son medidas que se dictan para evitar que se consume de manera irreparable una violación de derechos humanos). En ese sentido, como ya lo ha hecho, puede conocer de casos en los que los derechos de niñas y niños deben ser precisados, determinados o interpretados.

- c. *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)*. Es el organismo especializado de la OEA en materia de niñez y adolescencia. Como tal, asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región. El IIN tiene como misión contribuir al desarrollo de políticas públicas que garanticen la promoción, protección y el ejercicio de los derechos de la niñez y la adolescencia en los Estados Miembros de la OEA y promover la construcción de una cultura de derechos y bienestar para los niños, niñas y adolescentes, en el marco del respeto a los derechos humanos y fortalecimiento de las democracias.

Cada uno de estos órganos en el ámbito de sus respectivas competencias, unos con más especialización que otros, pero todos deben velar por que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales para que los derechos de niños y niñas sean respetados y garantizados de manera efectiva en el Continente Americano.

Todo esto nos permite observar de manera más clara que en el sistema interamericano, las personas, los Estados y las instituciones de la OEA tienen un papel relevante y específico en la protección de los derechos humanos, razón por la cual cada uno lo integra y da vida. Por lo que, como en general con los derechos humanos, de manera específica **en los derechos de niñas y niños, todos tenemos una función, una obligación y un compromiso para alcanzar que éstos sean una realidad.**

5. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS?

Como antes se ha establecido, no existe en el marco de la Organización de Estados Americanos ningún instrumento, declarativo ni convencional que establezca de manera especializada el conjunto de derechos humanos que tienen reconocidos las niñas y los niños en el Continente. Sin embargo, como también ya ha sido señalado, son varios los instrumentos internacionales que de manera expresa ordenan la especial protección con la que deben contar las personas menores de 18 años de edad, siendo el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la norma que se puede considerar la base de la protección especializada con la que deben contar éstas.

El artículo 19 de la Convención Americana establece que: “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”⁷. Por lo tanto, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad,

⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 53, 54 y 60 y, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164.

y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño⁸.

En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad⁹. Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”¹⁰.

De esta manera, **los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en toda la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19**, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto¹¹, en el que como ya se dijo, deberá tomarse siempre en cuenta el conjunto de derechos que integran el referido *corpus juris*.

De manera simple, lo anterior significa que los niños y las niñas tienen reconocido el derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a no ser sometidos a esclavitud y servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la legalidad, a la protección de la honra y dignidad, a la indemnización, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de expresión y de pensamiento, a la rectificación o respuesta, de reunión, de asociación, a la protección de la familia, al nombre, a la nacionalidad, a la propiedad privada, de circulación y residencia, de igualdad ante la ley, a la protección judicial y a todos los

⁸ Cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 164.

⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184, y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 201.

¹⁰ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 137.

¹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 44.

derechos económicos, sociales y culturales, pero todos con una protección especial.

Mandatos expresos de esa protección especial en el marco del sistema interamericano son, por ejemplo:

- La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años.
- La prohibición de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral.
- La obligación de subordinar la jornada de trabajo a las disposiciones sobre educación obligatoria cuando se trate de menores de 16 años.
- La obligación de garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar.
- El deber de adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral.
- La obligación de ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.
- El derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente.
- El derecho del niño de corta edad de no ser separado de su madre.
- El derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.
- La obligación de los Estados de prestar atención especial al desarrollo de programas y actividades para su educación como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

- La doble especial protección (por ser menor de edad y mujer) cuando una niña sufra violencia.

Pero además, **como parte integrante del contenido del artículo 19 de la Convención Americana deben tenerse presentes los 41 derechos genéricos, con cada una de sus especificaciones y medidas especiales, contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas¹²**, derechos que en gran medida son idénticos a los mencionados en el párrafo precedente al reconocer, por ejemplo, el derecho a la vida, al nombre, a la nacionalidad, a la identidad, a la libertad de expresión, de pensamiento y religión, a la integridad personal, a la familia, a las garantías judiciales, etc.

Como medidas especiales expresas que deben tomarse en cuenta a partir del contenido de dicha Convención de Naciones Unidas, se pueden señalar a manera de ejemplo, las siguientes:

- El derecho del niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento.
- El derecho a que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia sea atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita.
- La obligación de los Estados de alentar a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño.
- La obligación del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.
- La obligación de los Estados de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por

¹² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

- El derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
- El deber del Estado de que toda detención, encarcelamiento o la prisión de un niño se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- La prohibición para los Estados de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad.
- La facultad para los Estados para adoptar medidas para tratar a los niños que hayan infringido las leyes penales sin recurrir a procedimientos judiciales.

En adición de ello, el referido *corpus juris* reconocido de conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos está integrado también por todas aquellas normas que sin pertenecer al sistema interamericano, ni estar incluidas en la Convención sobre Derechos del Niño, reconozcan una protección especial y/o especializada para las niñas y los niños. Así por ejemplo, el referido tribunal ha considerado como parte de ese *corpus juris* al artículo 4, del Protocolo II a los Convenios de Ginebra¹³, el cual en su tercer párrafo confiere un tratamiento privilegiado a los niños, con el fin de darles el cuidado y la ayuda que éstos necesitan, sobre todo en relación con la educación y la unidad familiar. Igualmente se señala que los menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades.

¹³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 153.

Otros instrumentos internacionales que **la Corte Interamericana también ha considerado como parte de ese *corpus juris*** y, por tanto, como elementos integradores del contenido del artículo 19 de la Convención Americana son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)¹⁴, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)¹⁵, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Tokio, 1990)¹⁶, de donde ha utilizado algunas de las reglas del debido proceso que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia¹⁷.

De igual forma, a partir de los casos que han llegado a su jurisdicción, la CoIDH ha integrado en ese *corpus juris* que reconocen derechos a los niños y las niñas a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas¹⁸ y a la Convención para reducir los Casos de Apatridia¹⁹, por citar los principales ejemplos.

Adicionalmente a esto, podemos establecer que a partir de sus interpretaciones, hasta diciembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado como derechos reconocidos a los niños y las niñas, como elementos de esa especial protección en su diversa jurisprudencia y a partir del contenido de todas las normas antes referidas, lo siguiente:

¹⁴ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 163, Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 135, y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 170.

¹⁵ Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, supra, párr. 197 y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, párr. 73.

¹⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, párr. 126.

¹⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, supra, párr. 116.

¹⁸ *Idem.* y Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 2, párrs. 131-135.

¹⁹ *Cfr.* Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, supra, párr. 116, y Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 143.

- El Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural respecto al niño²⁰.
- **El Estado debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal²¹.**
- El Estado, para la atención de los niños, debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas²².
- El respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas²³.
- La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales²⁴.
- Los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de

²⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 137.

²¹ Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, supra, párr. 187.

²² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 116.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales²⁵.

- Los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos²⁶.
- Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar²⁷.
- La conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo,

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem*

²⁷ *Idem.*

en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños²⁸.

- Es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos²⁹.
- La referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales³⁰.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Cfr. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, supra, párr. 211.*

- Las medidas de protección que alude el artículo 19 de la Convención Americana incluyen la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación³¹.
- La detención de menores debe ser excepcional y por el periodo más breve posible³², debiendo ser mantenidos los niños privados de la libertad separados de adultos, y contar con una especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación³³.
- Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad³⁴.
- La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado, lo cual significa que el Estado debe dar una protección aún más reforzada a éstos en esos casos³⁵.
- Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma. Por lo que es una obligación promover y proteger el derecho de los niños

³¹ Cfr. Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle*, (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, supra, párr. 196.

³² Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú*, supra, párr. 169.

³³ Cfr. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, supra, párr. 172.

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra, párr. 171.

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 246.

indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma³⁶.

- La obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural incluye la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas³⁷.
- La pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la comunidad indígena, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de una comunidad indígena al no poder siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos³⁸.
- Los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido³⁹.
- La separación de los padres biológicos pone en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debe garantizar⁴⁰.
- Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁴¹.

³⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra, párrs. 167 y 169, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 261.

³⁷ Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra, párr. 168, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, supra, párr. 262.

³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, supra, párr. 263.

³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra, párr. 127.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem.*, párr. 130.

⁴¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del

- Las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto⁴².
- En los procedimientos de cualquier tipo no basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso⁴³.
- Los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades⁴⁴.
- A falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos⁴⁵.
- La identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez⁴⁶.
- Las obligaciones reforzadas que ostentan los Estados con los niños y las niñas con discapacidad, son: (i)

24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 199.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Ibidem*., párr. 200.

⁴⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina, *supra*, párr. 51 y Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, *supra*, párr. 127.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 119.

⁴⁶ Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, *supra*, párr. 113 y Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 123.

“[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”; (ii) “[e]n todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”, y (iii) “que los niños y las niñas con discapacidad tienen derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.⁴⁷

De todo lo anterior, podemos concluir que **los derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos a las niñas y los niños son todos los derechos humanos que tiene reconocido cualquier ser humano, pero con la adición de una especial protección, además de todos aquellos que, contenidos en instrumentos interamericanos o con origen en otro sistema de protección, reconocen expresamente una protección especial a las personas que no han cumplido 18 años, al formar todas esas normas el *corpus juris* que la Corte Interamericana ha reconocido como integrantes del artículo 19 de la Convención Americana.**

6. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El interés superior de la niñez es un principio que sin encontrarse expresamente reconocido en las normas que integran el sistema interamericano de derechos humanos, ha sido adoptado en éste a partir de la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho del artículo 19 de la Convención Americana, especialmente con motivo de la conformación del *corpus juris* del que se ha hecho mención en el apartado anterior.

⁴⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra, párr. 136.

La expresión “interés superior del niño” se encuentra originalmente consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, e implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁴⁸.

El interés superior de la niñez, de una manera muy simple podría traducirse en la protección especial, reforzada, que todos los derechos humanos deben de tener cuando se trate de niños y niñas. La necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad⁴⁹.

Aunque no siempre es fácil de entender y determinar que implica con exactitud el “interés superior”, puede señalarse que, por ejemplo, cuando las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos sean niños, ello obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten en su contra⁵⁰. También, significa la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de los derechos y sus garantías⁵¹, las cuales varían en función de las circunstancias particulares del caso y de la condición personal de los niños⁵², de las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o niña⁵³.

Aunque en este análisis, también **es importante establecer qué no es el “interés superior de la niñez”** o, mejor dicho, que no se puede hacer bajo el amparo de éste. En este sentido, la

⁴⁸ Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr.61.

⁴⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, supra, párr. 184; Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, supra, párr. 134; y Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párrs. 56, 57 y 60.

⁵⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle*, (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, supra, párr. 170.

⁵¹ Cfr. Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay*, supra, párr. 209; y Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 98.

⁵² Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra, párr. 166.

⁵³ Cfr. Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, supra, párr. 126.

Corte Interamericana ha establecido que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquéllos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia⁵⁴. Como tampoco puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales⁵⁵.

El interés superior de la niñez no puede servir de sustento para nulificar o eliminar los derechos humanos de otra persona, pues si bien, esa especial protección implica en todo caso y de acuerdo a cada circunstancia concreta la prevalencia, prioridad o mejor posición de los derechos del niño, esto no puede por más que sea relevante llevar a que se dejen sin sentido, sin contenido, los derechos de otra persona. Así por ejemplo, en un proceso penal, el interés superior del niño implicará un conjunto de medidas y condiciones que aseguren la mejor participación de éste de acuerdo a su particular circunstancia, ello no puede significar nunca la anulación y desnaturalización de principios básicos del derecho de defensa o de los derechos de las víctimas; sino tan sólo la limitación o ajuste necesario de estos para garantizar los derechos de niños y niñas, pero nunca la destrucción, la negación total de otros derechos.

El interés superior de la niñez implica respetar y garantizar los derechos humanos de las personas menores de 18 años atendiendo sus circunstancias concretas, otorgando en cada caso la protección especial que requieran para ejercer sus derechos sin ver dañados otros derechos que de igual manera éstos tienen reconocidos con esa especial protección.

Todo lo anterior significa, finalmente, tal y como lo ha dicho la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos que, toda violación de los derechos de niñas y niños implica necesariamente una responsabilidad agravada, una grave violación de los derechos humanos, donde quiera que ésta ocurra.

⁵⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, supra, párr. 99.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 105.

7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.
- CAMPOY CERVERA, I., *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*, 2009.
- GRACÍA RAMÍREZ, S., *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2010.
- Organización de las Naciones Unidas, *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004)*, 2004.

8. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Relatoría sobre los derechos de la niñez (CIDH). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/>
- Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente. Disponible en <http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>
- Comité de los derechos del niño (ONU): <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>

9. JURISPRUDENCIA BÁSICA

9.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Informe de Admisibilidad y Fondo No.56/90*, Caso 9936 – Laura Elizabeth del Cid (Guatemala), 17 de marzo de 1987.
- Informe de Admisibilidad y Fondo No. 3/91*, Caso 10.001 – José Walter Chávez Palacios (El Salvador), 13 de febrero de 1991
- Informe de Admisibilidad y Fondo No. 6/94*, Caso 10.772 – María Dolores Rivas Quintanilla (El Salvador), 1 de febrero de 1994.
- Informe de Admisibilidad y Fondo No. 39/00*, Caso 10.586 y otros – Ejecuciones extrajudiciales (Guatemala), 13 de abril de 2000.
- Informe de Fondo No. 81/10*, Caso 12.562 – Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos), 12 de julio de 2010.

9.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

SEGUNDA PARTE

**DERECHOS HUMANOS
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD**

3

ASEGURANDO EL GOCE DE LOS DERECHOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD: DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – CONTEXTO GENERAL¹

José Claudio Monteiro de Brito Filho²
Universidad Federal de Pará

Resumen

Este trabajo se refiere a los mecanismos necesarios para garantizar el goce de sus derechos por parte de las personas portadoras de deficiencias. Se basa, especialmente, en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Deficiencias, y está dividido en cuatro partes. La primera sirve como contextualización, y explica el desarrollo del estudio. EL segundo discute la denominación conferida a los integrantes de este grupo vulnerable, y explora aspectos de la conceptualización ofrecida por la Convención de la ONU respecto de las personas con deficiencias. El tercer apartado trata de la discriminación y de los fenómenos psicológicos y antropológicos que están en su origen. Por fin, el último ítem se dedica al objeto principal del texto, que es exponer los modelos para oponerse a la discriminación de los integrantes de los grupos vulnerables, con especial atención para las personas portadoras de deficiencia, terminando con una discusión respecto de la accesibilidad, con especial atención a la cuestión de la educación.

1. CONTEXTUALIZANDO LA DISCUSIÓN

Difícilmente se encontrarán, a lo largo de la historia, integrantes de algún grupo vulnerable que hayan sido más discriminados que las personas con discapacidad.

Incluso después del período en el que simplemente eran eliminadas, las personas con discapacidad siempre han tenido — y todavía tienen — una convivencia bastante complicada con el resto de los integrantes de la sociedad, que algunas veces las excluye

¹ Traducción a la lengua Española realizada por Carlos Cernadas Carrera.

² Doctor en Derecho de las Relaciones Sociales por la PUC/SP. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Pará.

debido a la falsa creencia de que ninguna de ellas es capaz de realizar cualquier acto cotidiano de la vida, y otras veces las repudia pura y simplemente por ser diferentes³.

Hoy, sin embargo, esa todavía común exclusión ya puede ser compensada por una serie de normas jurídicas que buscan lo opuesto: la inclusión social de las personas con discapacidad, y que son reflejo, como está en el Informe Mundial sobre la Discapacidad (2001, p. 3), al mismo tiempo, de la organización de las personas con discapacidad, y de la tendencia de considerar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

Nuestra intención, en este breve texto, es escribir al respecto de ese conjunto de normas que tienen como objetivo final el permitir que las personas con discapacidad tengan el mismo acceso a los bienes necesarios para una vida digna que las demás personas.

Esta conclusión, planteada ya al inicio de este texto, es importante, por lo que justifica, sin dilaciones, una explicación: la creación de mecanismos que permitan a los integrantes de los grupos vulnerables, de entre ellos el compuesto por las personas con discapacidad, un acceso diferenciado, que no implica la creación de privilegios u otro tipo de ventajas. Significa, apenas, la creación de las condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos y para el acceso a los bienes valiosos de la vida en condiciones de igualdad.

No obstante, antes de reflexionar sobre este conjunto de normas antes mencionado, vamos a realizar, en apartados secuenciales, una sencilla discusión sobre dos aspectos que son relevantes para la comprensión de los modelos y de las acciones que vamos a presentar como importantes para conseguir la inclusión de las personas con discapacidad.

Primero, vamos a discutir quién debe ser considerado persona con discapacidad, para que no haya dudas al respecto de quienes son los integrantes de este grupo vulnerable. Después,

³ Debemos observar, como recuerda Miguel Ángel Cabra de Luna, en la presentación del libro *Derechos humanos de las personas con discapacidad*: la Convención de las Naciones Unidas (2007, p. 13), que se estima que el 10% de la población mundial debe ser encuadrada como persona con discapacidad.

vamos a intentar comprender qué es la discriminación y cuáles son los fenómenos que la originan.

2. PERSONAS CON DISCAPACIDAD – DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN Y ALCANCE

Aunque el sentido común nos indique la aparente facilidad de determinar quiénes son las personas con discapacidad, este es un error básico que se comete a diario y que tiene consecuencias que pueden ser nefastas y que deben ser, por supuesto, indicadas. Como los actos normativos, internos e internacionales, en los últimos años han creado una serie de instrumentos para la protección de las personas con discapacidad, es obvio que es necesario identificar quiénes son los integrantes de este grupo con la mayor precisión posible.

Y es que, una identificación demasiado restrictiva podrá dejar fuera del ámbito de protección de las normas a personas que las necesitan para tener acceso a bienes valiosos. Por otro lado, una identificación demasiado elástica que amplíe en demasía el grupo de sujetos protegidos, puede dejar desprotegidos a los integrantes del grupo que más necesitan un soporte para que se respeten sus derechos ante quien no tiene la necesidad de ese apoyo⁴.

El punto de partida para toda esta discusión debe ser la definición que predomina hoy en todo el mundo sobre a quién se le debe considerar persona con discapacidad y que se encuentra en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), firmada en Nueva York el 30 de marzo de 2007, que establece:

⁴ Un ejemplo extraído de la actuación del Ministério Público do Trabalho de Brasil, ofrece un buen ejemplo de lo que se está afirmando. Como la legislación brasileña es extremadamente amplia en relación a la caracterización de las personas con discapacidad auditiva, siempre ha sido común que los empleadores, en este país, contratasen preferencialmente a deficientes auditivos en el grado más leve posible, para cumplir el programa previsto en la ley de acción afirmativa que impone la contratación de personas con discapacidad en las empresas con más de 100 empleados, en detrimento de la contratación de otros, con discapacidades que imponen mayores costes para la construcción de ambientes verdaderamente inclusivos, como personas que usan silla de ruedas y deficientes visuales. Ver al respecto, por ejemplo, en Brito Filho (2011).

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁵.

Esa definición, empezando por la primera cuestión a debatir en este punto, ya comienza indicando cuál es la denominación adoptada por la ONU, que es la de personas con discapacidad, lo que, a propósito, evidencia las reclamaciones de los integrantes de este grupo vulnerable contra las denominaciones que no expresan con fidelidad su condición real, como algunas ya utilizadas en el pasado, para todos los integrantes del grupo, como “incapaces”, o para parte de ellos, como “excepcionales”, que servían para designar a las personas con discapacidad mental. Elimina, también, la denominación que fue utilizada preferencialmente en Brasil, que es “persona portadora de discapacidad”, y que hasta hoy es la que consta en la Constitución de este país⁶. A este respecto, entiende Araujo (2011) que la denominación de “persona portadora de discapacidad” no es la más adecuada porque esas personas no portan, no conducen una discapacidad, considerándose adecuado el pensamiento del autor, pues no se lleva o carga la discapacidad, se tiene la discapacidad.

⁵ Disponible en www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf (Acceso el 5 de marzo de 2013). Ver la versión oficial en portugués en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm (Acceso el 5 de marzo de 2013).

⁶ Persona portadora de discapacidad (pessoa portadora de deficiência, en portugués) es la denominación que consta, también, en la versión oficial en portugués de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adaptada en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (Decreto 3.956, de 8 de octubre de 2001, de la Presidencia da República Brasileña). En relación a esta Convención, entendemos que, aunque, en el artículo 1, ítem 1, se disponga que el término discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social, no debe ser interpretada como si estuviese estableciendo una concepción diferente de la convención de la ONU que está siendo analizada. Y es que la noción de impedimento a largo plazo es compatible con la idea de que la discapacidad sea permanente o temporal, solamente en este último caso no pudiendo ser de corta duración. Del mismo modo, en las dos convenciones es posible establecer la relación entre la discapacidad y las barreras u obstáculos que le confieren esta característica (de discapacidad).

Observemos que la denominación adoptada de personas con discapacidad, no se debe confundir con otra, a veces utilizada como sinónimo, que es la de persona con necesidades especiales. Y es que esta última, obviamente, abarca una generalidad de casos, siendo las personas con discapacidad solamente algunas de las personas alcanzadas por la idea de lo que persona con necesidades especiales expresa.

Son personas con necesidades especiales todas aquellas que, en un momento dado, de forma permanente o temporal, a veces solamente por la falta de unos mínimos recursos financieros para correcciones, tienen dificultades o restricciones de acceso a determinados bienes, derechos, oportunidades y/o espacios.

Por ejemplo, una mujer embarazada puede tener restricciones de acceso a determinado local, por la dificultad, temporal, de subir escaleras, con consecuencias negativas de lo más variadas. Durante el espacio de tiempo que durará el embarazo, esta mujer es claramente una persona con necesidades especiales, pero jamás persona con discapacidad.

Un caso similar sería aquel que por tener miopía en un grado elevado y por no contar con los recursos financieros necesarios para ponerle remedio, tiene grandes dificultades para ver. En ese caso, sus restricciones de acceso en las mismas condiciones de igualdad que las demás personas podrían simplemente desaparecer con el uso de lentes correctoras, o mejor aún, con la realización de una cirugía.

A este respecto, en la misma línea que hemos adoptado antes, entiende Fonseca (2006, p. 270) que “[a] expressão ‘pessoa com necessidades especiais’ é um gênero que contém as pessoas com deficiência, mas também acolhe os idosos, as gestantes, enfim, qualquer situação que implique tratamento diferenciado”⁷.

Aún reflexionando sobre la terminología, es importante observar que MACHADO (1998, p. 17)) utiliza, en un texto en español, tres denominaciones distintas, cada una de ellas con su propio significado: *deficiencia*, que significa una condición que

⁷ Traducción: “[a] expresión persona con necesidades especiales es un género que no sólo incluye a las personas con discapacidad, sino que también abarca a los ancianos, a las gestantes, en fin, cualquier situación que implique un tratamiento diferenciado”.

genera limitaciones y que la persona tiene de forma congénita o adquirida; *discapacidad*, que sería su resultado y que puede generar limitaciones en los grados severo, moderado o leve, y *minusvalía*, que es una condición de carácter social y que emana del juicio, de la apreciación, de la imagen o del prejuicio que se tiene de la persona con discapacidad y de su entorno social inmediato.

Debemos observar sin embargo que, para la designación de los integrantes del grupo vulnerable que estamos tratando, la denominación utilizada en español por la Organización de las Naciones Unidas es de *personas con discapacidad*, como consta de forma explícita en la versión en esa lengua de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸, siendo esta denominación la que se corresponde con la denominación personas con deficiencia, en portugués.

En cuanto a la definición y al alcance, a partir del concepto antes transcrito de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, es conveniente resaltar que, a pesar de poder incluir una amplia gama de personas, superando legislaciones demasiado restringidas, este concepto se construye a partir de un elemento que debe ser tenido en cuenta y que recibe el nombre de «deficiencia a largo plazo», eliminando, por lo tanto, impedimentos temporales, de corta o media duración, y a partir de discapacidades de «naturaleza física, mental, intelectual o sensorial».

Nótese también en la definición, la importancia dada a las barreras, que no deben ser entendidas solamente en el aspecto físico, sino también en el aspecto del comportamiento, de la actitud, que pueden impedir la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad, o como hemos preferido, impedir el acceso de las personas con discapacidad a los bienes fundamentales, y por ello valiosos, de la persona.

Cabe aún registrar, como verificamos en Luna y otros (2007, p. 64-65), que la definición conferida por la Convención de la ONU es resultado, exactamente, de esa interacción entre las discapacidades y la barreras “debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, no siendo, sin embargo, una distinción cerrada, al permitir abrir un espacio para incluir a las

⁸ Véase, por ejemplo, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Acceso el 5 de marzo de 2013.

personas que, habitualmente, no están encuadradas en una concepción más rígida de personas con discapacidad. Además, los autores apuntan la preferencia, hecha por la convención de la ONU, por el modelo social de discapacidad, “al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno”.

A este respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el informe ya indicado (2011), cree que es posible promover un modelo que represente un equilibrio viable entre los modelos médico y social, y al que denomina “modelo bio-psicosocial”. Y es que, para la OMS, “la discapacidad debería verse como algo que no es ni puramente médico ni puramente social”, debiendo haber un foco que confiera un peso adecuado a los diferentes aspectos de la discapacidad.

3. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Históricamente, las personas con discapacidad, han sido discriminadas, habiendo sido ese comportamiento tolerado o no por las normas jurídicas.

En este punto, para que tengamos una comprensión exacta del tipo de discriminación que sufren las personas con discapacidad, vamos a discutir algunos fenómenos que dan origen al comportamiento discriminatorio y que se sitúan en el ámbito de las relaciones sociales, pero que se encuentran, antes de su exteriorización, fuera del ambiente propio de las normas jurídicas.

Son categorías o fenómenos estudiados por la Psicología dentro de lo que se ha convenido en denominar percepción de personas y que guardan relación con la forma en que las propias personas son percibidas. Ha de resaltarse que estos fenómenos son importantes para nuestro estudio porque la discriminación es una consecuencia de los mismos. La discriminación sí sería una categoría jurídica de análisis, o, para que quede más claro, una categoría que puede ser definida y, principalmente, ordenada por las normas jurídicas.

Se entiende necesario, en este momento, tratar los fenómenos anteriormente mencionados: el estigma, el estereotipo y el prejuicio.

El estigma hace alusión a una marca real, física o relacionada con el comportamiento, que produce que las personas perciban negativamente al otro, lo que puede producir su rechazo o su exclusión.

Para Goffman (1988), los estigmas se clasifican en: abominaciones del cuerpo; culpas de carácter individual; y estigmas tribales. Las abominaciones son las marcas físicas, como la falta de un brazo o de una perna, o como una deformidad de cualquier naturaleza; las culpas están relacionadas al aspecto del comportamiento, como la homosexualidad, el comportamiento radical en sus varias formas, etc.; y los estigmas tribales se dirigen a los integrantes de grandes grupos, estigmatizados en razón de su raza, su etnia, su nacionalidad, su religión, entre otros.

Cabe señalar que las culpas de carácter individual de las que habla Goffman no están relacionadas con una noción maniqueísta de correcto o incorrecto, sino que están más ligadas a lo que en Antropología se denomina "comportamiento desviante" y que puede ser simplemente comprendido como la adopción de un comportamiento que diverge de lo que se acepta habitualmente en determinada comunidad⁹.

En el caso de las personas con discapacidad, cuando son estigmatizadas, lo normal es que lo sean en función de lo que Goffman denomina abominaciones del cuerpo.

Ya el estereotipo consiste en imputar determinadas características a los integrantes de grupos específicos, de forma que pasen a ser analizados de modo negativo, como enseña Rodrigues (1988). En este caso, no es relevante si la característica es real o no, sino que lo que importa es su capacidad de producir una evaluación negativa¹⁰.

Entender, como aún es común, que las personas con discapacidad, solamente por esta condición, no poseen las

⁹ Sobre este tema sugerimos que se consulte Velho (1985).

¹⁰ No siempre resulta sencillo distinguir el estigma del estereotipo. Para intentar explicar su diferencia consideramos adecuado analizar el caso de la discriminación racial contra los negros, tan presente y al mismo tiempo tan negada, por ejemplo, en la sociedad brasileña: si una persona rechaza a otra por ser negra, o sea, por una característica propia consecuencia, en este caso, del color de la piel, estaríamos delante del estigma; por otro lado, si esa persona negra es rechazada en base a la creencia de que todo negro es perezoso, eso es un estereotipo.

aptitudes necesarias para el aprendizaje o para el trabajo, es claramente un estereotipo que, en este caso, está basado en una noción de vía de regla falsa, pues lo más común es que las dos actividades puedan ser desempeñadas por las personas con discapacidad, y que esto solamente no suceda en muy pocos casos.

Por último, el prejuicio es el tercer fenómeno psicológico que contribuye a la discriminación. Incluso podemos decir que, en el ámbito jurídico, es el fenómeno que más directamente conduce a la discriminación. Más amplio que los otros dos fenómenos, el prejuicio es, aprovechando la lección de Aroldo Rodrigues, una “actitud negativa, aprendida, dirigida a un grupo determinado”¹¹ (1988, p. 220-221). En este sentido, el prejuicio es producto del medio social, puesto que las personas no nacen con prejuicios sino que aprenden a tenerlos.

De esos fenómenos se origina la discriminación, que hemos convenido en llamar “prejuicio exteriorizado” (BRITO FILHO, 2002), porque es eso lo que representa, es decir, la transposición al mundo exterior, en forma de acción u omisión, de una visión llena de prejuicios, negativa, sobre determinadas personas o grupos.

En materia de trabajo, el término discriminación está definido en el artículo 1º, “a” y “b”, del Convenio nº 111, de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, que, en síntesis, define discriminación en el trabajo como cualquier distinción, exclusión o preferencia, causada por cualquier circunstancia, que tenga como objetivo destruir o alterar la igualdad de oportunidades en materia de empleo o profesión.

A partir de esa definición, aun con un objeto restringido, podemos ampliar la idea afirmando que incluiría cualquier acción u omisión hacia una persona, de forma intencionada o no intencionada, consciente o no consciente, que concretamente viole el principio de igualdad y que tenga como consecuencia algún tipo de exclusión debe ser considerada como una discriminación.

¹¹ Traducción: “actitud negativa, aprendida, dirigida a un grupo determinado”.

Es importante observar, en lo que respecta a la discriminación, que solamente surte efectos cuando quien discrimina, sujeto activo, puede someter al que es discriminado, sujeto pasivo. Y es que, “[s]e não é possível impor a conduta..., a discriminação não surte efeitos, ou, pelo menos, não os desejados”¹² (BRITO FILHO, 2002, p. 16).

En el caso de las personas con discapacidad en razón de sus limitaciones y que ya son por sí mismas capaces de crear restricciones para su vida en sociedad, ese sometimiento es más fácilmente evidenciado.

Por eso, y como veremos en el punto siguiente, cuando se piensa en los instrumentos jurídicos adecuados para combatir la discriminación — y que tienen naturaleza impositiva, al contrario de los instrumentos sociales —, existe la necesidad de crear las condiciones necesarias para que las limitaciones de las personas con discapacidad, desde el punto de vista interno y externo, sean neutralizadas o al menos aminoradas.

i. MODELOS DE COMBATE A LA DISCRIMINACIÓN: LA CUESTIÓN ESPECÍFICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como ya hemos afirmado (BRITO FILHO, 2012), desde que fue iniciado¹³, el combate a las prácticas discriminatorias puede suceder, básicamente, de dos formas diferentes: por la pura y simple adopción de normas que vedan y repriman la discriminación o por la adopción de disposiciones que favorezcan la inclusión de los integrantes de determinados grupos, lo que se ha convenido en llamar acción afirmativa (discriminación positiva).

Hay, por lo tanto, dos modelos. En el primero, seguramente el más antiguo, el Estado promulga normas que vedan las prácticas discriminatorias, generalmente mediante la criminalización de esos actos y mediante la imposición de sanciones de naturaleza administrativa, civil y laboral. Denomino a este modelo como modelo represor (BRITO FILHO, 2002).

¹² Traducción: [s]i no es posible imponer la conducta..., la discriminación no surte efectos, o por lo menos, no los deseados.

¹³ Es decir, desde que la desigualdad dejó de ser una regla prevista en el ordenamiento jurídico de los países. Para que se comprenda mejor, obsérvese el caso brasileño, en el que la esclavitud negra fue admitida hasta la promulgación de la Lei Áurea, a finales del siglo XIX.

Este modelo, no obstante, debe ser entendido como un modelo que se caracteriza por ser estático, en el sentido de que, muy lejos de reprimir la conducta discriminatoria, hace muy poco por ofrecer a las personas y grupos discriminados la posibilidad de ser incluidos en la sociedad, pues no los impulsa en esa dirección.

Esta iniciativa es tomada por otro modelo, que recibe el nombre de modelo de las acciones afirmativas, que puede ser definido como aquel “modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre as pessoas”¹⁴ (BRITO FILHO, 2012, p. 9).

Su objetivo, según afirma Gabi Wucher (2000, p. 54), es el de “assegurar a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica à dos outros membros da sociedade, proporcionando assim uma igualdade no exercício de direitos”¹⁵. Esto significaría, en realidad, una forma de garantizar el acceso a una serie de recursos valiosos, en sentido amplio, y no sólo una forma de garantizar el acceso a una serie de derechos, en sentido estricto.

Estableciendo una comparación entre las medidas que caracterizan al modelo de la simple represión de las conductas discriminatorias y las propias del modelo de las acciones afirmativas, se puede decir que la principal diferencia entre los dos modelos es la postura activa que se adopta en el segundo y que se caracteriza por la adopción, en mayor o menor grado, de las condiciones adecuadas para que las personas y grupos discriminados, y por lo tanto excluidos, puedan (re)integrarse en la colectividad, postura que no se encuentra en el primer modelo, en el que la postura del Estado frente a los actos discriminatorios se restringe a caracterizarlos como ilícitos, sin tomar cualquier otra medida para la neutralización de estos actos que no sea esa.

Nótese sin embargo que, el modelo en el que se toman medidas de acción afirmativa no puede ser considerado aisladamente del modelo que simplemente reprime, pues en este,

¹⁴ Traducción: “modelo de combate a la discriminación que, por medio de normas que establecen criterios diferenciados de acceso a determinados bienes, se opone a la exclusión de ciertas personas por el hecho de pertenecer a determinados grupos vulnerables, proporcionando así una igualdad real entre las personas”.

¹⁵ Traducción: “asegurar a las personas que forman parte de grupos particularmente desfavorecidos una posición idéntica a la de los otros miembros de la sociedad, proporcionando así una igualdad en el ejercicio de sus derechos”.

las medidas represivas deberán también estar presentes. Así, lo adecuado sería considerar al modelo de las acciones afirmativas como una evolución del modelo represor, aunque con concepciones distintas. Esto porque, desde el punto de vista del comportamiento del Estado y de las personas obligadas a tener determinadas conductas, la diferencia entre los modelos es grande. También lo es desde el punto de vista de los efectos que se pretenden alcanzar en uno y otro modelo. Aun así, el modelo de las acciones afirmativas se sustenta en la misma idea inicial del modelo represor: la igualdad entre las personas, dando, es cierto, un paso más, al buscar permitir, por medio de diversas medidas, que los individuos tengan acceso a bienes que, por diversas circunstancias consecuencia de la discriminación, les son negados.

Es necesario resaltar que este otro paso es necesario para que exista, efectivamente, una igualdad real entre personas. De hecho, el modelo que únicamente reprime, frecuentemente utilizado, acaba siendo insuficiente para cambiar el cuadro de exclusión al que están sujetos los grupos discriminados. Como entiende Elida Séguin (2001, p. 31), “as pessoas são diferentes e não podem ser tratadas com igualdade, sob pena de se cometer injustiças”¹⁶, es decir, no siempre el tratamiento formalmente igual a todas las personas, indistintamente, será suficiente para crear condiciones de equilibrio entre ellas, pues a veces existen diferencias entre ellas que, solamente por eso, las sitúa en condiciones de desigualdad y de exclusión, siendo necesario implantar políticas que reviertan esta situación.

Esto es, al menos, lógico. La situación de desequilibrio que se ha ido estableciendo a lo largo de los años, incluso aunque cesase la conducta discriminatoria ostensiva, tiende a perpetuarse, a no ser que se invierta el orden establecido, favoreciendo ahora a quien durante años fue desfavorecido.

Eso genera un desnivel que permanece con pocas alteraciones, incluso aunque las prácticas discriminatorias estén expresamente prohibidas por ley. Este desnivel sólo podría ser reconsiderado en la hipótesis de que se adopten las medidas

¹⁶ Traducción: “Las personas son diferentes y no pueden ser tratadas con igualdad, por el riesgo de cometer injusticias”.

apropiadas para descompensar la situación presente, conduciendo a las personas a una condición de igualdad, ahora no solamente formal, sino de un efectivo acceso a los recursos valiosos a disposición de los integrantes de la comunidad.

4.1. Accesibilidad e inclusión social

El combate a la discriminación, a partir de los dos modelos anteriormente delineados, sin embargo, no garantiza que las personas con discapacidad, recordando el título de este capítulo, gocen de derechos en condiciones de igualdad.

Y es que no siempre es posible garantizar la plena igualdad de los integrantes de este grupo vulnerable con la mera represión de la discriminación y/o con la creación de normas más favorables que les permitan el acceso a determinados recursos valiosos.

Sus limitaciones, del más variado orden, son comúnmente una barrera para el ejercicio de sus derechos, pues la forma en la que se organiza la vida en sociedad, así como los ambientes en los que la vida se desarrolla, constituyen obstáculos para este ejercicio de derechos¹⁷.

Por lo tanto, para las personas con discapacidad, más que reprimir la conducta discriminatoria y/o discriminar positivamente para que puedan disfrutar de los recursos a su disposición, es necesario ofrecerles el libre acceso a los diversos espacios donde puedan usar esos recursos.

Para ello, la primera idea que viene a la mente es la de la accesibilidad, o en este caso específico, el del acceso de las personas con discapacidad a los diversos espacios que caracterizan la vida en sociedad. Para que esto se produzca es importante respetar lo que se ha convenido en llamar «diseño universal», que, para la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme el artículo 2, sería «el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado», sin excluir las ayudas técnicas indispensables a determinadas personas. Es necesario también, tener consciencia de la importancia de tener todos los recursos a disposición de todos, eliminando otro tipo de barrera conocida como barrera de actitud, que ya hemos mencionado anteriormente, y que está relacionada, especialmente, con la discriminación.

Recordamos que esta idea de acceso a los recursos puede contener por lo menos dos sentidos: el de inserción y el de inclusión.

¹⁷ El Informe Mundial sobre la Discapacidad (2011, p. 4), indica que, «[l]os ambientes inaccesibles crean discapacidad al generar barreras que impiden la participación y la inclusión».

En el primer sentido, que hace referencia a la inserción, también denominada integración, las acciones son adoptadas en la dirección que va desde la persona con discapacidad hacia el medio, es decir, se piensan formas de hacer posible que la persona con discapacidad tenga acceso a los diversos ambientes humanos, independientemente de cómo sean construidos.

En el segundo sentido, el de la inclusión, que hoy es considerado como la forma preferente, se puede decir que la dirección es la inversa. Se piensa en el medio, que pasa a ser construido de manera que sea accesible para todos, lo que incluye las personas con discapacidad; esto es lo que se denomina ambiente inclusivo.

La propia noción de diseño universal a la que nos referimos anteriormente, tiene en cuenta la concepción preferente de inclusión social, definida por Sasaki (1997, p. 41) en una visión que está centrada en las personas con discapacidad “como o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade”¹⁸, debiendo ser repetida nuevamente la reserva hecha por la propia Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, en relación a que esto no excluye el que se produzcan prácticas localizadas, centradas en personas y/o grupos específicos, por medio de las llamadas ayudas técnicas.

Debe ser establecida, además, otra reserva, que es la de que el énfasis dado anteriormente al acceso al medio físico no agota la noción de que la inclusión ocurre, también, cuando la sociedad elimina las barreras de actitud o de comportamiento establecidas contra el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Lo que es realmente importante es permitir el acceso de las personas con discapacidad a todos los espacios, entendidos aquí en el sentido amplio, teniendo en mente que esta es una conducta

¹⁸ Traducción: “como el proceso por el cual la sociedad se adapta para poder incluir, en sus sistemas sociales generales, a las personas con necesidades especiales y, simultáneamente, estas se preparan para poder asumir sus papeles en la sociedad”.

imprescindible para que sus derechos sean asegurados, cualquiera que sea el modelo de combate a la discriminación adoptado.

Uno de esos espacios, probablemente el más importante, sea el de la educación y, en él, hay un intenso debate al respecto de qué tipo de educación debe ser garantizado.

Y es que, a pesar de que se venga optando fuertemente por la denominada educación inclusiva, en detrimento de la educación especial, esa cuestión no es tan simple¹⁹.

Luna y otros (2007, p. 49-50), a propósito, declaran que la Subcomisión de Expertos de la ONU para discutir las cuestiones relativas a las personas con discapacidad entendió que se debería partir de la idea de educación inclusiva, pero dejando abierta la posibilidad de que exista la educación especial, pero con la preocupación de que esta no termine siendo una forma de exclusión.

Ya la OMS, en su Informe (2011, p. 231 y 256-257), se posiciona a favor de la educación inclusiva, entendiendo que, en el caso de que sea necesario realizar servicios especializados, que estos se desarrollen en las unidades de enseñanza regular, con el aumento de las inversiones en infraestructura y personal, principalmente, garantizándose el apoyo necesario a los niños con discapacidad, pero, al mismo tiempo, impidiéndose que sean segregados de los otros alumnos.

Y esa es la concepción que se puede extraer del artículo 24, 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedando claro que la educación inclusiva es la opción adoptada, y que los apoyos para aquellos que tengan necesidades especiales deben formar parte de la educación proporcionada en los ambientes de enseñanza regular.

Creemos, no obstante, que la convención, en el mencionado ítem 2, letra "e", que dispone que "Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión", abre la posibilidad de que se realice una parte del aprendizaje en ambiente especial, siempre teniendo en mente la inclusión plena. Y es que no podemos olvidar que, en algunos casos, el apoyo individual será conveniente, e incluso indispensable en casos más limitados, para que el niño pueda desarrollar mejor las habilidades necesarias para su aprendizaje, siendo este es el objetivo deseado.

¹⁹ Para la adecuada comprensión de estos términos, la educación inclusiva se realiza en los ambientes de enseñanza regular, mientras que la educación especial se realiza en ambientes específicos.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de, "Discriminação no trabalho", São Paulo – Brasil, LTr, 2002.
- ____ "Ação afirmativa e inclusão dos trabalhadores com deficiência ou reabilitados: atuação do Ministério Público do Trabalho", Brasília, Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, n. 41, p. 252-264, março/2011.
- ____ "Ações afirmativas", São Paulo – Brasil, LTr, 2012.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, "O trabalho da pessoa com deficiência e a laidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa", São Paulo, LTr, 2006.
- GOFFMAN, Erving, "Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada", 4 ed, Tradução de Márcia Bandeira de Mello Nunes, Rio de Janeiro – Brasil, Guanabara, 1988.
- LUNA, Miguel Ángel Cabra de, y otros (Coord.), Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas, Madrid – España, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2007.
- MACHADO, Clarita Franco de, "Manual básico para la integración normalizada de personas con discapacidad em las instituciones de formación profesional", Montevideo – Uruguay, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMERSO), OIT, Cinterfor, Red Iberoamericana de Cooperación, 1998. Serie Integración normalizada en la formación para el trabajo: un proceso de inclusión social.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Informe mundial sobre la discapacidad, Suiza – Ginebra, OMS, 2011.
- RODRIGUES, Aroldo, "Psicología social", 17 ed, Petrópolis – Brasil, Vozes, 1998.
- SASSAKI, Romeu Kazumi, "Inclusão: construindo uma sociedade para todos", 3 ed, Rio de Janeiro – Brasil, WVA, 1997.
- SÉGUIN, Elida. Minorias, In SÉGUIN, Elida (Coord.), "Direito das minorias", Rio de Janeiro – Brasil, Forense, 2001.
- VELHO, Gilberto, "Desvio e divergência: uma crítica da patologia social", 5 ed, Rio de Janeiro – Brasil, Jorge Zahar, 1985.
- WUCHER, Gabi, "Minorias: proteção internacional em prol da democracia" São Paulo – Brasil, Juarez de Oliveira, 2000.

6. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4 ed. Brasília – Brasil: Secretaria de Estado dos Direitos Humanos - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponible en

http://www.pessoacomdiscapacidad.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-discapacidad_0.pdf. Acceso el 4 de marzo de 2013.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

2010/2009/decreto/d6949.htm. Acceso el 5 de marzo de 2013.

Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

Acceso el 5 de marzo de 2013.

4

ENTRE MANTENIMIENTO Y CAMBIO: UN ANÁLISIS DE LOS PRIMEROS AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

George Rodrigo Bandeira Galindo
Universidad de Brasilia

Resumen

La convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad representa un marco importante en la protección de los derechos humanos no solo porque abarca aquella que, tal vez, es la mayor minoría existente, sino porque abre la posibilidad de reconsiderar la propia categoría de los derechos humanos. A partir de un breve análisis de los derechos establecidos en la Convención, de las observaciones hechas al informe presentado por un Estado y las peticiones individuales decididas hasta ahora por el Comité establecido por la Convención, se busca presentar una visión panorámica sobre la importancia del sistema de las Naciones Unidas en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

1. INTRODUCCIÓN

La elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD)¹ no fue solo una necesidad para un número aproximado de 600 millones de personas discapacitadas en el mundo. Básicamente fue una consecuencia del desarrollo de una serie de reflexiones, en el ámbito del movimiento internacional de los derechos humanos que: consolidó avances, estimuló caminos, sintetizó visiones y anticipó enormes desafíos. El hecho de ser el primer tratado global de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas del siglo XXI, hace de la CDPD un punto de inflexión en el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el inicio de una nueva visión sobre los grupos vulnerables en el mundo.

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Disponible en <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

La necesidad de una convención de ese tipo parece indiscutible. Aunque algunas resoluciones de la Asamblea General de la ONU ya habían tratado sobre los derechos de las personas con discapacidad, ningún instrumento internacional obligatorio, hasta entonces, se había dedicado al tema².

La Convención surgió en un contexto en el que muchos afirmaban que el movimiento de creación de nuevos derechos, ya daba claros síntomas de agotamiento. Cuando la Asamblea General de la ONU decidió elaborar el texto, la orientación dada a los redactores fue la de que no se crearan propiamente nuevos derechos, sino que los derechos ya existentes, se adaptaran a las realidades de las personas con discapacidades. Cierto es que la creación descontrolada de derechos puede convertirse en un ejercicio vacío retórico³. Pero, cuando en 1984, Philip Alston clamaba por un “control de calidad” en la creación de nuevos derechos, recordaba que de ellos deberían surgir “expectativas realistas de cumplimiento por los Estados”⁴.

Sin embargo, incluso ante tales reservas, hay razones plausibles para creer que la CDPD no solo creó algunos derechos (aunque un número pequeño), sino que también abrió la posibilidad de reconsiderar la propia categoría de los derechos humanos mediante los derechos de las personas con discapacidad.

Desde el punto de vista de la creación de nuevos derechos, algunos autores mencionan disposiciones como, por ejemplo, el derecho a la investigación y al desarrollo (art. 4, 1, f), la concienciación (art. 8) o la protección social y la reducción de la pobreza (art. 28, 2, b)⁵. Estas serían realmente las creadoras de derechos. Otros autores, como Frédéric Mégret, prefieren hablar del surgimiento de un derecho a la autonomía de las personas con discapacidad. Aunque esa palabra no se encuentre definida en la Convención, se definiría como la “habilidad de personas con

² Ver KAYESS, R. and FRENCH, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, p. 12.

³ FLYNN, E., *From Rhetoric to Action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011, pp. 18-19.

⁴ ALSTON, P., “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, p. 621.

⁵ KAYESS, R. and FRENCH, P., ob. cit., p. 32.

discapacidad para hacer cosas por ellas mismas sin la ayuda de otros". Se puede encontrar una fuerte expresión de ese derecho, por ejemplo, en el art. 12, 2, que establece que el disfrute de la capacidad jurídica deba ser reconocido a las personas con discapacidad⁶.

Y es ese "derecho a la autonomía" uno de los elementos que hace al propio Mégret considerar que la CDPD contiene quizás, la semilla que puede llevar a la propia reconceptualización de la propia categoría de los derechos humanos. Esto sucede porque, tradicionalmente, la idea de derechos humanos presupone la idea de autonomía individual⁷. Reconocer el derecho a la autonomía a alguien, significa afirmar que hay muchos seres humanos que, por diversas circunstancias, no poseen o no pueden ejercer su autonomía.

La autonomía, como presupuesto para el reconocimiento de derechos – y no como derecho en sí mismo – necesita ser reconsiderada y la CDPD ayuda en el esfuerzo.

Si no fuera por eso, la CDPD también desafía los postulados tradicionales sobre la manera de concebir, interpretar y aplicar los derechos humanos en el plano internacional, en la línea de Mégret. En el texto de la convención, por ejemplo, existen derechos que establecen obligaciones positivas y negativas al mismo tiempo, o que se encuadrarían simultáneamente en el grupo de los derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales. La CDPD también identifica potenciales violadores de derechos humanos no solo en el Estado, sino también en los individuos. Además establece derechos que al mismo tiempo exigen un cumplimiento inmediato o progresivo en el tiempo; derechos que tanto merecen ser contemplados desde la perspectiva de la prevención, como de la corrección⁸.

Además de la creación — y quizás, reconceptualización — de los derechos humanos, algunos elementos incorporados al texto de

⁶ MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2008, pp. 510-511.

⁷ *Idem*, pp. 513-514.

⁸ Ver MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, 2008, pp. 261-277.

la CDPD pueden ayudar a mostrar los caminos de la evaluación y del monitoreo de las normas internacionales de los derechos humanos en el futuro, como: la mayor interacción con el derecho interno, las nuevas formas de monitoreo o la necesidad de producción de los indicadores necesarios para tener una mejor perspectiva sobre cómo los derechos afectan a la vida de los individuos.

En este capítulo, haré una sucinta presentación de la estructura de la Convención y de su Protocolo Facultativo. A continuación, tomaré dos elementos para investigar cómo la CDPD viene siendo aplicada en la práctica por su principal órgano de monitoreo: el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité). Incluso sabiendo que la actuación del órgano es reciente, aquí se tomará como referencia para tener una idea de las tendencias del estancamiento o la innovación existentes en el campo de los derechos de las personas con discapacidad. La idea es presentar un amplio cuadro sobre cómo se organiza el tema en el ámbito global y cómo, en la práctica, los derechos de las personas con discapacidad avanzan, mediante la consideración de los informes presentados por los Estados miembros y las decisiones sobre las comunicaciones individuales.

2. ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN Y DEL PROTOCOLO ADICIONAL

La CDPD sigue, en general, la estructura de otros tratados de derechos humanos, en el ámbito de las Naciones Unidas, que velan por la protección de los grupos vulnerables. Aparece, en primer lugar, la presentación de conceptos, seguida de la disposición de los principios y las obligaciones generales. A continuación, el establecimiento de diversos derechos aplicables a las personas con discapacidad, lo que compone la mayor parte del texto. Después, la Convención dispone sobre el mecanismo de evaluación del cumplimiento de sus disposiciones: el Comité, sobre los derechos de las personas con discapacidad. La parte final se compone de artículos sobre la entrada en vigor, reservas, denuncia, textos auténticos etc.

Según los comentaristas de la Convención, es posible identificar cuatro temas sobre los que informa el texto,

especialmente los derechos que en ella se enumeran: igualdad, autonomía, participación y solidaridad⁹.

En el ámbito de la igualdad, se podrían encuadrar derechos como: igualdad y no discriminación (art. 5), libertad y seguridad de las personas (art. 14), protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16). Es importante entender que es en ese ámbito donde operan categorías importantes para el respeto al derecho de las personas con discapacidad, como la necesidad de que el Estado realice ajustes razonables con el fin de evitar discriminaciones contra personas con discapacidad (art. 5, 3) o la apertura para la aplicación, por parte de los Estados, de políticas de acción afirmativa para personas con discapacidad (art. 5, 4).

Las disposiciones sobre la autonomía se observan, por ejemplo, en el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19) o en el respeto de la privacidad (art. 22). La autonomía guarda aquí una estrecha relación con la idea de autodeterminación de la que deben gozar las personas con discapacidad. Algunos autores llegan incluso a igualar los conceptos. Es el caso de Gerard Quinn y Theresia Degener, para quienes “el concepto de autonomía o autodeterminación” “demanda que la persona se encuentre en el centro de todas las decisiones que le afectan a él o ella”¹⁰. Frédéric Mégret, a su vez, como ya ha quedado comprobado, le da a la autonomía un sentido mucho más amplio.

El tercer tema sobre el que informa fundamentalmente la Convención, la participación, se puede encontrar en derechos como: la accesibilidad (art. 9), el acceso a la justicia (art. 13), el derecho a la educación y a la salud (art. 24 y 25) o a la participación en la vida política y pública (art. 29). Aquí, entra en escena la manera con la que se le da visibilidad y acceso a las diferentes pretensiones por parte de las personas discapacitadas. Es importante entender que en la propia negociación del texto de

⁹ Ver, v.g., FLYNN, E., ob. cit., p. 13.

¹⁰ QUINN, G., DEGENER, T. et al. *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments*. United Nations: New York and Geneva, 2002, p. 1.

la Convención, se permitió que diversas entidades de la sociedad civil pudiesen participar, aportando temas y cuestiones.

Por último, la solidaridad se puede encontrar en disposiciones como: la toma de conciencia (art. 8) — lo que implica medidas como la sensibilización de la sociedad para el respeto a los derechos de los discapacitados, luchar contra estereotipos etc. — el nivel de vida adecuado y la protección social (art. 28) o la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30). Aquí, es importante percibir que la Convención pretende trascender los propios límites del “jurídico”. Si la definición de solidaridad como “decencia para con los otros” o “respeto al ‘espíritu común’” puede parecer muy fluida, especialmente a los juristas, es porque el reclamo a la moralidad “sugiere la retención de un flanco abierto de moralidad inacabada”¹¹. La Convención pretende que esa indefinición entre legalidad y moralidad quede abierta, en beneficio de las personas con discapacidad.

La CDPD contiene una importante innovación, respecto a la consagración explícita del principio de la aplicación de la norma más favorable (*pro homine*) en casos en los que la legislación interna u otra norma de derecho internacional (*inclusive consuetudinaria*) sea más favorable que lo tratado en garantía de los derechos a personas con discapacidad.

Eso se contempla en el art. 4, 4. Es verdad que el principio *pro homine* ya estaba establecido en otros tratados de derechos humanos (v.g. CEDAW, art. 23) y constituye un principio hermenéutico de derecho internacional de los derechos humanos¹². La redacción del art. 4, 4, no obstante, es bastante amplia, sea porque incorpora posibles antinomias entre la CDPD y cualquiera de las otras normas de derecho internacional, sea porque busca evitar la restricción o la derogación de los derechos en virtud de tal antinomia.

¹¹ DENNINGER, E., “Security, Diversity, Solidarity – Instead of Freedom, Equality, Fraternity”, *Constellations*, vol. 7, 2000, p. 514.

¹² Ver CANÇADO TRINDADE, A. A. “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, en CANÇADO TRINDADE, A. A. (coord.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, 2ª ed, IIDH, CICV, ACNUR, Governo da Suécia: San José, 1996, pp. 232-233.

La Convención establece al ya mencionado Comité para los derechos de las personas con discapacidad, como órgano de monitoreo del tratado. El Comité posee competencias en relación a todos los Estados Miembros, para considerar sus informes periódicos sobre las medidas que han tomado para cumplir las obligaciones establecidas de la CDPD y los progresos hechos en ese sentido. En este punto, no varía del modelo tradicional adoptado para el monitoreo del cumplimiento de otros tratados de derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas. El Protocolo Facultativo, sin embargo, establece más competencias para el Comité, siendo al menos una de ellas, bastante innovadora. En relación a los Estados Miembros en el Protocolo Facultativo, el Comité puede recibir y considerar comunicaciones individuales. La competencia innovadora del Comité dice respecto a aquella establecida en los arts. 6 y 7 del Protocolo Facultativo, que le permitirá solicitar al Estado informaciones sobre denuncias de violaciones graves o sistemáticas a la Convención, lo que puede incluir la visita al territorio del Estado Miembro. Tal competencia, no obstante, puede dejar de ser reconocida inclusive por los Estados que forman parte del Protocolo Facultativo.

Es importante resaltar que durante los debates que secundaron la creación de la CDPD, mucho se habló sobre la necesidad de perfeccionar el sistema de monitoreo del tratado, cuyas deficiencias se van acumulando con el tiempo. En este sentido, al mismo tiempo que se crea un órgano internacional más, la Convención estudia algunas disposiciones con vista a perfeccionar el sistema para alcanzar una mayor interacción entre entidades internacionales e internas, para la protección de los derechos de las personas con discapacidad¹³. Algunos ejemplos merecen ser destacados en ese sentido.

Primero, el art. 33 de la Convención, que contempla la implementación y el monitoreo a nivel nacional, exige que el Estado Miembro establezca uno o más enfoques dentro de su estructura interna, que serán los elementos de conexión entre la Convención y sus órganos de monitoreo y el propio Estado. La

¹³ Ver FLYNN, E., ob. cit., pp. 21-41.

creación de ese enfoque ayuda a racionalizar la interacción entre el ámbito interno y el internacional, al mismo tiempo que desmotiva el derroche de recursos y acciones, para la protección de derechos de personas con discapacidad.

La segunda innovación trata de la obligación, prevista en el art. 31 de la Convención, por parte del Estado, para recopilar datos y estadísticas sobre los derechos de personas con discapacidad.

También son dignas de mención las competencias del Comité para: (a) recibir reclamaciones colectivas (art. 1, 1 del Protocolo Facultativo); (b) interactuar con organizaciones no gubernamentales y órganos internacionales de derechos humanos relacionados con las personas con discapacidad (v.g. art. 4, 3; 33, 34; 35 y 38 de la CDPD); (c) establecer procedimientos para administrar mejor los plazos de entrega de informes por los Estados (art. 36, 2). También se prevé que la Conferencia de los Estados Miembros de la Convención, se reunirá periódicamente (art. 40)¹⁴.

El mecanismo de monitoreo de la CDPD es, de esta forma, una mezcla de las estructuras consolidadas en otros tratados de derechos humanos y la (tímida, pero que merece ser destacada) innovación, surgida de un deseo de mejorar del sistema internacional de derechos humanos, algunas de sus deficiencias¹⁵.

3. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR INFORMES DE LOS ESTADOS: UN BREVE ESTUDIO DE CASO

Según el art. 35 de la CDPD, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades (Comité), tiene competencia para requerir y examinar informes presentados por los Estados Miembros sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la Convención.

La presentación de informes periódicos es ya una práctica en los tratados más importantes de los derechos humanos

¹⁴ Ver STEIN, M. A. and LORD, J. E. "Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential", *Human Rights Quarterly*, vol. 32, 2010, p. 696.

¹⁵ Para una detallada exposición sobre el surgimiento del mecanismo de monitoreo de la CDPD y de las posibilidades que abrió para todo el sistema de monitoreo de tratados de derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, ver *Idem*, pp. 689-728.

promovidos por la ONU. En este aspecto, no hay nada propiamente nuevo en la Convención. Una posible novedad reside en la forma en la que el Comité, en los próximos años, examinará los informes y qué medidas tomará cuando compruebe un incumplimiento considerado como una las obligaciones de la CDPD.

Por el hecho de que la CDPD haya entrado en vigor hace un tiempo relativamente reciente, el 3 de mayo de 2008, ha sido en los últimos dos años cuando los informes presentados por los primeros Estados Miembros, se están sometiendo a examen. Vale la pena analizar un poco más detenidamente las consideraciones sobre el informe de Argentina. El hecho de tratarse de un estado latinoamericano política y jurídicamente influyente en la región y su estructura compleja (federal), ayudan a comprender algunos de los desafíos que el Comité encontrará para el monitoreo de las disposiciones de la CDPD.

Las observaciones finales al informe se hicieron en la sesión realizada en septiembre de 2012¹⁶.

Aunque haya resaltado algunos aspectos positivos del Estado Miembro con la CDPD — como la adopción de leyes específicas sobre discapacitados — el Comité se centró en aspectos que generan preocupación y llevan a la formulación de recomendaciones.

La preocupación por las dificultades de la implementación de las obligaciones convencionales en virtud de la estructura federal del Estado argentino, son patentes y recurrentes. Existe, por ejemplo, una divergencia entre las legislaciones de algunas provincias y la Convención. El Comité también entendió que la estructura federal dificulta la afirmación de la accesibilidad de personas con discapacidad.

El Comité encontró dificultades en el acceso de los discapacitados a los recursos judiciales y administrativos para denunciar las discriminaciones que hayan sufrido.

También llamó la atención del Comité la falta de una estrategia de transversalización del enfoque del género y la

¹⁶ NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo periodo de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012) CRPD/C/ARG/CO/1.

discapacidad en la legislación y en los programas específicos para mujeres. Como es sabido, la transversalización es uno de los principales elementos informadores de la CDPD. Al menos en dos artículos específicos (arts. 6 y 7) y en el preámbulo, el tratado enfoca la cuestión de la protección, respectivamente, de mujeres y niños con discapacidad. El reconocimiento de que es necesario un nivel mayor de protección a estos segmentos de la sociedad, surge de la constatación de que la categoría “discapacitados” no es unívoca si se considera en el contexto social. A partir de esa constatación, el Comité recomendó la inclusión de la perspectiva de la discapacidad en todas las políticas de igualdad de género y en el sistema de protección de los derechos de niños y adolescentes, inclusive en la legislación relativa al tema.

El Comité llamó la atención al informe de Argentina en relación a la existencia de leyes vigentes y proyectos de ley basados en el modelo de sustitución de la voluntad de la persona, lo que contraría el derecho al igual reconocimiento ante la ley (art. 12). Además de instar a la revisión de la legislación existente para que el modelo de sustitución de la voluntad de la persona discapacitada no persista, el Comité propone la necesidad de capacitación de los jueces para que ayuden al sistema de apoyo en la toma de decisiones por parte de los propios discapacitados, en lugar de insistir en figuras como la tutela y la curatela.

Respecto al derecho a la educación, fue expresada la enorme preocupación por el gran número de niños atendidos en escuelas especiales, especialmente en virtud de la ausencia de centros que apoyen la inclusión de estudiantes con discapacidad. El Comité insiste en que los estudiantes con discapacidad se incorporen a las escuelas inclusivas y que Argentina ofrezca ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad para que se incorporen al sistema educativo general.

Las observaciones recuerdan que, a pesar de las recientes modificaciones inclusivas del Código Electoral Argentino, hay medidas que todavía necesitan ser tomadas como: el voto de personas declaradas incapaces por vía judicial o la mejora de la accesibilidad de personas institucionalizadas a los lugares de votación.

Cabe resaltar que, en cuanto a la obligación del Estado de recopilar datos y estadísticas sobre discapacidad, el Comité urge a Argentina que elabore indicadores que consideren cuestiones de múltiple discriminación e interseccionalidad en relación a personas con discapacidad.

El Comité además observa la necesidad del Estado Miembro de contar con la participación de organizaciones de personas con discapacidad en la preparación del segundo informe que tendrá que presentar.

Tales observaciones en relación al caso argentino, pueden ayudar a identificar las tendencias y las perspectivas del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Si se toman en consideración con el texto de la Convención y los grandes debates actuales sobre el tema de los derechos de las personas con discapacidad, el contenido de las observaciones puede ayudar a comprender algunos presupuestos que probablemente seguirá el órgano en el análisis de informes futuros y en su actuación en general. Enumero aquí algunas conclusiones que, aunque provisionales, se pueden sacar de las observaciones del Comité:

- a. **Cuestiones de protección de los derechos de personas con discapacidad que deben considerarse desde su perspectiva de varios niveles.** La estructura de los Estados asociados muestra claramente que es necesario un diálogo entre las instituciones internacionales y las entidades subestatales, como Estados y provincias. Parece que se ha agotado el modelo de comunicación donde la Unión u otra entidad que represente el Estado internacionalmente, funcione siempre como intermediaria en el diálogo. Las observaciones sobre la divergencia entre la legislación provincial argentina y la Convención demuestran la necesidad de revisar la cuestión, y esa conclusión no parece estar muy lejos de lo que pretende el Comité como órgano de evaluación de la CDPD.
- b. **El cumplimiento de las obligaciones internacionales depende no solo de la reforma legislativa en el ámbito interno, sino que implica también medidas**

de educación y capacitación de los jueces. Esto es especialmente válido para los derechos de las personas con discapacidad donde los estereotipos y los preconceptos vienen disfrazados de diversas formas jurídicas, sea la ley, la doctrina de autores o las decisiones judiciales.

- c. **La transversalización de la protección de las personas con discapacidad parece que será uno de los principales focos de actuación del Comité.** La identificación, por parte de la Convención, de grupos específicos, como mujeres y niños, no acabará con la necesidad de profundización de tal estrategia. Siguiendo ese camino, el Comité tendrá que enfrentarse con más detenimiento a la cuestión, por ejemplo, de grupos LGBTT en su relación con la discapacidad. También la existencia de refugiados con discapacidad será otro ejemplo de transversalización del que el Comité tendrá que, de alguna manera, dar cuenta.
- d. **El Comité asume una posición clara sobre la necesidad de reducción de las escuelas especiales para discapacitados y el aumento de las escuelas inclusivas.** Tal postura, no obstante, puede generar alguna controversia ya que algunos analistas creen que una política más eficiente sería actuar en los dos frentes al mismo tiempo, insistiendo en las escuelas inclusivas y en las escuelas especiales, pues una inclusión completa llevará una gran cantidad de tiempo¹⁷.
- e. **La preocupación por la ampliación del derecho al voto y una mayor accesibilidad a los lugares de votación, necesitará una acción conjunta con otros órganos de monitoreo, debido a la repercusión del tema.** En ese sentido se han tomado medidas, como demuestran varias cuestiones establecidas en el ámbito

¹⁷ Sobre la necesidad de un *“twin track”* en temas relativos a la inclusión, ver MWENDWA, T. N., MURANGIRA, A., LANG, R., *“Mainstreaming the Rights of Persons with Disabilities in National Development Frameworks”*, en ZIEGLER, D. A (coord.), *Inclusion for All: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, IDEBATE Press: New York, 2010, p. 133.

del Consejo de Derechos Humanos sobre la participación política y en la vida pública de personas con discapacidad¹⁸.

- f. La obligación de recopilación de datos sofisticados que incluya la dimensión transversal de los derechos de las personas con discapacidad, se encuentra con el debate actual sobre la necesidad de mejores indicadores de derechos humanos¹⁹. **Para una actuación más amplia, el Comité necesitará contar con indicadores más precisos, y necesitará que los Estados Miembros proporcionen datos con el fin de que las políticas para las personas con discapacidad puedan producir mejores resultados.**
- g. Una cuestión poco afrontada por el Comité, pero que tendrá que ocupar una posición central en el debate de la CDPD, es la que se refiere a la **relación entre la discapacidad y la pobreza**. El Banco Mundial ya se ha adentrado en esa cuestión²⁰, y una visión más ligada a los fundamentos que informan el movimiento internacional de los derechos humanos -y no sólo a la perspectiva más economicista en las instituciones financieras internacionales- será necesaria.

4. LA JOVEN JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES

Por tratarse de uno de los órganos de evaluación de tratados de derechos humanos en el plano global más recientemente instituidos, permanecen algunas dudas sobre la actuación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades.

Hasta mediados de abril de 2012, el Comité examinó solo dos comunicaciones individuales en el ámbito del Protocolo Facultativo

¹⁸ Ver <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13086&LangID=E>

¹⁹ Para una visión lúcida sobre el asunto, con sus diversas consecuencias, ver, v.g., MERRY, S. E. *Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance*, *Current Anthropology*, vol. 52, 2011, pp. 583-595.

²⁰ Ver KAUR, I., *Including Persons with Disabilities in Development: Opportunities and Accessibility*, en ZIEGLER, D. A. (coord.), ob. cit., pp. 119-125.

de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). Incluso así, aunque el número sea pequeño, ya es posible sacar algunas conclusiones, aunque provisionales, sobre la relación entre el Comité y los demás órganos de evaluación de los derechos humanos en el plano global, y la extensión que llevará a la interpretación de los derechos humanos consagrados en la CDPD.

La primera decisión implicó a Suecia y a una ciudadana del mismo Estado (Comunicación No. 3/2011)²¹. La autora de la comunicación sufría el síndrome de Ehlers-Danlos, un trastorno crónico de los tejidos conjuntivos que le causó, entre otras enfermedades, hipermovilidad, luxaciones, músculos débiles y una grave neuralgia crónica. Como consecuencia, la autora alegó que durante ocho años no pudo caminar, ni ponerse de pie, y que tuvo dificultades para sentarse. Además, alegó que no podía tomar medicamentos, ya que padecía hipersensibilidad a ellos. Debido al aumento del riesgo de lesiones, relató que no podía salir de casa ni ser transportada a un hospital o centro de rehabilitación. Un médico le recomendó, con el fin de mejorar la calidad de vida de la mujer, la hidroterapia. De esta forma, ella solicitó el permiso para construir una piscina en un área de su propio terreno donde, por limitaciones del plan urbanístico de la ciudad en la que vivía, no se podía edificar. El permiso fue inicialmente rechazado, lo que posteriormente mantuvo el Tribunal Administrativo Supremo. Entre otras razones, la autora argumentó que la negativa de construcción en el área prohibida, violaba su derecho a la igualdad de oportunidades de rehabilitación y mejoría de la salud.

Tras considerar superados los requisitos de admisibilidad, con el agotamiento de los recursos internos, el Comité decidió que el Estado sueco había violado las disposiciones de la CDPD. Reafirmó, sin embargo, en la línea de posicionamiento habitual de otros órganos de evaluación de derechos humanos, que artículos como el 1 y el 2 de la Convención, dado su carácter general, solo pueden ser susceptibles de reclamación en conjunto con los derechos

²¹ NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación No. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

sustantivos. En relación a las alegaciones de violación de diversas disposiciones de la Convención que no fueron debidamente fundamentadas, al igual que los otros órganos internacionales, el Comité decidió considerarlas inadmisibles.

En lo referente a las disposiciones consideradas violadas, el Comité indicó que una ley aplicada con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no toma en consideración la situación de las personas con discapacidad. Otra razón resaltada por el Comité fue que la construcción de la piscina era el único medio efectivo disponible para atender las necesidades de la salud de la autora. De ese modo, el desvío del plan urbanístico no impondría una “carga desproporcionada o indebida” al Estado Miembro. Por el contrario, la negativa de construcción de la piscina era, esta sí, desproporcionada, causando un efecto discriminatorio a la autora, una persona con discapacidad. La negativa también privó a la autora de la hidroterapia, única opción para facilitar su existencia e inclusión en la comunidad.

Se consideraron violados los siguientes derechos sustantivos: 5 (1 y 3) (igualdad y no discriminación), 19 (b) (derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 25 (derecho a la salud) y 26 (derecho a la habilitación y la rehabilitación). Se estableció que se volviera a examinar la solicitud para la construcción de la piscina y que la autora recibiese una indemnización por los costos derivados de preparar la comunicación. También se determinó que el Estado evite que hechos similares se repitan en el futuro.

La segunda decisión (Comunicación No. 6/2011) no llegó a entrar en materia²².

El caso trataba de un ciudadano británico que alegaba que su Estado había violado diversas disposiciones de la CDPD. Más específicamente, sostuvo que, en virtud de tener diabetes de tipo 1, había sido, de manera discriminatoria, despedido de su empleo en la empresa Oracle.

²² NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación N.º. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

En su respuesta, el Reino Unido mantuvo que los actos declarados violatorios de la Convención habían ocurrido anteriormente a su entrada en vigor, el 6 de septiembre de 2009. Es importante considerar que no hubo ningún tipo de réplica sobre la consideración de la diabetes de tipo 1 como una discapacidad.

Al final, el Comité aceptó el argumento británico de “inadmisibilidad *ratione temporis*”, por no ser posible, según el art. 2º, f, del Protocolo Facultativo, reconocer las comunicaciones individuales relativas a los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Miembro. Reconoció también que, en ese caso, la violación no había prolongado sus efectos hasta después de la referida entrada en vigor, hecho que llevaría a la necesidad del Comité de admitir la comunicación individual.

Ante los dos casos, se pueden sacar algunas conclusiones.

- h. **En cuestiones procedimentales, el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad, muy probablemente seguirá la jurisprudencia masiva de los órganos similares en el ámbito de las Naciones Unidas.** Esto queda claro por su posición sobre temas como el agotamiento de recursos internos, la imposibilidad de alegación de violación autónoma de dispositivos dotados de generalidad o la jurisdicción *ratione temporis*.
- i. **En cuestiones de fondo, el Comité probablemente continuará haciendo uso, también como los otros órganos similares en el ámbito de las Naciones Unidas, de nociones como el principio de la proporcionalidad para el análisis de las violaciones a un texto convencional.**
- j. **En cuestiones de fondo, el Comité probablemente usará la idea de discriminación positiva como línea esencial para interpretar las disposiciones de la CDPD.** En ese sentido, todo indica que se le dará un sentido amplio al art. 5, 4 de la Convención, el cual dispone: “No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de

hecho de las personas con discapacidad". Esto sucede porque tal dispositivo, por su redacción de forma negativa, no necesariamente acoge la discriminación positiva.

- k. **En cuestiones de fondo, existen indicaciones de que el Comité estará abierto a ampliar y adaptar el concepto de personas con discapacidad.** Al no contestar que la diabetes de tipo 1 es una forma de discapacidad, el Comité, aunque no se haya pronunciado expresamente sobre el asunto, parece estar dispuesto a insistir en un concepto de discapacidad centrado en el individuo y no en una supuesta "enfermedad", tal y como lo hace el art. 1º de la CDPD que no establece una lista de discapacidades. O sea, un enfoque de derechos humanos, y no propiamente médico, parece que continuará siendo otra línea importante para que el Comité analice casos de violación a la CDPD.

5. CONCLUSIONES

Hacia tiempo que era necesaria una convención exclusivamente centrada en el derecho de las personas con discapacidad, y que al mismo tiempo refuerza el sistema internacional de protección de los derechos humanos, como posiblemente abre nuevos horizontes para pensar en la propia categoría de derechos humanos en el derecho internacional.

Con un conjunto de dispositivos que no solo refuerza los derechos ya existentes, sino también con disposiciones innovadoras, la CDPD completa y densifica el catálogo de derechos humanos. Su mecanismo de evaluación y monitoreo, al mismo tiempo que parte de la experiencia de órganos similares en otros de derechos humanos, incorpora algunas innovaciones que el movimiento internacional de derechos humanos ha debatido en los últimos años. Así, si la Convención, y también su Protocolo Facultativo, no representan una innovación total en el campo, no se pueden dejar de reconocer los diversos caminos que abren.

Aunque todavía sea pronto para evaluar la actuación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, todo

lleva a creer que no se alejará de sus similares, sea en el análisis de los informes de los Estados, sea en la decisión sobre las peticiones individuales.

En esta mezcla de consolidación de conquistas ya alcanzadas e innovación, la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad comenzó el siglo XXI con la promesa de la inclusión de aquella que es tal vez la mayor minoría existente del género humano. Y tal inclusión, para tener éxito — lo que vehementemente se espera — exigirá un replanteamiento profundo sobre la forma en la cual establecemos y garantizamos internacionalmente los derechos. Que estemos a la altura de esa difícil, aunque recompensadora, tarea.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- FLYNN, E., *From Rhetoric to Action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011.
- KAYESS, R. and FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 1-34.
- MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2008, pp. 510-511.
- MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, 2008, pp. 261-277.
- QUINN, G., DEGENER, T. et al. *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments*. United Nations: New York and Geneva, 2002.
- ZIEGLER, D. A (coord.), *Inclusion for All: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, IDEBATE Press: New York, 2010.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

Naciones Unidas - Enable: <http://www.un.org/disabilities/>
Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades:
<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx>

8. JURISPRUDENCIA BÁSICA

NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación N°. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Comunicación N°. 3/2011, Dictamen aprobado por el Comité en su séptimo periodo de sesiones, celebrado del 16 a 27 de abril de 2012, CRPD/C/7/D/3/2011.

NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo periodo de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012) CRPD/C/ARG/CO/1.

5

LA INCORPORACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. PRINCIPALES REGULACIONES Y ESTÁNDARES POST-CONVENCIÓN¹

Renata Bregaglio Lazarte
Pontificia Universidad Católica de Lima

Resumen

El objetivo del presente capítulo es analizar el derrotero de la problemática de la discapacidad en el sistema interamericano y su contraste con el modelo social. En ese sentido se analizarán los diversos instrumentos en la materia, así como la estructura orgánica encargada de la promoción de los derechos de este colectivo, y la práctica desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

1. INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma de la discapacidad ha generado una multiplicidad de cambios sociales, políticos y jurídicos. La idea del modelo social, es decir, que la discapacidad no surge solamente de la persona sino de la interacción entre la deficiencia de la persona y la sociedad² ha alterado las percepciones que, erróneamente, mantenían excluidas a un significativo porcentaje de la población mundial. Como es evidente, el Derecho no podía verse ajeno a esta dinámica. Es así que, a través de diversas estrategias, la problemática de la discapacidad ha ingresado a la dimensión jurídica. En el caso de los derechos humanos, podemos mencionar, como punto de quiebre, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPCD), aprobada en el año 2006 y en vigor desde mayo del 2008. Dicho tratado es el instrumento

¹ Agradezco a Renato Constantino Caycho en su labor como asistente de investigación para la elaboración de este documento.

² Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, Preámbulo.

jurídico que consagra el modelo social y especifica los derechos de las personas con discapacidad.³

Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos han ido acogiendo esta idea tanto a través de su práctica como a través de la inclusión de nuevos instrumentos jurídicos que sustenten dicha idea. En ese sentido, el objetivo del presente artículo es analizar el derrotero de la problemática de la discapacidad en el sistema interamericano. En ese sentido se analizarán los diversos instrumentos en la materia, así como la estructura orgánica encargada de la promoción de los derechos de este colectivo, y la práctica desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

2. EL CONJUNTO DE NORMAS ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El principal instrumento del sistema interamericano, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴, no contiene una disposición explícita sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),⁵ por su parte, establece (aunque con una terminología poco apropiada) la protección específica a las personas con discapacidad en su artículo 18.

³ Respecto al debate acerca de si la CDPCD establece nuevos derechos o solo reafirma los derechos humanos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales, ASTORGA señala que el debate no está zanjado, y que en su opinión existe por lo menos un derecho que emerge como nuevo en este tratado: el derecho a la habilitación (del cual son beneficiarias las personas que al nacer tienen una deficiencia), y el derecho a la rehabilitación (del cual son beneficiarias todas las personas con deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o psicosociales). Ver ASTORGA, Luis Fernando. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo.* En: *Revista CEJIL*, año III, N° 4, diciembre de 2008, p. 139.

⁴ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. En vigor desde el 18 de julio de 1978.

⁵ Adoptado el 17 de noviembre de 1988. En vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

Artículo 18

Protección de los Minusválidos

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
- d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Asimismo, el Protocolo de San Salvador recoge disposiciones específicas sobre el disfrute de las personas con discapacidad en los derechos a la educación⁶ y al trabajo.⁷

En materia de instrumentos específicos, a diferencia del sistema universal, el sistema interamericano no ha tendido a establecer tratados tomando en cuenta a poblaciones vulnerables⁸

⁶ Protocolo de San Salvador. Artículo 13.3.e

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

⁷ Protocolo de San Salvador. Artículo 6.2

Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

⁸ En el caso del sistema universal podemos mencionar, además del caso de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención sobre los derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias, la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, y la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer.

sino, más bien, considerando diferentes problemáticas.⁹ A pesar de ello, la discapacidad no ha sido un tema ignorado en el sistema interamericano. Podemos anotar en primer lugar a la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer - "Convención de Belém Do Pará".¹⁰ Esta constituye el primer y único tratado internacional que aborda específicamente el tema de la violencia contra la mujer, y en su artículo 9 establece que:

Para la adopción de las medidas a las que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras cuestiones, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer como objeto de violencia cuando esté embarazada, sea discapacitada, menor de edad, anciana, o esté en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

De manera más reciente, se han adoptado en el sistema interamericano la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.¹¹ Esta última es particularmente importante puesto que reconoce a la discapacidad como un supuesto de discriminación. Aspectos interesantes de ambas convenciones es el señalamiento de prohibición de discriminación en los ámbitos público y privado. Ello confirma también una tendencia que ha venido desarrollándose y que fue plasmada por CorteIDH en la Opinión Consultiva N° 18, en la cual señaló que los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea

⁹ Se puede mencionar: el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

¹⁰ Adoptado el 9 de junio de 1994. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

¹¹ Ambas adoptadas el 5 de junio de 2013.

obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.¹²

Resulta interesante también la definición de discriminación indirecta, aquella que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

De igual manera, ambas convenciones establecen el concepto de “discriminación múltiple”, entendida como cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos y que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales

Por otro lado, el sistema interamericano cuenta con un tratado específico en materia de discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD).¹³ No obstante, es importante tener presente que en tanto es un instrumento adoptado de manera previa a la CDPCD, muchas de sus normas o estándares no se adecúan completamente al modelo social. Ejemplo de ello es la definición de discapacidad establecida en el artículo I.1, que establece que

El término «discapacidad» significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (el resaltado es nuestro).

Si bien no puede decirse que la CIPCD plantea una definición completamente compatible con el modelo médico (en tanto

¹² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, párr. 110.

¹³ Adoptada el 7 de junio de 1999. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

reconoce al entorno como posible factor causante), a diferencia del modelo planteado por la CDPCD (donde la discapacidad surge de la interacción entre la deficiencia y la barrera), la CIPCD posiciona la discapacidad en el individuo, a partir de su deficiencia.

De igual manera, puede mencionarse el artículo I.2.c), en donde se establece que “en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”. Si bien la CIPCD no postula la figura de la interdicción como un modelo necesario, a diferencia del paradigma de la CDPCD, sí plantea la posibilidad de que exista una interdicción “necesaria”.¹⁴

No obstante lo anterior, en una lógica de uniformizar estándares, la CorteIDH ha señalado que, al igual que la CDPCD, la CIPCD tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.¹⁵

De esta manera, pese a no existir ningún instrumento específico en discapacidad que se alinee plenamente al modelo social recogido en la CDPCD, ello no obsta a que se pueda aplicar tal instrumento a los derechos de las personas con discapacidad puesto que es importante tener en cuenta que los sistemas de protección de derechos humanos plantean una interpretación hermenéutica, donde los estándares de uno u otro se interrelacionan a efectos de lograr la interpretación más adecuada para el ser humano. Esto está íntimamente relacionado con el estándar del *corpus iuris* desarrollado por la CorteIDH, y entendido

¹⁴ Sobre la necesidad de eliminar el régimen de interdicción y sustitución de la voluntad ver Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012), párrafos 19 y 20; Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012), párrafos 25 y 26; y Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité su décimo período de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013), párrafos 27 y 28; entre otros.

¹⁵ Corte IDH. *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012, párr. 133.

como el conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección de un derecho o grupo social en situación de vulnerabilidad específico. Desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un *corpus iuris* en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la CADH, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de *Belem do Pará*, la CIPCD, y la CDPCD. Ello está directamente relacionado con lo establecido en los artículos 29.b) de la CADH que establece que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. De igual manera, el artículo VII de la CIPCD dispone que ella no puede interpretarse de forma tal que restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado

No obstante los cuestionamientos que puedan hacerse a la CIPCD, existen algunos aspectos que merecen ser resaltados. Tal vez el principal sea la conceptualización de la discriminación. A diferencia de la CDPCD, que establece la prohibición de discriminación por “motivo” de discapacidad;¹⁶ la CIPCD establece la prohibición de discriminación

Basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada (...)¹⁷

Si bien el término “motivo” planteado por la CDPCD permite incorporar todos los aspectos planteados por la CIPCD, resulta positivo en esta última, el señalamiento expreso de esas diferentes posibilidades, a efectos de advertir a los Estados las implicancias y posibles supuestos de discriminación.

¹⁶ Artículo 2.

¹⁷ Artículo I.2.a)

Finalmente, un instrumento que vale la pena resaltar, y que ha sido adoptado luego de la entrada en vigor de la CDPCD, son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.¹⁸ Si bien la naturaleza de dichos principios es de *soft law*, estos revisten utilidad desde el punto de vista interpretativo, por lo que en materia de discapacidad resulta un instrumento interesante para analizar la situación de las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran institucionalizadas en un centro de salud mental. En esa línea, el instrumento prescribe en su artículo 3 lo siguiente:

3. Medidas especiales para las personas con discapacidades mentales

Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad.

3. LA LABOR DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La CIPCD establece al Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) como órgano supervisor de su cumplimiento.¹⁹ De acuerdo con el numeral 2) del mencionado artículo, el CEDDIS celebrará su primera sesión a los 90 días después de la décimo primera ratificación. En esos términos, la primera reunión se celebró el 28 de febrero de 2007.

¹⁸ Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

¹⁹ Artículo VI.

De acuerdo con su reglamento,²⁰ el CEDDIS está integrado por un representante y dos suplentes designados por cada Estado Parte de la CIPCD, por un período de cuatro años sin posibilidad de reelección. Los miembros del CIPCD son independientes en el ejercicio de sus funciones.²¹

La utilidad práctica del CEDDIS para poner en conocimiento un caso es limitada, y más bien cumpliría funciones similares a las de la ex Relatoría sobre Discapacidad en Naciones Unidas, es decir, solicitar información a organizaciones en diferentes temas vinculados a los derechos de las personas con discapacidad. De esta manera, el CEDDIS tiene como principal función examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados partes.²² Para ello los Estados parte deben presentar informes periódicos (cada cuatro años) señalando las medidas que hayan adoptado en la aplicación de la CIPCD y cualquier progreso que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.²³ Luego de recibidos y estudiados los informes de los Estados, El CEDDIS elaborará un informe que recogerá las conclusiones, observaciones y sugerencias generales para el cumplimiento progresivo de la CIPCD.²⁴

Por otro lado, en tanto órgano de control de la CIPCD, el CEDDIS mantiene, al igual que los órganos de los tratados del sistema universal, la facultad de interpretar el tratado que tutela. En la única observación general emitida hasta el momento,²⁵ el

²⁰ Aprobado por Resolución del 8 marzo 2007. OEA/Ser.L/XXIV.2.1. CEDDIS/doc.4/07 rev.3 corr. 1.

²¹ Artículo 2 del Reglamento del CEDDIS.

²² Artículo VI.5 de la CIPCD.

²³ Mecanismo de control establecido en el artículo VI.3 de la CIPCD y en los artículos 16 a 22 del Reglamento.

²⁴ Artículo 20 del Reglamento. Al 2013 solo no han presentado informes periódicos Haití y Honduras. Puede revisarse el contenido de los informes presentados por los Estados en el siguiente enlace http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4_informes.asp (revisado el 1 de octubre de 2013).

²⁵ CEDDIS. Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 28 de abril de 2011.

CEDDIS ha apuntado una reinterpretación del artículo I.2 de la CIPCD a la luz del artículo 12 de la CDPCD, estableciendo que:

El artículo I.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la O.E.A necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del artículo 12 citado.

No se trata solo de analizar la perspectiva de evaluar la legislación interna de cada Estado Parte en lo que respecta a la interdicción y curatela, sino también analizar, más allá de cuestiones jurídicas, las implicaciones prácticas de estas medidas estatales.

No debe confundirse el régimen de capacidad/incapacidad de ejercicio de los derechos en determinadas circunstancias, con la búsqueda de un modo de representación distinto de las personas con discapacidad que sostenga la autonomía de las mismas, reconozca su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica, y proponga un modo de apoyos y salvaguardias, solo en los casos donde ello sea necesario. Es decir, partir de las capacidades de las personas, de aquello que pueden hacer por sí mismas, para luego determinar aquellas circunstancias que requieren de apoyos con salvaguardias.

4. LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Tanto la CIDH como la CorteIDH han tenido la oportunidad de conocer casos y peticiones vinculados a la violación de derechos de las personas con discapacidad. En esta dinámica es importante advertir dos etapas: los casos resueltos antes la entrada en vigencia de la CDPCD (adscribita plenamente al modelo social) y los casos resueltos luego de la vigencia de dicho tratado.

4.1. La práctica jurisprudencial pre convencional

Un primer acercamiento a la discapacidad ha sido la asistencia en salud mental. De esta manera, en varias ocasiones, la CorteIDH ha establecido la obligación de los Estados de reparar con medidas de salud mental a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Estas medidas se traducen concretamente en el deber de brindar atención médica y psicológica gratuita, inmediata, adecuada y efectiva, incluyendo el suministro de medicamentos, a las víctimas y a sus familiares en los casos en que han sido declarados víctimas. Esto además guarda correspondencia con la calificación amplia que hace la Corte de las víctimas, considerando que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez,

víctimas de una violación del derecho a la integridad personal, en particular en aquellos casos referidos a desaparición forzada.²⁶ Así en los casos *Gonzales Medina y otros Vs. República Dominicana* se ordenó brindar, de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten. Este tratamiento, según había precisado la CorteIDH en su parte considerativa, estaría referido solo a aquellos padecimientos psicológicos y físicos sufridos por las víctimas derivados de las violaciones establecidas en dicha sentencia.²⁷

De manera específica, tanto la CIDH como la CorteIDH han abordado también aspectos de violaciones de derechos a personas con discapacidad. En primer lugar se puede mencionar el caso *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*,²⁸ en el cual la CIDH determinó la responsabilidad del Estado por la muerte de una persona con discapacidad mental en un centro de reclusión. Asimismo, se estableció que el Ecuador no tomó las medidas pertinentes para la protección de la integridad de esta persona, tomando en cuenta su situación de discapacidad, al señalar que:

La violación al derecho a la integridad física es aún más grave en el contexto del caso particular donde la víctima, en situación de prisión preventiva y padeciendo una enfermedad mental, se encontraba bajo la custodia del Estado en una situación de particular vulnerabilidad.²⁹

Asimismo, en dicho caso la CIDH determinó que el sistema penitenciario ecuatoriano no estaba a la altura de los estándares internacionales sobre la asistencia médico psiquiátrica, de conformidad con los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, que establecen que las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de

²⁶ Corte IDH. *Blake Vs. Guatemala*, párr. 114; *Familia Barrios Vs. Venezuela*, de 24 de noviembre de 2011, párr. 301; y *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, de 27 de febrero de 2012, párr. 270.

²⁷ CorteIDH *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Op. Cit, párr. 293; *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011, párr. 198 y 199.

²⁸ CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999.

²⁹ CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999, pár. 72.

procedimientos penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental deben recibir la mejor atención disponible de salud mental;³⁰ así como con la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,³¹ que disponen que "[l]os alienados [sic] no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales y en el caso de que deban permanecer en prisión, deben permanecer bajo la vigilancia especial de un médico."³²

En importante contextualizar esta decisión y tener en cuenta que ni la CIPCD, ni la CDPCD habían sido adoptadas, por lo que la lógica y el lenguaje del modelo social no formaban parte del marco conceptual de la discapacidad. Es por ello que se apela a la regulación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que apuestan por una remisión del recluso con discapacidad a un centro de salud mental. Dicha disposición hoy en día no sería compatible con el modelo social, y en particular, con el artículo 12 de la CDPCD (referido al reconocimiento de la capacidad jurídica), ya que reconocer la capacidad jurídica implica reconocer deberes y responsabilidad por su incumplimiento. En ese sentido si una persona con discapacidad mental comete un delito y debe ser detenido, no correspondería ordenar que cumpla condena en un centro de salud mental. Por el contrario, correspondería que el centro penitenciario tenga los recursos humanos y logísticos para brindar adecuado soporte a dicha persona.

No obstante lo anterior, resulta positiva la noción de doble vulnerabilidad o "particular vulnerabilidad" que plantea la CIDH, y que será posteriormente retomada en el caso *Ximenes López Vs. Brasil*, donde la CorteIDH señala que:

³⁰ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, A.G. res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 189, ONU Doc. A/46/49 (1991); principios 20.1 y 20.2. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/spanish/st2pppmif.html>

³¹ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977,

³² CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999, pár. 77.

Las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.³³

Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.³⁴

Otra de las decisiones de la CIDH relevante para esta materia, es la medida cautelar adoptada en el 2003 y reafirmada en el 2008 con respecto a los pacientes del Hospital Psiquiátrico de Paraguay.³⁵ En dicha medida, la CIDH estableció protecciones para las personas con discapacidad mental internadas en dicho nosocomio. Si bien no se cuestiona propiamente el internamiento (como sí lo haría el modelo social recogido en la CDPCD hoy en día), se busca acabar con los maltratos a los que eran sometidas estas personas, en especial con referencia al aislamiento celular. De esta manera, la CIDH solicitó a Paraguay que adopte todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de los y las pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, en especial para prevenir la ocurrencia de nuevos actos de violencia física y sexual al interior del Hospital, y requirió que informe sobre las medidas adoptadas para investigar los presuntos abusos sexuales y hechos de violencia que habrían resultado en la muertes de varias personas, con el fin de prevenir la repetición de tales hechos.³⁶

³³ Corte IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, párr. 127.

³⁴ Corte IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Óp. Cit, párr. 129.

³⁵ CIDH, MC 277-07 - Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay. 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008.

³⁶ Llama la atención que el 20 de noviembre de 2012, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 334 pacientes del Hospital Federico Mora, en Guatemala. De acuerdo a la solicitud, los 334 pacientes allí internados, que incluiría niños y niñas, comparten el mismo espacio con personas con discapacidad mental que han sido procesados y sentenciados por diversos crímenes. En ese contexto la CIDH solicitó al Gobierno de Guatemala que adopte

La CorteIDH también ha tenido oportunidad de conocer situaciones relativas a la violación de los derechos de las personas con discapacidad. Como primer acercamiento podemos mencionar la Opinión Consultiva N°17³⁷ que señala que:

El concepto de vida digna, desarrollado por este Tribunal, se relaciona con la norma contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente:

*1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.*³⁸

Asimismo, como ya hemos adelantado, en el 2006 la CorteIDH resolvió el caso *Ximenes Lopes v. Brasil*, donde se discutió las condiciones indignas en las que vivía una persona con discapacidad mental en un centro de salud mental en Brasil. Es interesante señalar que en dicho caso el Estado de Brasil reconoció su responsabilidad internacional respecto de gran parte de la demanda. No obstante la CorteIDH estableció que

Dada la naturaleza del caso, dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de reparación.³⁹ En razón de ello la sentencia abarcó más aspectos que solamente los puntos controvertidos.

El caso *Ximenes Lopes* es emblemático por ser el único caso tramitado ante la CorteIDH referido de manera específica a la vulneración de los derechos de una persona con discapacidad. Sin embargo, es importante resaltar que (tal vez por ser un caso previo a la entrada en vigor de la CDPCD), en dicho caso la CorteIDH no cuestiona el internamiento involuntario de Damiao

las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las personas internadas en el Hospital. Sin embargo en ningún momento cuestiona la situación de posible internamiento voluntario (ya la consecuente afectación de los derechos a la integridad, libertad y capacidad jurídica) de dichas personas con discapacidad.

³⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002.

³⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Op. Cit, párr. 80.

³⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. Cit, párr.81.

Ximenes Lopes en un centro de salud mental, cuestión proscrita por la CDPCD en el marco del derecho a la libertad y reconocimiento de la capacidad jurídica.

No obstante, la CorteIDH establece que las personas con discapacidad mental tienen derecho a una atención de salud mental que “debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”,⁴⁰ y en una transición hacia el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad se establece que

La discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.⁴¹

Finalmente, la CorteIDH se pronunció sobre las condiciones de internamiento mismas, y sobre ciertas formas de control de los pacientes. Así, en relación con la sujeción⁴² señaló que:

(...) posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento.

El Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes.⁴³

⁴⁰ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Cit., párr. 130.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Definida por la CorteIDH como cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento.

⁴³ Corte IDH. Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Cit., párr. 133 y 134.

Además siguiendo los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, la CorteIDH estableció que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía. Por ello, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.⁴⁴

4.2 Hacia la ¿plena? Incorporación del modelo social en la práctica interamericana

De manera posterior a la entrada en vigor de la CDPCD, tanto la CIDH como la CorteIDH han conocido casos sobre violación de derechos de personas con discapacidad. No obstante, una lectura crítica de las resoluciones de dichos casos nos llevaría a pensar que los órganos del sistema interamericano no comprenden de manera plena las implicancias del modelo social.

El primer caso resuelto, tanto por la CIDH como por la CorteIDH es el caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, referido a la demora excesiva del Poder Judicial argentino en el proceso civil de indemnización contra el Estado, seguido por los familiares de Sebastián Furlan, quien adquirió una discapacidad mental producto de una accidente en unas instalaciones abandonadas del Ejército argentino, que eran frecuentadas por niños y niñas como parque de recreación. Lamentablemente, dado que la sentencia se focaliza en la determinación de la violación del derecho de acceso a la justicia y debido proceso, por las demoras injustificadas en la tramitación del proceso (iniciado cuando Sebastián Furlan era menor de edad), las posibilidades de que la CorteIDH haga un análisis desde el modelo social son escasas. No obstante, como hemos adelantado, la CorteIDH aprovechó el espacio para dejar sentado que, al igual que la CDPCD, la CIPCD recoge el modelo social para abordar la discapacidad.⁴⁵

⁴⁴ Corte IDH. Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Cit., párr. 135.

⁴⁵ Corte IDH. Furlan y Familiares Vs. Argentina. Op. Cit., párr. 133.

Un caso posterior y bastante polémico por la conceptualización de discapacidad manejada por la CorteIDH es el caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, referido a la violación del derecho a la vida privada y familiar por la decisión de Costa Rica de prohibir el sistema de fertilización *in vitro*. En su sentencia, la CorteIDH concluye que se ha producido una discriminación indirecta por discapacidad, en la medida que la esterilidad de una mujer es una condición asimilable a la discapacidad. De acuerdo con la CorteIDH, la condición de mujer estéril es una deficiencia que al interactuar con una barrera (la decisión del Poder Judicial no permitir el acceso a servicios de fecundación asistida) genera una discapacidad. Así, señaló:

(...) teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (...), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.⁴⁶

Si bien resulta positivo que la CorteIDH haga todo un análisis en torno a la definición de la discapacidad a la luz del modelo social y de la CDPCD (y de la CIPCD), desde nuestra posición la equiparación de la infertilidad a la discapacidad no resulta adecuada. En primer lugar por la apelación que hace la CorteIDH a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a la situación de “enfermedad”. El modelo social justamente busca apartarse de la consideración médica de la discapacidad, al enfatizar que la discapacidad no es una condición que radique en el individuo, sino en la barrera impuesta por la sociedad. Pese a los esfuerzos de la CorteIDH, esta construcción teórica no refleja de manera clara esta interacción entre deficiencia y discapacidad. Es decir, si bien hay enfermedades que pueden presentar discapacidades asociadas, no es correcto equiparar ambos conceptos.

⁴⁶ Corte IDH. Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, de 28 noviembre de 2012, párr. 293.

Por otro lado, la discapacidad no se debe entender únicamente como la interacción entre la deficiencia y la barrera, sino que dicha barrera debe llevar a evitar la “participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁴⁷ En ese sentido, si bien consideramos que la decisión del Estado de Costa Rica puede afectar la vida privada y familiar, y en una construcción más específica, los derechos reproductivos de la mujer, no consideramos que se traduzca en la configuración de una discapacidad, en la medida que no hay un impedimento del desarrollo de una vida autónoma, ni una situación de exclusión social.

La CIDH por su parte ha resuelto de manera reciente el caso *Clearence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers (acumulados) contra Estados Unidos*, referido a la aplicación de la pena de muerte de personas con discapacidad mental.⁴⁸ Si bien la CIDH se ha pronunciado con anterioridad acerca de la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso de niños;⁴⁹ somos de la opinión que el razonamiento esgrimido por la CIDH en este último caso no resulta plenamente compatible con el modelo social, y en determinados aspectos carece de fundamento teórico.

Así, la CIDH señala que

Es un principio de derecho internacional que las personas con discapacidad mental, ya sea al momento de cometer el delito o durante el juicio, no pueden ser condenadas a la pena de muerte. Asimismo, es también contrario al derecho internacional ejecutar a una persona condenada a la pena de muerte cuando ésta tiene una discapacidad mental al momento de la ejecución.⁵⁰

No obstante, la CIDH no hace referencia a ningún precedente jurisprudencial ni a ninguna disposición de la CDPCD para postular

⁴⁷ Preámbulo de la CDPCD.

⁴⁸ CIDH. Informe N° 52/13. Casos 11.575, 12.333 y 12.341. *Clearence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers*. Estados Unidos. 15 de julio de 2013.

⁴⁹ CIDH. Informe N° 3/87. Caso 9647. *James Terry Roach y Jay Pinkerton*. Estados Unidos.

⁵⁰ *Ibid*, párr. 213.

dicho principio. Es más, en párrafos posteriores la CIDH señala que las personas con discapacidad mental no pueden ser sometidas a la pena capital debido a que “estas personas no tienen la capacidad de comprender la razón o consecuencia de la ejecución”. En el mismo sentido, el 21 de diciembre de 2011 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de Virgilio Maldonado Rodríguez, de nacionalidad Mexicana condenado a pena de muerte en el estado de Texas en los Estados Unidos,⁵¹ quien alega que los tribunales estadounidenses no tomaron en cuenta su discapacidad mental, por lo cual la imposición de la pena capital constituiría un trato cruel en los términos de la Declaración Americana.⁵²

Desde nuestra perspectiva, aunque podamos discutir la procedencia de la pena capital, y la necesidad de generar supuestos de excepción, el razonamiento de la CIDH contraviene el reconocimiento de la capacidad jurídica prevista en el artículo 12 de la CDPCD y el reconocimiento como pleno sujeto de derechos (y por tanto de deberes) de las personas con discapacidad. Dado que el caso es contra Estados Unidos, no será posible que la CorteIDH tome conocimiento del mismo.

De esta manera, podemos concluir que si bien la CIDH y la CorteIDH han tenido la oportunidad de aplicar las consideraciones y protecciones del modelo social previstas principalmente en la CDPCD, a la fecha el desarrollo que han hecho en torno a dicho modelo no ha resultado el más feliz. Se espera que en los próximos casos que serán conocidos en fondo por ambos órganos los principios rectores de la CDPCD prevalezcan por encima de otras consideraciones.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ASTORGA, Luis Fernando. “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo.” En: *Revista CEJIL*, año III, Nº 4, diciembre de 2008, p. 139.

⁵¹ Petición registrada bajo el número P-1762-11.

⁵² CIDH. MC 465/11, 21 de diciembre de 2011.

6. FUENTES COMPLEMENTARIAS Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD), adoptada el 7 de junio de 1999.

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, A.G. res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 189, ONU Doc. A/46/49 (1991); principios 20.1 y 20.2. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/st2pppmif.html>

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Reglamento del CEDDIS, aprobado por Resolución del 8 marzo 2007. OEA/Ser.L/XXIV.2.1. CEDDIS/doc.4/07 rev. 3 corr.

7. JURISPRUDENCIA BÁSICA

7.1. Organismo o Tribunales internacional de garantía

CIDH. Informe N° 52/13. Casos 11.575, 12.333 y 12.341. Clearence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores y otros y James Wilson Chambers. Estados Unidos. 15 de julio de 2013.

CIDH. Informe N° 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo v. Ecuador. 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe N° 3/87. Caso 9647. James Terry Roach y Jay Pinkerton. Estados Unidos.

CIDH, MC 277-07 - Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico, Paraguay. 17 de diciembre de 2003 y 29 de julio de 2008.

CIDH. MC 465/11, 21 de diciembre de 2011.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría,

- aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de El Salvador, aprobadas por el Comité su décimo periodo de sesiones (2 a 13 de septiembre de 2013).
- Corte IDH. *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, de 28 noviembre de 2012.
- Corte IDH. *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012.
- Corte IDH. *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, de 27 de febrero de 2012.
- Corte IDH. *Familia Barrios Vs. Venezuela*, de 24 de noviembre de 2011.
- Corte IDH. *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011
- Corte IDH. *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002.
- Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*, de 24 de enero de 1998.
- Portal del CEDDIS - http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index_informes.asp (revisado el 1 de octubre de 2013).
- CEDDIS. Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". 28 de abril de 2011.

TERCERA PARTE

**GÉNERO Y DERECHOS
HUMANOS**

6

GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS: REVOLUCIÓN DE IDEAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS (CONTEXTO GENERAL)

Lia Zanotta Machado
Universidad de Brasilia

En la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres, heterosexuales y homosexuales, y en la búsqueda contra la discriminación racial, los movimientos feministas, estableciendo un diálogo entre los sentimientos individuales y las políticas públicas, exigen la reflexión y las acciones continuas sobre la vida privada y sobre el ámbito público.

Lia Zanotta Machado

Resumen

La lucha por los derechos contra la discriminación de las mujeres y la discriminación de género hace pensar en la importancia de los movimientos feministas y en su lucha, con enfoque en tres grandes temáticas: 1) la lucha por el enfrentamiento a la violencia contra las mujeres, 2) la conquista de los derechos de las mujeres en la salud, la sexualidad y la reproducción y 3) el derecho a la autonomía económica, con acceso a trabajo y a sueldo/salario en condiciones igualitarias a los hombres. Esta investigación habla de las tres para concluir que, si los movimientos feministas se diferenciaron en el tiempo por dar más énfasis al ámbito público o privado, hoy, se reconoce que todas estas demandas están íntimamente arraigadas.

1. INTRODUCCIÓN

No es posible pensar en la lucha por los derechos contra la discriminación de las mujeres y la discriminación de género, sin pensar en la importancia de los movimientos feministas y en las formas en que los sistemas educativos y los Estados Nacionales respondieron o no a estos reclamos, habiendo contribuido o no al cambio de las mentalidades y a la implementación de las políticas públicas.

En América Latina, son tres las grandes temáticas que ganaron espacio desde el movimiento feminista de los años

setenta del siglo XX a los días de hoy, por los derechos de las mujeres y por los derechos a la no discriminación de género: 1) la lucha por el enfrentamiento a la violencia contra las mujeres, 2) la conquista de los derechos de las mujeres en la salud, la sexualidad y la reproducción y 3) el derecho a la autonomía económica con acceso a trabajo y al sueldo/salario en condiciones igualitarias a los hombres.

Las dos primeras temáticas están en consonancia con la consigna del movimiento feminista de los años sesenta y setenta, acontecido en los Estados Unidos y en Francia: la politización de lo privado. Politizar lo privado es denunciar las desigualdades de poder entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones afectivas, amorosas, conyugales, familiares y domésticas. La tercera temática guarda relación con la continuidad de las reivindicaciones feministas que venían del siglo XIX y comienzo del siglo XX.

Los movimientos feministas anteriores, que se produjeron en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX en Europa, en los Estados Unidos y en América Latina, tuvieron como enfoque el acceso al ámbito público: al trabajo, a la educación, a las diferentes profesiones, y al mundo de la política con el derecho a votar, a ser elegida y a ser representante política. El nuevo movimiento retoma las reivindicaciones anteriores, vinculando las unas con las otras.

Lucharon por el acceso a las condiciones de igualdad en el ámbito público y privado que, de hecho, están estrechamente relacionadas. La tradición social que hizo desiguales a hombres y a mujeres y que impidió durante mucho tiempo que fueran juezas, magistradas y médicas, o que votaran y fueran elegidas, deriva con seguridad, de la idea criticada por el feminismo, de que “las mujeres deben ser, idealmente, solo madres y dedicarse obligatoria o exclusivamente a la maternidad”. Para el feminismo, la **maternidad es una elección y no puede ser impeditiva del ejercicio profesional**. En nombre de este tipo de concepción de maternidad exclusiva, un amplio campo de profesiones fue prohibido a las mujeres, o todavía se considera inapropiado o justificativo de menores remuneraciones.

Las mujeres fueron, en las sociedades modernas, excluidas de las actividades profesionales liberales como la medicina, la ingeniería y la abogacía. Vetadas de entrar en las primeras escuelas universitarias de formación. Después, los avances se fueron dando poco a poco. Las mujeres que se hicieron médicas siguieron carreras todavía segmentadas, concentrándose en las áreas de la ginecología y obstetricia y teniendo mayores dificultades para adentrarse en áreas quirúrgicas de mayor riesgo como la cardiología quirúrgica y la neurocirugía.

La paradoja es enorme, si pensamos que durante todo el siglo XIX e inicio del siglo XX, las mujeres pobres fueron reclutadas como obreras, ya que necesitaban el sustento, recibiendo menores rendimientos, con la excusa de que ellas no debían ser la cabeza de familia, sino que solo eran una ayuda (aunque fueran de hecho co-proveedoras o incluso las únicas proveedoras) y que la “naturaleza femenina” no se consideraba tan competente como la de los hombres.

Así, si los movimientos feministas se diferenciaron en el tiempo por dar más énfasis al ámbito público o privado, hoy se reconoce que todas estas demandas están íntimamente arraigadas.

2. ENFRENTAMIENTO A LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

El presente trabajo hace referencia al caso brasileño, aunque en este mismo año los movimientos feministas han eclosionado en casi todos los países latinoamericanos. En 1975, tuvo lugar el primer acto público del feminismo en Brasil, el seminario *O Papel e o Comportamento da Mulher na Sociedade Brasileira*, celebrado en Río de Janeiro. En él se trataron amplias cuestiones como la condición de la mujer brasileña, las cuestiones relativas al trabajo, a la salud física y mental, a la discriminación racial, a la homosexualidad femenina y a la defensa de la democracia, pues Brasil se encontraba entonces bajo un sistema autoritario y dictatorial.

La cuestión específica del movimiento en Brasil que primero toma mayor visibilidad política es la cuestión del asesinato de

mujeres. Las consignas iniciales referentes a la violencia se dieron en 1979, en torno a la denuncia de los homicidios cometidos por maridos contra sus esposas y el hecho de que los hombres fueran absueltos. El enfrentamiento de las feministas buscó revolucionar la opinión pública y criticar el modo en que el femicidio de manos del compañero era interpretado por los poderes jurídicos.

En un informe de 2007, formulado por la Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública del Senado Federal (Brasil, 2007) sobre la violencia doméstica contra las mujeres, se destaca que, “em cada 100 brasileiras, 15 (admitiram) viver ou já viveram algum tipo de violência doméstica. (...) 58% apontam ter sido vítima de violência física, 18% de violência psicológica e moral e 17% de outras formas” (p.4)¹. Estos datos porcentuales no se diferencian de los estudios posteriores brasileños, ni tampoco de los estudios hechos en otros países latinoamericanos, salvando pequeñas diferencias.

El género de las víctimas de homicidio en todas las ciudades brasileñas apunta a una mayor incidencia de muerte intencional de hombres contra hombres, pero las tasas de unos y de otras son internacionalmente muy altas. La mortalidad de las mujeres en las capitales brasileñas varía entre un 1.8 (João Pessoa) y un 8.4 (Cuiabá) por cada 100.000 habitantes, y la de los hombres entre un 37.2 (Natal) y un 134.6 (Recife).

En los países de Europa occidental durante los años 2000/2010, se producen aproximadamente 3 muertes intencionales por cada 100 mil habitantes, incluyendo hombres y mujeres. En los Estados Unidos se producen entre 5 y 6 muertes intencionales por cada 100 mil habitantes. En Brasil se producen cerca de 26 muertes intencionales, incluyendo hombres y mujeres por cada 100 mil habitantes, con cantidades similares en otros países como Colombia, índices siempre más altos que en los países desarrollados. Una reflexión posible es que la comparación estadística de la mortalidad intencional entre Europa, Estados Unidos y América Latina, permite observar que en estas

¹ De cada 100 brasileñas, 15 admitieron vivir o ya vivieron algún tipo de violencia doméstica. El 58 % admite haber sido víctima de violencia física, el 18 % de violencia psicológica y moral y el 17 % de otras formas de violencia. (N. del T.)

sociedades, existe una presencia menor del uso tradicional de la violencia para resolver conflictos personales (por toda una historia de ciudadanía más consolidada en torno a la idea de un “Estado de bienestar” y de desarrollo internacional desigual).

La violencia crónica de las mujeres alcanza a una gran mayoría de ellas. Además de crónica y rutinaria, la violencia doméstica contra las mujeres, se convierte en una espiral creciente de actos violentos en dirección al momento máximo de su ciclo, que es el acto de la agresión mortal.

Así podemos concluir sobre la fuerte presencia en los países latinoamericanos de la llamada «violencia interpersonal tradicional», basada en la construcción de valores culturales subjetivos de relaciones de género de larga duración, que construyen y reconstruyen las identificaciones masculinas y femeninas en torno a una cultura que legitima o tolera la resolución de conflictos interpersonales a través del uso de la violencia. En ella, los hombres son llamados a controlar a sus mujeres y a desafiarse entre sí.

El alto índice de muertes intencionales contra las mujeres, junto con el conocido carácter doméstico y familiar, casi exclusivo de estos femicidios, indica una creciente violencia contra las mujeres.

En América Latina y el Caribe, solo en las dos últimas décadas, la violencia conyugal e intrafamiliar han sido objeto de nuevas legislaciones que buscan instaurar la defensa de los derechos humanos de las mujeres a la integridad física y psicológica en el espacio familiar y doméstico. Estas nuevas legislaciones han sido muchas veces entendidas como una cuestión problemática, tanto por los responsables de la justicia, como por los segmentos de la sociedad. Unos insisten en la solución autónoma de conflictos en el dominio privado, otros se adhieren a las soluciones jurídicas de mediación o conciliación, pero unos y otros parecen no dar relevancia a la clara desigualdad de poder entre los géneros, especialmente en el ámbito privado.

Muchos de los que se expresan contrarios a una aludida quiebra del derecho a la igualdad por el hecho de que sea una ley que se dirija exclusivamente a las mujeres, no solo no reconocen que la igualdad jurídica formal es compatible con la idea de implementación de leyes que busquen la construcción de la igualdad material, sino que no parecen reconocer que toda la historia del Derecho Penal Brasileño e Iberoamericano, se constituyó discriminando negativamente los derechos de las mujeres a la integridad física y psíquica y a la libertad sexual en el ámbito doméstico.

En la historia del Derecho Penal, la defensa de la honra de los hombres siempre implicó el control legal de las mujeres, y la defensa de la patria potestad de los hombres siempre implicó la obediencia de las mujeres a través de la legalidad de la corrección física o de la incapacidad relativa de la mujer casada.

Solo con las nuevas leyes implementadas en América Latina sobre violencia doméstica y sobre algunas pocas denominadas violencia doméstica contra las mujeres, se repudia la desigualdad de género todavía instalada en el Código Penal, pese a los anteriores nuevos derechos constitucionales de igualdad de género presentes en muchas de las nuevas constituciones de los países de América Latina. En Brasil, la nueva Ley Maria da Penha de 2007 contempla una nueva noción de familia, donde cabe a la familia y a la sociedad, defender los derechos individuales de cada uno de sus miembros, y no atribuir más la tutela implícita de las mujeres al representante masculino de la patria potestad.

Es importante mostrar la relación de la mayoría de las percepciones que se resisten a la legitimidad y a la aplicación de nuevas leyes, con los significados previos y reactualizados de la legitimación y legalización de la familia, no solo como valor cultural, sino tal como viene entendido y reforzado en la noción de familia, como bien jurídico.

Los valores de larga duración de la defensa del bien jurídico, de la armonía familiar y de la privacidad del ámbito doméstico, están presentes en toda la historia del andamiaje jurídico iberoamericano, y se guían por los principios de las moralidades y costumbres tradicionales. Incurren, desde la perspectiva de los derechos humanos, en graves discriminaciones de género y violaciones de los derechos humanos de las mujeres.

La familia es el núcleo sólido de la significación de lo privado, la "célula básica de la sociedad", y era, fue, y todavía se entiende como un bien jurídico que debe ser preservado. Desde la época colonial a la Independencia, pasando por las Ordenanzas Filipinas y Manuelinas y por los Códigos Penales y Civiles de los países latinoamericanos, la idea moral de la familia como bien jurídico se mantiene. La familia presupuso, por mucho tiempo, la corrección del marido sobre la mujer, el criado, el discípulo, los hijos y los

esclavos, y, durante más tiempo, la obediencia civil de la mujer al marido. Este carácter es reactualizado en la forma en que, hoy, las agresiones domésticas son tratadas según los eventos únicos, asociados a las “vías de hecho” y lesiones leves, de acuerdo con su in/significancia e in/materialidad.

El principal dilema de la legitimidad de la criminalización de la violencia conyugal y familiar es la resistencia ofrecida a partir de los valores por los cuales la familia está como dominio privado y como valor moral, desde hace mucho tiempo regularizada y legitimada en las interpretaciones jurídicas hegemónicas.

La idea de la corrección del marido sobre la mujer está presente en los manuales de los confesores de la época colonial, como es el caso del Manual de Corella, citado por Almeida (1993): “...não é de seu ofício corrigir o marido, como o é, dele, corri-la.” (p.87).²

En las Ordenanzas Filipinas, el derecho a hacer obedecer a la mujer, a corregirla y a castigarla estaba explícitamente presente, según las palabras del jurista Rodrigues (2004): “No sistema das Ordenações Filipinas (Liv.V, Títs.36, § 1º, e 95,§ 4º), não praticava ato censurável aquele que castigasse criado, ou discípulo, ou sua mulher, ou seu filho, ou seu escravo.” (p.120)³.

Solo el Código Criminal del Imperio de 1830 revocó la legalidad del castigo (físico) presente en las Ordenaciones Filipinas y rescindió los derechos de los maridos a matar a las esposas adúlteras y a sus amantes. El deber de obediencia a los maridos, no obstante, se mantiene, así como los conceptos de defensa de la honra. Según Lafayette (2000): “Em virtude do poder pátrio, (até o Código Civil de 1916) compete ao marido o direito de exigir obediência da mulher, a qual é obrigada a moldar suas ações pela vontade dele em tudo que for honesto e justo”⁴. En Brasil, solo el

² No es su oficio corregir al marido, como lo es de él, corregirla a ella. (N. del T.)

³ En el sistema de las Ordenanzas Filipinas (Lib.V, Títs.36, § 1º, y 95,§ 4º), no practicaba acto censurable aquel que castigase a su criado, o a discípulo, o a su mujer, o a su hijo, o a su esclavo. (N. del T.)

⁴ En virtud de la patria potestad, (hasta el Código Civil de 1916) compete al marido el derecho de exigir obediencia de la mujer, la cual está obligada a moldear sus acciones en voluntad de él, en todo lo que fuera honesto y justo. (N. del T.)

Estatuto de la Mujer Casada en 1962, retira a la mujer la condición de parcialmente “incapaz”.

En referencia a Chile, Fries y Matus (2000) señalan: “En materia civil, ... (las) normas (...) hasta 1989 consagraban como deber, la obediencia de la mujer a su marido y la de este de brindarle protección, la necesidad de pedir autorización para trabajar en forma independiente de este, la de seguirlo adonde este tuviera su lugar de residencia, etc.”. (p. 35)

La idea de corrección no es solo una costumbre mantenida oralmente, y que estaría en la inminencia de desaparecer. Tuvo su inscripción jurídica legitimada y legalizada en el ámbito jurídico y religioso durante un tiempo histórico de larga duración, y por tanto, las condiciones de grabarse profundamente en las mentes y en las costumbres, sin que su vivencia o percepción sean homogéneas para hombres y mujeres.

En la investigación que realicé como miembro del *Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Mulher (NEPEM/UnB)* sobre subjetividades y percepciones de hombres agresores y mujeres agredidas, la idea de corrección aparece clara e insistentemente. Expongo aquí ejemplos de intervenciones obtenidas de los agresores presentes en la *Delegacia Especializada das Mulheres*. “Aí, eu tentei corrigir com conversa, não deu certo e eu cheguei a ponto de agredir... [...] Não foi bem uma agressão, eu tentei chamá-la para perto de mim, ela foi e se esquivou, da forma como se esquivou, acabou dando torcicolo...” [...] Se Deus tiver que julgar, ele vai ter que julgar a ela e não a mim. Eu errei por bater, mas ela viu também que a honra de um homem não pode ser jogada fora [...] Ela viu que estava errada, veio e se esquivou”⁵.

Entre las mujeres agredidas, no es la palabra corrección lo que más aparece, sino la descripción de situaciones donde los hombres las acusan y evalúan sus acciones, y donde los hombres golpean como respuesta a las reprimendas verbales de las mujeres o a las situaciones de celos.

⁵ “Aí, intenté solucionarlo hablando, no arregló nada y llegué a agredirla... [...] No fue exactamente una agresión, intenté decirle que se acercara, ella fue la que se escabulló, y la forma de escabullirse, acabó dándole tortícolis... [...] Si Dios tuviera que juzgar, la va a tener que juzgar a ella y no a mí. Me equivoqué al golpearla, pero ella vio también que la honra de un hombre no se puede tirar por tierra [...] Ella vio que estaba equivocada, vino y se escapó.”

“Quando eu começo a falar muito, ele logo pega a faca, eu fico mordida de raiva, porque a primeira coisa que ele faz é amolar a faca. Ah, os motivos eram as drogas, né? Aí, quando ele começa usar, eu começava a brigar com ele [...] Os outros motivos que tiveram foram quando ele me vê, como ele é muito ciumento, via eu conversando com um amigo assim...Ele começava..., queria me bater”⁶.

Queda claro que las miradas de estas mujeres se alejan sustancialmente de las miradas masculinas, en el valor básico de la obediencia debida. Ellas se ven como sujetos que participan en una disputa de valores con sus compañeros sobre cómo debe ser llevada la vida en pareja. Ellas hablan mucho, es decir, ellas les regañan y critican las actitudes o las acciones de los hombres. No otorgan el derecho a los hombres de imponer su visión mediante los golpes o la amenaza.

En el ámbito de los Códigos Penales tradicionales, el espacio doméstico familiar es considerado como sinónimo del valor de la armonía familiar y un bien jurídico, guardián de la moralidad y de la pacificación de la sociedad. Así, en este ámbito, el valor de la armonía familiar debe prevalecer, aunque exija hacer oídos sordos al carácter de género de los conflictos familiares.

Este espacio doméstico tiene que ser percibido de manera diferente para que se introduzcan los derechos humanos de las mujeres: derechos a la integridad física y psíquica y a la dignidad de la persona. La familia tiene que ser entendida como un lugar de respeto a la dignidad e integridad física y psíquica de todos los miembros que la componen. Es en gran medida, en el ámbito de las relaciones familiares donde se producen los actos de violencia sexual contra las mujeres y las niñas, basados en la idea de que las mujeres, las niñas y también los niños, por formar parte de la familia de un cabeza de familia masculino patriarcal, le deben sumisión.

La presencia de las mujeres en el espacio público de la calle y del ocio sufre fuertes discriminaciones, ya que se considera que la “mujer honesta” es la “mujer de familia” y cómo la “mujer que está en la calle” no debe ser honesta. Al entrevistar a hombres que cometieron violencia sexual contra mujeres, se evidenció que el principal motivo del delito era el deseo sexual junto con el deseo

⁶ “Quando empiezo a hablar mucho, inmediatamente coge el cuchillo, me pongo furiosa, porque la primera cosa que hace es afilar el cuchillo. Ah, los motivos eran las drogas, ¿verdad? Ahí cuando él comienza a usarlo, yo empezaba a pelearme con él [...] Los otros motivos que tuvieron fueron cuando él me ve, como él es muy celoso, me veía hablando con un amigo... Él empezaba..., me quería golpear.”

de control de las mujeres, y que el motivo para el delito era justamente que las mujeres estaban solas en un local público. ¿Por qué esta justificación? Porque parece verídica para el sentido común. De esto se puede desprender que a las mujeres no se les reconoce el derecho de libertad de movimiento en los sectores públicos de las calles y el recreo y que se controlan sus formas de vestir, como si fuesen las mujeres las que incitan así a la violación sexual de los hombres. No deberíamos tener lugares prohibidos para ninguno de los géneros en la ciudad o en el campo.

3. POR LA CONQUISTA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A LA SALUD, LA SEXUALIDAD Y LA REPRODUCCIÓN

En la década de los 80, en los países de América Latina, se criticaron las propuestas de control poblacional, de la natalidad y las políticas locales estimuladas internacionalmente para la esterilización de las mujeres sin acceso a información.

El movimiento feminista estableció la diferencia entre el control poblacional y el deseado planeamiento familiar con acceso a información y el respeto a la autonomía.

En Brasil, en 1983, en Río de Janeiro, diversos grupos feministas organizaron un *Encontro sobre Saúde, Sexualidade, Contracepção e Aborto*. Reivindicaron una política de propuesta de anticonceptivos junto con la propuesta de información, entendidas como derechos a la autonomía y a la decisión. Se luchó por la descriminalización del aborto. Los movimientos de mujeres y los profesionales de la salud, junto con el apoyo especialmente de los sanitarios, propusieron un *Programa de Assistência Integral à Saude da Mulher (PAISM)* en 1983 y consiguieron que el Ministerio de Salud aprobase un sistema de salud público que considerase la atención integral a la salud de las mujeres, contraponiéndolo a la atención casi exclusiva de las mujeres como madres en los servicios materno infantiles. Ahí se incluía el derecho a la anticoncepción y el derecho a la sexualidad con autonomía.

Tras la demanda del movimiento feminista, se volvieron a incluir las políticas públicas estatales. Se propuso la creación de Consejos que, integrados por las feministas, fuesen legitimados

por los poderes públicos, convirtiéndose en órganos de consulta y proposición. Los primeros Consejos por los Derechos de las Mujeres y, más tarde los organismos estatales se crearon para poco a poco incluir los derechos de las mujeres en los países latinoamericanos.

En Brasil en 1988, el *Conselho Nacional de Direitos das Mulheres*, lideró la formación de un *lobby*, llamado el “lobby do batom”⁷ el cual presentó a los constituyentes la “Carta das Mulheres”, elaborada por un gran número de feministas. Su pauta: la justicia social, la creación de un sistema único de salud, la enseñanza pública y gratuita en todos los niveles, la autonomía sindical, la reforma agraria, la reforma tributaria y la negociación de la deuda externa. La segunda parte, se refería a los derechos de las mujeres: el trabajo, la salud, los derechos de propiedad, liderazgo compartido en la sociedad conyugal, la defensa de la integridad física y psíquica de la mujer como argumentación para el combate a la violencia, la redefinición de la clasificación penal de la violación y la creación de delegaciones especializadas de atención a la mujer en todos los municipios.

En los años noventa, la tendencia de los movimientos feministas fue la de agruparse en organizaciones no gubernamentales, buscando recursos para objetivar proyectos referidos a la elaboración y el acompañamiento de las políticas públicas. Se formaron grandes redes de articulación nacional y articulación regional en América Latina. Las cuestiones de derechos a la salud, al parto humanizado y el acceso a los anticonceptivos, estuvieron y están presentes en la pauta de los movimientos feministas latinoamericanos, ya que están lejos de haber sido resueltos.

Los movimientos por la legalización de la interrupción del embarazo y por la legalización del aborto están, gracias a estos movimientos, en la pauta de las cámaras legislativas de Uruguay, Argentina, Brasil y Ciudad de México entre otros, con mayor o menor éxito, así como algunos aspectos fueron llevados a las Cortes Supremas como es el caso de la interrupción del embarazo en casos de fetos anencefálicos en Brasil o los casos por cuestión de salud de la embarazada o del feto, como es el caso de Colombia. Donde se abrieron las posibilidades de interrupción del

⁷ Lobby del lápiz labial (N. del T.)

embarazo, han disminuido los índices de mortalidad y morbilidad producidas por las condiciones clandestinas de los abortos.

No se puede dejar de mencionar la presencia en toda América Latina y en los países desarrollados, de los grupos conservadores que buscan una imposición única del control sobre todas las mujeres, sus decisiones y sus cuerpos. Al contrario, el movimiento feminista propone, en nombre de la ética, que cada mujer tome en cuenta sus posibilidades y circunstancias, y que la maternidad sea una elección y que la mortalidad y la morbilidad de un sinnúmero de mujeres no sucedan más.

Si los movimientos feministas consiguieron grandes éxitos en el diseño de las políticas públicas, también existen retrocesos y cooptación por parte del Estado.

En los últimos años, los movimientos feministas en América Latina pasaron con fuerza a incluir la lucha contra toda discriminación de género y la lucha contra toda discriminación de las formas de sexualidad, así como de las discriminaciones raciales y étnicas. Los movimientos feministas negros en Brasil, por ejemplo, se consolidaron en articulaciones de redes nacionales. En los encuentros de las mujeres indígenas, los derechos a la salud y a la no violencia integran las pautas de reivindicación de las mujeres indígenas, sea en las ciudades o en las reservas (sus territorios).

4. POR LA CONQUISTA DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA ECONÓMICA CON ACCESO AL TRABAJO Y AL SUELDO/SALARIO EN CONDICIONES IGUALITARIAS A LOS HOMBRES

Verdaderamente, la historia del mercado de trabajo en América Latina, registró en las últimas décadas la entrada creciente de las mujeres en el trabajo formal e informal; a pesar de eso, la distancia entre los rendimientos o salarios de hombres y mujeres, siguió presentando desigualdades.

Las desigualdades en el mercado de trabajo se dan, no solo por la discriminación de género, sino también por la discriminación de etnias/razas, siempre con la superioridad racial de los considerados blancos. Y los movimientos feministas se han posicionado siempre contra todas las discriminaciones en el mercado de trabajo.

En Brasil, por ejemplo, los datos revelan situaciones similares a otros países, donde se hacen necesarios equipamientos urbanos como guarderías y escuelas para los hijos, que posibiliten la entrada de la mujer en la actividad laboral fuera del ámbito doméstico.

La inserción de gran parte de las mujeres se produce en situaciones de empleo vulnerables, o sin seguridad y duración, o en actividades que reciben poco como es el caso del ama de casa, con menos derechos y menores retribuciones. Por otro lado, los datos apuntan a que cada vez más, las mujeres son parte o la única proveedora del sustento familiar.

Soares (2011, pág. 75) señala que en Brasil, “34% das mulheres no mercado de trabalho estão em situação de vulnerabilidade, ou seja, são trabalhadoras domésticas, trabalhadoras não remuneradas, ou trabalhadoras para o consumo próprio, enquanto que somente 9% dos homens estão neste tipo de situação”⁸.

Paradójicamente, hubo un aumento relativo del grado de escolaridad de las mujeres en el mercado de trabajo que “hoje tem uma escolaridade mais alta do que os homens” (Soares, 2011, pág. 75)⁹. Los salarios continúan desiguales tanto entre aquellas profesiones y tareas menos cualificadas como en las profesiones altamente cualificadas, para cuya formación se exige una educación superior.

De acuerdo con la investigación realizada por la *Fundação Perseu Abramo* sobre “lo que las mujeres piensan de su vida”, las mujeres entrevistadas a través de un muestreo nacional, dijeron que la vida mejoró diez puntos porcentuales entre 2001 y 2002, destacando una mayor libertad e independencia de la mujer así como una mayor oportunidad de inserción en el mercado de trabajo. Entre los puntos considerados negativos, están la referencia a la subordinación a los hombres y las desigualdades en el mercado de trabajo.

⁸ El 34 % de las mujeres en el mercado de trabajo está en situación de vulnerabilidad, o sea, son amas de casa, trabajadoras no remuneradas, o trabajadoras para consumo propio, mientras que solamente el 9 % de los hombres está en este tipo de situación. (N. del T.)

⁹ Hoy tiene una escolaridad más alta que la de los hombres. (N. del T.)

Resumiendo, la defensa de los derechos de las mujeres es una forma crucial de defender los derechos humanos y la igualdad de género.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GOLDBER, Anette. Feminismo e Autoritarismo: a metamorfose de uma utopia de liberaçao em ideologia liberalizante. Trabajo Final de Máster. UFRJ, 1987. Print.
- MACHADO, Lia Zanotta (1998) "Matar e Morrer no Masculino e no Feminino". In LIMA, Ricardo, OLIVEIRA, Djaci e GERALDES, Elen (orgs.) A Primavera já Partiu. Petrópolis: Ed. Vozes e M.N.D.H..
- MACHADO, Lia Zanotta (2003) "Atender Vítimas. Criminalizar Violências". In AMORIM, Maria Stella e KANT de LIMA (orgs.) Judiciários Especiais Criminais. Niterói: Ed. Intertexto.
- MACHADO, Lia Zanotta (2004) Desafios Institucionais do Combate à Violência contra as Mulheres em América Latina. Consultora de UNIFEM.
- MACHADO, Lia Zanotta (2010) Feminismo em Movimento. São Paulo e Brasília, Editora Francis, 2010
- MACHADO, Lia Zanotta e MAGALHÃES, M. Tereza (1999) "Violência Conjugal: os espelhos e as marcas". In SUÁREZ, Mireya e BANDEIRA, Lourdes (orgs.) Violência, Gênero e Crime no Distrito Federal. Brasília: Ed. Paralelo 15 e Ed. da UnB.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. Print.
- SOARES, Vera "Desigualdade de gênero e raça no mercado de trabalho: Precarização do trabalho e discriminação salarial" in Fundação Alexandre Gusmão: Autonomia Econômica e Empoderamento da Mulher, Rio, 2011.
- SORJ, Bila and MONTERO, Paula. "SOS-Mulher e a Luta contra a Violência". In Perspectivas Antropológicas da Mulher. Sobre a Mulher e Violência. Rio: Zahar Editores, 1985.

7

SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Yolanda Gómez Lugo
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

La finalidad de este capítulo es facilitar una aproximación al sistema internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres desde una perspectiva general. Se dedicará una especial atención al estudio de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), así como al órgano de vigilancia de dicho tratado internacional: el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de los denominados problemas de género se sitúa en la pervivencia de una desigualdad de hecho entre hombres y mujeres, o discriminación por razón de género, existente no sólo en los ámbitos de las relaciones jurídico privadas, sino también en el de la vida pública.

Se constata que la actual estructura social sigue basándose en un modelo patriarcal en el que perviven roles y estereotipos que sitúan a las mujeres en una posición claramente inferior con respecto a los hombres, y que por tanto, ha generado una situación de discriminación contra las mujeres por razón de su género. Esta desigualdad social ha convertido al colectivo de mujeres en un grupo de especial vulnerabilidad con respecto al género masculino. En ocasiones esta desigualdad o vulnerabilidad ha desembocado en situaciones de abusos de poder, e incluso en situaciones que trascienden el ámbito privado abarcando la esfera pública del individuo. Ejemplos concretos en este último ámbito, lo constituyen la participación desequilibrada entre hombres y mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas, es

especial en la vida política, o la desigualdad de género en el ámbito de la educación superior (menor presencia de mujeres en los órganos de dirección y gestión, acceso no equitativo a determinados puestos...). Es más, como se ha reconocido unánimemente estas situaciones de discriminación y desigualdad llegan a impedir el progreso social e incluso afectan al propio sistema democrático.

Según los datos publicados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos los esfuerzos realizados hasta el presente no han dado resultados positivos, y así parece desprenderse de las estadísticas realizadas sobre las diferencias económicas y sociales entre hombres y mujeres. En concreto, las mujeres "constituyen la mayoría de los pobres del mundo, y desde 1975 el número de mujeres que viven en la pobreza en medios rurales ha aumentado en un 50%. La mayoría de los analfabetos del mundo son mujeres; esa cifra pasó de 543 millones a 597 millones entre 1970 y 1985. En Asia y África las mujeres trabajan por semana 13 horas más que los hombres y en la mayoría de los casos no son remuneradas. En todo el mundo las mujeres ganan entre un 30 y un 40% menos que los hombres por el mismo trabajo. En todo el mundo las mujeres ocupan entre el 10 y el 20% de los puestos directivos administrativos y menos del 20% de los puestos de trabajo en la industria. Entre los jefes de Estado del mundo las mujeres representan menos del 5%. Los quehaceres domésticos y los trabajos en la familia no remunerados de la mujer, si se contabilizaran en cada país como rendimiento productivo nacional, aumentarían la producción mundial de un 25 a un 30%"¹.

Esta realidad social en la que la igualdad real ha brillado por su ausencia se ha visto propiciada por la ausencia de una cultura jurídica sobre los derechos humanos de las mujeres. De ahí, la necesidad de fomentar el estudio y análisis jurídico de los problemas que derivan de la misma, sobre todo teniendo presente que en algunos Estados perviven normas que establecen una

¹ Sobre estas cuestiones, véase el documento publicado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: *Folleto informativo n°22- Discriminación contra la mujer: la Convención y el Comité*: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs22_sp.htm

discriminación jurídica y económica de la mujer (incapacidad para administrar bienes sin permiso del marido, imposibilidad de adquirir bienes propios durante el matrimonio, ...). Asimismo, resulta imprescindible examinar qué medidas se han implementado con el objeto de acabar con las situaciones discriminatorias asociadas al género contra la mujer y tendentes a hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, y cuál ha sido su resultado.

La temática se abordará desde una perspectiva general centrada en el principio de igualdad y no discriminación en el marco internacional. Por ello, y por las dimensiones limitadas de este capítulo, no será posible entrar en un análisis exhaustivo de regulaciones específicas sobre las diferentes manifestaciones posibles de la posición jurídica desigual y discriminatoria de la mujer con respecto al hombre. Es obvio, que estas situaciones requieren de soluciones por parte de los poderes públicos comenzando por el reconocimiento jurídico de derechos específicos a las mujeres, así como la prohibición o censura de estas prácticas discriminatorias. Puede afirmarse que durante las últimas décadas se observa una toma de conciencia de esta realidad tanto por parte de la Comunidad Internacional como por parte de los Estados, lo cual demuestra la insuficiencia de los instrumentos internacionales existentes hasta hace relativamente poco para combatir esta realidad. El retraso en la incorporación de la perspectiva de género en el derecho internacional de los derechos humanos ha dificultado el logro de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres; y ello, pese a que el principio de igualdad aparece recogido en los principales tratados sobre derechos humanos, pero el reconocimiento a la igualdad formal no garantiza sin más la igualdad real.

A la luz de esta realidad, la cuestión que se suscita es cómo paliar esta situación desde el Derecho, y más concretamente, cuáles son los instrumentos jurídicos existentes en el contexto internacional para luchar contra esta modalidad de discriminación. Por tanto, el objeto de este capítulo será ofrecer una visión general de los instrumentos jurídicos internacionales que garantizan los derechos de las mujeres.

2. EL GÉNERO EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NACIONES UNIDAS

El sistema de protección de derechos a nivel internacional ha sufrido un desarrollo considerable a lo largo de las últimas décadas, si bien se trata de un desarrollo lento e insuficiente en la medida en que las situaciones de discriminación siguen persistiendo en el mundo. Por un lado, la experiencia ha demostrado que el sistema universal de derechos humanos se ha mostrado insuficiente para dar una respuesta adecuada a la especificidad de los problemas y necesidades de un grupo vulnerable como el de las mujeres. Además, se trata de una legislación incompleta y fragmentada en la medida en que en la regulación contenida en los primeros tratados internacionales sobre los derechos de las mujeres el tema de la “discriminación contra la mujer no era tratado de manera global y la consagración del derecho de igualdad en los tratados generales sobre derechos humanos, en la práctica no funcionaba adecuadamente en la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres”².

Entre las organizaciones internacionales que han dado un impulso a la perspectiva de género, Naciones Unidas ha asumido un protagonismo casi absoluto. Sin duda alguna, a nivel internacional, Naciones Unidas ha liderado el proceso de protección de derechos de las mujeres y ha fomentado la adopción de medidas de acción positiva para hacer efectivo el contenido de estos derechos.

Entre los instrumentos de protección universal, la *Carta de Naciones Unidas* incluye en su preámbulo el principio de igualdad entre hombres y mujeres y en su articulado menciona el principio de igualdad de derechos, como uno de los propósitos de Naciones Unidas (arts.1.2). Por otro lado, este principio de igualdad de derechos se ha visto reforzado y ampliado por lo que ha venido a denominarse la Carta Internacional de Derechos Humanos, en referencia a: la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el

² Véase RODRIGUEZ HUERTA, G., “La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW”, en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, pág. 130.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El primero de estos instrumentos, piedra angular del sistema de protección internacional, proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art.2). Por lo que respecta a los Pactos internacionales de 1966, ambos establecen que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en dichos instrumentos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art.2 PIDESC y art.2 PIDCP). Aunque ambos textos reconocen explícitamente el principio de igualdad y no discriminación ante la ley³, sin embargo carecen de una regulación específica sobre la situación de la mujer.

Desde sus primeros años de funcionamiento, los órganos de Naciones Unidas mostraron su interés por tutelar los derechos de las mujeres. En esta línea, y entre los primeros derechos que fueron objeto de atención por la Asamblea General de Naciones Unidas, se encuentran los derechos de naturaleza política. Efectivamente, en 1950 se adoptó un instrumento específico: la *Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer* (1952) que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de las mujeres en todos los procesos electorales, así como el derecho a ejercer cargos políticos y públicos. A ésta seguirán otras convenciones internacionales centradas en otros tipos de derechos como la *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada* (1957), la *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (1962), o la *Convención sobre el consentimiento para el*

³ “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art.26 PIDCP).

matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1965).

El punto de arranque en el proceso de protección de los derechos humanos de las mujeres a nivel internacional, y más concretamente del reconocimiento formal de la igualdad de la mujer, puede situarse en la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de N.U. en 1967 (Res. A.G. 2263 XXII). Aunque, en la misma consta una censura explícita a la discriminación contra la mujer que es calificada como “fundamentalmente injusta” y como una “ofensa a la dignidad humana” (art.1), sin embargo la Declaración no pasó de ser un mero compromiso político entre Estados sin fuerza vinculante (carece de la fuerza jurídica de un tratado). No obstante, hay que reconocer que se trata de un eslabón importante en el largo proceso de reconocimiento de los derechos de las mujeres.

En relación con los derechos de las mujeres y las niñas, la Declaración y Programa de Acción adoptados con motivo de la *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993*⁴, expresa que éstos “son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional” (punto 18 de la Declaración aprobada en Viena). Este es el primer texto en el que queda constancia de la necesidad de un instrumento jurídico específico para la mujer que venga a reforzar los instrumentos internacionales existentes hasta ese momento haciendo efectiva de una vez la igualdad real.

De este modo, se constata que pese a la loable labor desarrollada por Naciones Unidas desde la adopción de su carta fundacional, y aunque ninguno de los instrumentos internacionales anteriormente mencionados excluye al género femenino de la titularidad de los derechos humanos, la realidad refleja que las mujeres siguen formando un colectivo especialmente vulnerable por razón de su género, como lo demuestra las constantes transgresiones que sufren sus derechos.

⁴ [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp)

En otras palabras, pese al reconocimiento de la igualdad formal en los diferentes tratados y convenciones sobre derechos humanos, la práctica evidencia una desigualdad real entre el género masculino y el género femenino, situación que requiere de un tratamiento definitivo que incorpore la perspectiva de género en el sistema internacional de protección de derechos.

3. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)⁵

Finalmente, en 1979 la Asamblea General aprobó la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)* (Res. A.G. 34/1980)⁶. Este tratado, en vigor desde 1981 y del que forman parte 187 Estados⁷, constituye el fruto de todos los esfuerzos e impulsos que lo precedieron en la lucha por la igualdad real, y en concreto, fue impulsado por tres *Conferencias Mundiales de Naciones Unidas sobre la Mujer* que tuvieron lugar en México (1975), Copenhague (1980) y Nairobi (1985)⁸. Especial mención merece la primera de estas conferencias mundiales celebrada en Ciudad de México, en la medida en que en la misma se puso de manifiesto la necesidad de crear la Convención⁹.

Existe un acuerdo generalizado al considerar este instrumento jurídico como un hito en la lucha contra las normas y prácticas discriminatorias, en la medida en que constituye un notable impulso a las iniciativas sobre la perspectiva de género a nivel internacional. Además, ha sido calificada como la Carta

⁵ Las siglas corresponden al nombre en inglés: Committee on Elimination of Discrimination Against Women

⁶ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>

⁷ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#EndDec

⁸ La influencia de las teorías feministas y ciertos movimientos sociales en lucha contra la discriminación de género han dado lugar a la celebración de varias Conferencias mundiales sobre la Mujer, que han acogido algunas de las reivindicaciones feministas y a su vez han producido ligeros avances en la eliminación de la discriminación.

⁹ Sobre las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas sobre la Mujer, puede consultarse: RUBIO, A., *«Género y desarrollo: internacionalización de los derechos humanos de las mujeres»*, en *Género y Derechos Humanos*, García Indra, A. y Lombardo, L., (coords.), Zaragoza, Mira Editores, 2002.

Internacional de los derechos Humanos de las Mujeres¹⁰ y, aunque no se refiere a la perspectiva de género, algunos autores sostienen que se trata de “un instrumento que toma como punto de partida e incorpora esta perspectiva en su texto”¹¹.

En un contexto internacional en el que afortunadamente se ha terminado con algunas de las peores formas de discriminación como la basada en la raza, la Convención se marca como objeto promover la plena igualdad entre hombres y mujeres en un mundo basado en la equidad y la justicia. Desde esta perspectiva, es importante reseñar que, pese a tratarse de un texto que constituye un avance en la lucha contra la discriminación, la Convención no es un instrumento de reconocimiento de nuevos derechos humanos, sino de promoción de los existentes en ese momento¹².

3.1. Contenido de la Convención

En cuanto a su contenido, la Convención consta de un Preámbulo, seis partes y treinta artículos organizada en dos pares claramente diferenciadas: por un lado, contiene una serie de disposiciones de carácter sustantivo en las que garantizan una serie de derechos a las mujeres y se establecen obligaciones para los Estados Partes tendentes a dotarlos de eficacia; y de otra, establece un órgano de vigilancia del tratado (el Comité). Los objetivos y propósitos del tratado quedan fijados de forma clara en el preámbulo. De este modo, se afirma que el fin principal del tratado es suprimir la discriminación contra la mujer “en todas sus formas y manifestaciones”, así como promocionar la igualdad real entre el hombre y la mujer. La justificación de estos objetivos se encuentra en la pervivencia de la discriminación de que siguen siendo objeto las mujeres, y ello, a pesar de que otros instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos humanos

¹⁰ En RODRIGUEZ HUERTA, G., “La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW”, *op.cit.*, pág. 131.

¹¹ Véase en TAMES, R., “El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Naciones Unidas”, en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, pág. 32.

¹² En este sentido se han pronunciado autores como COURTIS, C., “La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer”, en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, pág.88.

ya habían reconocido el principio de igualdad de todos los seres humanos y no discriminación (Carta de Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros).

Lo primero que destaca del texto de la Convención es la incorporación de una definición integral del concepto de discriminación contra la mujer lo cual constituye un gran avance en la construcción de un marco jurídico internacional específico sobre la mujer, en la medida en que no se limita sólo a establecer la prohibición de la discriminación, sino que abarca la definición de este concepto. En virtud de lo dispuesto en el artículo 1, la discriminación contra la mujer implica *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

La discriminación es una forma de vulneración de derechos humanos, en este caso, no sólo del principio de igualdad de derechos, sino también de la dignidad humana en la medida en que sitúa a la mujer en una situación de vulnerabilidad de diferentes ámbitos como la vida social, económica, cultural y política, y que lógicamente impide o limita el pleno desarrollo de la persona humana. La vulnerabilidad se intensifica en situaciones de pobreza en las que la mujer tener un menor acceso a bienes (alimentos) o servicios (salud, educación, empleo...).

La Convención excluye las medidas de acción positiva del concepto de discriminación al prever que no se considerarán como tal aquellas “...medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer...” (art.4). Ahora bien, establece dos límites a esta exclusión: de una parte, la imposibilidad de implicar el “mantenimiento de normas desiguales o separadas”, y de otra, la limitación temporal de las mismas, que “cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. En este sentido, la Convención supone un avance con respecto a instrumentos internacionales anteriores, en la medida en que no se limita al mero reconocimiento de la igualdad formal entre hombres y mujeres; en concreto, y como se señalará más adelante, el

tratado obliga a los Estados Partes a tomar medidas adecuadas con el objeto de eliminar la discriminación, esto es, obliga a la adopción de medidas específicas de acción positiva.

El elenco de derechos sustantivos que incluye el contenido de la Convención es razonablemente amplio abarcando derechos políticos (art.7), civiles –nacionalidad-(art.9), sociales –educación (art.10), salud (art.12)-, laborales (art.11), económicos y sociales (art.13)¹³. Asimismo, el tratado dedica una especial mención a los derechos de la mujer en el medio rural que aparecen especificados en el art.14. Como puede comprobarse, el ámbito de protección de los derechos incluidos para luchar contra la discriminación abarca no sólo aquellos relativos a la vida pública, sino también a aquellos centrados en la esfera privada. En este sentido, algunas disposiciones incluyen además la necesidad de abordar cambios socioculturales tendentes a eliminar los patrones que han alimentado los estereotipos que han discriminado tradicionalmente a las mujeres. Precisamente la pervivencia de patrones que han atribuido a la mujer un papel tradicional en el ámbito doméstico es uno de los factores que ha llevado a incorporar referencias sustantivas sobre la educación familiar (art.5).

El tratado atribuye una importancia especial a la participación de la mujer en la vida política y pública. En este sentido, los artículos 7 y 8 reconocen el derecho a participar en la vida política nacional e internacional; en concreto, los derechos de sufragio activo y pasivo, de acceso a cargos y funciones públicas y de participación en los distintos procesos de adopción de decisiones en políticas gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales. La relevancia de los derechos de participación política es obvia teniendo en cuenta su carácter indispensable para el funcionamiento de los sistemas

¹³ «...se trata de un instrumento de orientación antidiscriminatoria, por lo que su objetivo básico no es el de establecer nuevos derechos humanos, sino el de asegurar el pleno reconocimiento y disfrute de los derechos humanos ya establecidos en otros instrumentos anteriores...». Véase COURTIS, C., «La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer», en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, pág.88.

democráticos¹⁴. Debe recordarse que, aunque la mayor parte de las Constituciones nacionales e instrumentos jurídicos internacionales reconocen el principio de igualdad y no discriminación, sin embargo las mujeres no han logrado la plena igualdad en el ámbito público.

Por último, uno de los aspectos más novedosos de la Convención son las continuas referencias a la obligación de los Estados Partes a adoptar medidas tendentes a garantizar la igualdad en los ámbitos anteriormente mencionados, así como eliminar la discriminación. En este sentido, no es suficiente con la adopción de medidas legislativas que incluyan la no discriminación, sino que el tratado obliga a los Estados a proteger de modo efectivo los derechos de las mujeres estableciendo además medidas disuasorias e instrumentos que permitan la presentación de denuncias ante los tribunales nacionales (arts. 6 y 7).

Asimismo, es importante resaltar el alcance de esta prohibición, esto es, el hecho de que los Estados están obligados a finalizar con cualquier forma de discriminación independientemente de que ésta tenga lugar en la esfera privada o pública, o si la discriminación sea directa o indirecta. Es más, la Convención obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (art.5.a). Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta obligación estatal se traduce en una obligación para los poderes públicos y operadores jurídicos, y muy especialmente para los jueces nacionales quienes deben de conocer la existencia de estos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Como corolario a esta obligación de los Estados, el artículo 18 estipula que éstos deberán rendir cuentas ante el Secretario General de Naciones Unidas, al que deben remitir un informe sobre las medidas adoptadas para dotar de efectividad las disposiciones

¹⁴ La Recomendación General nº5 aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó a los Estados Partes para que hagan un mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom5>

de la Convención; informe, que será examinado por el órgano de supervisión del tratado, el Comité, conforme a lo dispuesto en el siguiente apartado.

3.2. El órgano de control de la CEDAW: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

La Convención crea un órgano de vigilancia sobre la aplicación de la misma denominado Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité). Se trata uno de los Comités de expertos independientes encargado de supervisar la aplicación de uno los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas: la CEDAW.

En cuanto a su composición, el art. 17 de la CEDAW establece que el Comité lo integran veintitrés “expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención”, que son elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales siguiendo un criterio de “distribución geográfica equitativa” y en representación de todas las culturas y los principales sistemas jurídicos. A tal efecto, cada Estado parte deberá designar una persona candidata entre sus nacionales. Una vez elaborado el listado de personas, los Estados Partes designarán mediante votación secreta los miembros del Comité (art.17.2), cuyo mandato tendrá una duración de cuatro años. Entre sus integrantes el Comité elige un presidente, tres vicepresidentes y un relator. Pese a que los miembros del Comité son propuestos por los Estados, hay que precisar que la Convención establece que aquellos no actúan como representantes de sus respectivos países, sino que desempeñarán el cargo que ostentan “a título personal” (art.17.1).

Desde sus inicios, la composición del Comité ha sido algo diferente a la del resto de Comités de Derechos Humanos, en la medida en que sus miembros, con tan solo una excepción, han sido mujeres procedentes de distintos sectores profesionales (juristas, economistas, sociólogas, docentes, diplomáticas,...) lo

cual permite ofrecer una enfoque multidisciplinar de los asuntos tratados por el Comité¹⁵.

Por lo que respecta a sus funciones, le compete velar por la aplicación de la Convención por los Estados Partes. Por otro lado, le corresponde examinar los informes presentados por los Estados Partes al Secretario General de Naciones Unidas sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que hayan adoptado de conformidad con la Convención. Asimismo, y tras el estudio de dichos informes, el Comité está facultado para formular conclusiones y Recomendaciones a los Estados sobre el proceso de implementación. Ahora bien, el proceso de presentación de informes presenta algunas dificultades derivadas de la laboriosidad y complejidad de su elaboración. En concreto, estas dificultades se deben a la “falta de personal, de experiencia y de recursos en el ministerio o departamento correspondiente”¹⁶. Y por último, elabora un informe anual sobre las actividades desarrolladas que presenta ante la Asamblea General a través del Consejo Económico y Social (art.21 CEDAW).

Este conjunto de competencias ha llevado a afirmar que el Comité es el legítimo intérprete de la Convención y por lo tanto, las observaciones que formule deberán de ser tomadas en cuenta por los Estado en aplicación de la misma¹⁷. Lo que es cierto es que, la Convención no atribuye expresamente al Comité la facultad de interpretar el tratado, como tampoco lo hacen la mayoría de los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos. Pese a ello, en la práctica dichos organismos han procedido a interpretar sus respectivas Convenciones dando lugar a importantes pautas interpretativas¹⁸.

Sobre su modo de funcionamiento, el Comité se reúne anualmente por un período no superior a dos semanas en la sede de Ginebra (con anterioridad era en la sede Nueva York), y ello, con el objeto de examinar los informes presentados (art.20.1). Se

¹⁵ BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, *op.cit.*, pág. 35.

¹⁶ Véase, *Folleto informativo n°22- Discriminación contra la mujer: la Convención y el Comité*: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs22_sp.htm

¹⁷ Consúltase RODRIGUEZ HUERTA, G., “La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW”, *op.cit.*, pág. 137.

¹⁸ *Folleto informativo n°22- Discriminación contra la mujer: la Convención y el Comité*: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs22_sp.htm

ha afirmado que la duración de la reunión resulta insuficiente para discutir detenidamente el contenido de los informes remitidos por los Estados¹⁹. En desarrollo de lo dispuesto por el art.19, el Comité aprobó su propio Reglamento, en virtud del cual las reuniones serán públicas en general y las decisiones se adoptarán por consenso. Para la celebración de las reuniones será necesaria la presencia de doce de sus integrantes para que haya quórum y de dos tercios para adoptar decisiones.

Por lo que respecta a los problemas planteados en la práctica, el funcionamiento de este órgano se ha mostrado escasamente eficaz, al menos en sus inicios, y ello debido principalmente a la ausencia de un mecanismo de impugnación. Efectivamente, el Comité carece de instrumentos o procedimientos que permitan una reparación a las víctimas de las vulneraciones de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Precisamente para combatir esta deficiencia en 1999 se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención.

3.3. Procedimiento de impugnación: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

De este modo, siguiendo las directrices expuestas en la Declaración y Plataforma de Acción, aprobadas en 1993, en 1999 se aprueba el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*²⁰ que crea dos mecanismos de impugnación nuevos: el procedimiento de denuncia individual y el procedimiento de investigación.

El primero consiste en la formulación de “comunicaciones” o demandas individuales²¹, por personas o grupos de personas,

¹⁹ En este sentido, FLINTERMAN, C., «Los derechos de las mujeres y el derecho de petición. ¿Hacia un Protocolo optativo a la Convención sobre la Mujer?», en *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, (Mariño Menéndez, F.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1996, pág. 58.

²⁰ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw-one.htm>

²¹ Formulario de comunicación: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/modelform-S.PDF>

sobre la vulneración de los derechos reconocidos en la Convención por parte del Estado Parte que haya aceptado la competencia del Comité (art.2)²². No exige que las personas facultadas para presentar la comunicación tengan un interés legítimo o que hayan sufrido un daño directo. El Protocolo establece un requisito de procedibilidad al requerir el agotamiento previo de recursos judiciales ante la jurisdicción interna; requisito que no será exigible si su tramitación se prolonga “injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo” (art.4.1). Asimismo, incorpora algunas causas de inadmisibilidad de la demanda: que la cuestión haya sido o esté siendo juzgada por el Comité, incompatibilidad con las disposiciones de la Convención, que sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada, que constituya abuso de derecho, y que los hechos objeto de la comunicación sean anteriores a la entrada en vigor del Protocolo. El Comité, previa fase de presentación de explicaciones o declaraciones por el Estado aclarando la cuestión (seis meses), examinará en sesión privada toda la información recibida. Una vez que haya redactado su opinión sobre la queja, y las posibles Recomendaciones al respecto, el Comité lo comunicará a las partes interesadas. El art.7.4 establece una especie de “fase de ejecución forzosa” del procedimiento, al prever que el Estado Parte deberá dar cuenta al Comité, en un plazo de seis meses, de todas las medidas adoptadas para dar cumplimiento a lo acordado por el Comité.

El segundo procedimiento de impugnación consiste en la solicitud de una investigación sobre la violación grave o sistemática de derechos humanos de las mujeres por un Estado Parte (Arts. 8 y 9), si bien en este supuesto el Protocolo permite a los Estados no acogerse a este procedimiento de investigación si así lo manifiestan en el momento de la firma o ratificación (Art. 10). El único procedimiento de investigación tramitado hasta ahora es el

²² Véase el listado de casos en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx> Un comentario general a los casos resueltos por el Comité puede consultarse en COURTIS, C., “La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer”, en VAZQUEZ, Rodolfo y CRUZ PARCERO, Juan (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, págs.92-97.

relativo a la situación de las mujeres en Ciudad Juárez, en el que el Comité concluyó que se trataba de graves y sistemáticas violaciones de derechos reconocidos por la Convención²³.

Resulta evidente que la adopción del Protocolo constituye un instrumento esencial para la implementación de la Convención que permite promover la reparación a las víctimas.

3.4. Las Recomendaciones Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

En virtud de lo dispuesto por el art.21.1 de la Convención, el Comité puede aprobar Recomendaciones Generales. Se trata de recomendaciones u observaciones con carácter general que el Comité formula tras el examen de los informes transmitidos por los Estados Partes periódicamente. Un dato que debe recordarse es que las Recomendaciones Generales no tienen como destinatario un Estado concreto, sino que van dirigidas a la totalidad de los Estados Partes.

Hasta el presente el Comité ha adoptado un total de veinticinco Recomendaciones Generales sobre diferentes temáticas y mediante las cuales ha ofrecido pautas interpretativas de las disposiciones referentes a los derechos humanos de las mujeres garantizados por la Convención²⁴. De ellas, presentan una especial relevancia las referentes al art. 4.1 de la Convención, esto es, al establecimiento de medidas especiales de carácter temporal: Recomendaciones nº5 y nº 25.

En la Recomendación General nº 5 (sobre medidas especiales temporales), aprobada en el séptimo período de sesiones (1988), el Comité confirma que sigue existiendo la necesidad de que los Estados tomen medidas para aplicar plenamente la Convención, y por ello, recomienda a los Estados Partes que “hagan mayor uso

²³ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-S.pdf>
Sobre este caso, véase COURTIS, C., «La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer», *op.cit.*, págs. 97-102.

²⁴ Elenco de Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer:
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom5>

de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”²⁵.

La Recomendación nº 25, aprobada en el trigésimo periodo de sesiones (1999)²⁶, se refiere igualmente a la adopción de medidas especiales temporales con el objeto de acelerar el logro de la igualdad sustantiva o *de facto*; en este sentido, viene a complementar la declaración anterior precisando el sentido y alcance del art.4.1. El Comité llama la atención sobre la insuficiencia de un enfoque jurídico para alcanzar la igualdad sustantiva o *de facto* con el hombre. En esta línea, recuerda que tampoco es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre, sino que, además, deben tenerse en cuenta “las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias” (parágrafo 8). Precisamente, la aplicación de medidas especiales de carácter temporal forma parte de la estrategia a seguir para “hacer realidad la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad” (parágrafo 14); medidas, que en opinión del Comité, no suponen una discriminación del hombre (parágrafo 18).

El Comité incorpora unas precisiones terminológicas con el fin de evitar confusiones en el uso de las expresiones empleadas por la Convención. En este sentido, considera que deberá utilizarse preferiblemente la expresión “*medidas especiales de carácter temporal*”, en lugar de otras como por ejemplo “acción afirmativa”, “acción positiva”, “medidas positivas”, “discriminación en sentido inverso” o “discriminación positiva”. Por otro lado, y en relación al carácter *temporal* de las medidas, precisa que la duración de las

²⁵ Véase en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom5>

²⁶

[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

mismas “se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado”, por lo que deberán suspenderse cuando dichos resultados se hayan alcanzado (parágrafo 20). Por último, y por lo que respecta a la naturaleza “especial” de las medidas, dicho término hace alusión a determinados colectivos que son objeto de discriminación y que, por ello, son considerados como grupos débiles y vulnerables; de ahí, que la necesidad de adoptar medidas extraordinarias o “especiales” destinadas a alcanzar un fin específico (parágrafo 21).

3.5. Breve referencia al procedimiento especial de garantía: los Relatores especiales por mandatos temáticos

Por último, en 1994 la Comisión de Derechos humanos de Naciones Unidas creó un órgano de garantía encargado de supervisar la aplicación del tratado en una materia específica: la violencia contra la Mujer²⁷. Se trata de la *Relatora Especial sobre violencia contra la mujer*²⁸, cuya creación muestra la preocupación generalizada por este fenómeno de violencia y cuya función es informar a la Comisión sobre la situación de la mujer y examinar la información recibida sobre la violencia contra la mujer, así como realizar investigaciones específicas en este ámbito.

Respecto a la labor desarrollada por la Relatora, resulta especialmente relevante la declaración formulada conjuntamente con las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en una reunión organizada por *Rights & Democracy*. En la declaración, las Relatoras reconocen que los instrumentos internacionales y regionales ofrecen una amplia protección contra la violencia por motivos de sexo y la discriminación contra la mujer, si bien hacen una llamada de atención sobre la impunidad de los Estados. Sobre esta cuestión, sostienen que los Estados “no deben invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir

²⁷ <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/women/rapporteur/index.htm>

²⁸ Relatora actual: Sra. Yakin Ertürk (Turquía)

sus obligaciones” con respecto a estas prácticas discriminatorias, incluida la violencia como una de sus manifestaciones concretas. En este sentido, y tras señalar que este clima de impunidad fomenta la persistencia de las violaciones de derechos, la declaración insta a los Estados a que “adopten medidas de inmediato para poner fin a esa impunidad y hacer comparecer ante la justicia a los autores de esos actos²⁹ .

3.6. El problema de las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos de las mujeres

La aplicación de los tratados por organismos internacionales depende, o viene condicionada, en cierto modo de la presentación de reservas por parte de los Estados Partes en el momento de su firma o ratificación, esto es, declaraciones unilaterales por las que éstos consideran que no estarán vinculados a determinadas disposiciones del tratado. Sobre esta cuestión, el artículo 28 de la CEDAW admite la posibilidad de que los Estados Partes formulen reservas al tratado en el momento de la ratificación o adhesión, si bien el art.28.2 establece un límite a dicha facultad al disponer que no serán admisibles aquellas reservas incompatibles con el objeto y propósito de la Convención.

Precisamente uno de los principales problemas relativos a la aplicación y eficacia de la Convención es el derivado del elevado número de reservas presentadas por los Estados a la CEDAW, que ha hecho disminuir las posibilidades de implementar el tratado dentro del territorio de los Estados³⁰. De ahí, que en la Declaración y Programa de Acción (art.39) aprobados por la conferencia Mundial de los derechos humanos celebrada en Viena en 1993, se

²⁹ Declaración Conjunta de las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer (8 de marzo de 2002): <http://www.cidh.org/women/declaracion.mujer.htm>

³⁰ A modo de ejemplo de las reservas formuladas a la Convención, puede citarse la reserva formulada por el Reino de Arabia Saudí a la CEDAW, ratificada en 2000, según la cual en caso de contradicción entre la Convención y las normas de la ley islámica, Arabia Saudí no tiene la obligación de observar los términos contradictorios del tratado. Asimismo, la reserva dispone que el Reino no se considera vinculado por los artículos 9.2 y 29.1 de la Convención. Otro ejemplo de reserva es la formulada por el Reino de España en virtud de la cual la ratificación de la Convención no afectará a las disposiciones constitucionales relativas a la sucesión a la corona de España .

hiciera una llamada de atención a los Estados para que retiren las reservas presentadas³¹. El elevado número de reservas pone de manifiesto las discrepancias entre los Estados acerca de cómo lograr la eliminación de la discriminación. Y en concreto, refleja cómo las diferencias culturales constituyen un importante condicionante en la aplicación y cumplimiento de la Convención.

Esta preocupación generalizada sobre el problema de las reservas llevo a que los Estados Partes se comprometieran en la Plataforma de Acción de Pekín no sólo a la ratificación universal de la Convención para el año 2000, sino también a limitar el alcance de las reservas a la misma, asegurando que ninguna fuera incompatible con el objeto y propósito del Tratado³².

La prohibición de presentación de reservas al Protocolo de 1999 (art.17 del Protocolo) ofrece una explicación a la disminución del número de Estados que han ratificado este instrumento internacional (cuarenta en el protocolo frente a 186 respecto de la CEDAW). Sin duda alguna, este dato viene a agravar los problemas de ineficacia de los instrumentos de garantías de derechos en la medida en que desciende el número de Estados donde las mujeres disponen de mecanismos de impugnación.

4. LA IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER DE PEKÍN (1995)

Con la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, Pekín (1995)³³ se abre una nueva fase en el proceso de protección de los derechos humanos de las mujeres a nivel internacional. Sin duda alguna, pese a que la Declaración y la Plataforma de Acción aprobados no tienen efectos jurídicos, la Conferencia constituye un avance en el propósito de lograr la igualdad real entre hombres y mujeres, y eliminar la discriminación por razón de género. En este sentido, la IV Conferencia mundial de la mujer viene a confirmar y

³¹ Sobre esta cuestión, véase RODRIGUEZ HUERTA, G., «La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW», en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, págs. 139-141.

³² BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., «Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer», *op.cit.*, págs.33 y 49.

³³

<http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A%2FCNF.177%2F20%2FRev.1&Submit=Buscar&Lang=S>

fortalecer la CEDAW como el marco jurídico básico de los derechos de la mujer³⁴.

El punto 14 de la Declaración de Pekín proclama que “los derechos de la mujer son derechos humanos”. El punto 15 establece que la “igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, la distribución equitativa entre hombres y mujeres de las responsabilidades respecto de la familia y una asociación armoniosa entre ellos son indispensables para su bienestar y el de su familia, así como para la consolidación de la democracia”.

La principal novedad que presenta la IV Conferencia mundial es la incorporación de la perspectiva de género o *mainstreaming* al marco de Naciones Unidas. Se trata de un enfoque impulsado por dicha conferencia con la pretensión de implantar políticas públicas inspiradas en el principio de igualdad y no discriminación entre el género masculino y el femenino. Esta preocupación queda recogida en el parágrafo 229 que prevé que “los gobiernos y otros interesados deben promover una política activa y visible encaminada a incorporar una perspectiva de género en todas las políticas y los programas de manera que, antes de que se adopten decisiones, se analicen los efectos que han de tener para las mujeres y los hombres”.

Otra de las preocupaciones planteadas en Pekín fue, de nuevo, la relativa a la falta de disfrute efectivo de los derechos como consecuencia de la proliferación de reservas presentadas a los tratados. En este sentido, el punto 218 de la Plataforma de Acción establece que para “proteger los derechos humanos de la mujer es necesario que, dentro de lo posible, se evite recurrir a las reservas y que se procure que ninguna de ellas sea incompatible con el objeto y el propósito de la Convención o incompatible de cualquier otra forma con el derecho internacional de los tratados.”. Por otra parte, la Plataforma advierte que difícilmente puede lograrse la igualdad *de jure*, si los Estados no ratifican la Convención (CEDAW), formulan reservas incompatibles con el objeto de la misma, o no revisan su legislación para aplicar las normas internacionales (punto 219); de ahí que una de las necesidades más urgentes exhortada a los Estados es precisamente la ratificación de todos los instrumentos

³⁴ BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, *op.cit.*, pág.32.

internacionales de derechos humanos, haciendo un uso restringido de las reservas (punto 230.a).

5. CONCLUSIÓN

A pesar de las limitaciones que presenta el marco de protección internacional de los derechos de la mujer, y en concreto, la CEDAW, no puede dudarse de su enorme utilidad, que la ha convertido en el principal instrumento del sistema de protección internacional de los derechos humanos de las mujeres. La misma recopila en un tratado único la normativa internacional sobre discriminación por razón de sexo, lo cual facilita la labor de los operadores jurídicos nacionales como sujetos encargados de su aplicación y de tutelar los derechos de las mujeres. Por otro lado, la aprobación del Protocolo Facultativo permitió dotar de efectividad a los derechos garantizados por la Convención, creando *ex novo* mecanismos de denuncia o investigación de violaciones graves de derechos. Por tanto, la aplicación efectiva de este marco normativo requiere de la actuación por parte de los poderes públicos a través de medidas de carácter legislativo y/o institucional. Por otro lado, resulta incuestionable que la aplicación de los tratados por los jueces nacionales constituye un factor enormemente relevante. Si el Estado ha ratificado el tratado, la CEDAW o cualquier otro tratado sobre derechos humanos, deberá aplicarlo e interpretarlo a la luz de las reglas de interpretación de los tratados establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho Tratados (1969). Como acertadamente se ha afirmado, “el juez nacional no puede aplicar la norma internacional sin observar las interpretaciones que sobre la misma se han generado. En el caso de la CEDAW, el juez tendría que tomar en cuenta, al momento de aplicar la Convención, las interpretaciones, Recomendaciones y Observaciones Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer”³⁵. Por tanto, es

35 Consúltese RODRIGUEZ HUERTA, G., «La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW», op.cit., pág. 144. Sobre esta cuestión puede verse también: COURTIS, C., «La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer», en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010, pág. 126.

en el ámbito del derecho interno donde las mujeres pueden disfrutar, y exigir a los poderes públicos, el goce de los derechos garantizados por la CEDAW.

Sin embargo, no basta con el mero reconocimiento normativo de un sistema de protección jurídica de los derechos humanos, es necesario que dicho proceso sea aceptado por la sociedad, esto es, que vaya acompañado por un cambio de actitud y conductas de los integrantes de la sociedad de tal suerte que cree las condiciones idóneas para la puesta en marcha del mismo y acabe con aquellos patrones socioculturales de conducta basados en la inferioridad de la mujer. Sobre esto último, es indudable que la educación juega un papel clave para acabar con las conductas y estereotipos patriarcales que posicionan a la mujer en una situación de clara inferioridad y que constituyen el origen de la discriminación.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Derechos de las Mujeres: Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional*, Programa de Equidad de Género, SCJN, <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article1602>
- BARRÈRE UNZUETA, M., "Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, Nº. 9, 2003
- BARRÈRE UNZUETA, M., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, 1997
- BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., "La Convención sobre la eliminación de todas las formas discriminación contra la mujer", en Peces-Barba, G., *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo de voluntariado*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, D.L. 1990, págs. 209-225.
- BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., "Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer", en *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, (Mariño Menéndez, F.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1996
- COURTIS, C., "La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los

- derechos de la mujer”, en VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010
- FLINTERMAN, C., “Los derechos de las mujeres y el derecho de petición. ¿Hacia un Protocolo optativo a la Convención sobre la Mujer?”, en *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, (Mariño Menéndez, F.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1996
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1996
- MORA RUIZ, M. (Dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*, Barcelona, Atelier, 2010
- MORENEO ATIENZA, C. y MONEREO PEREZ, J.L. (Directores y coordinadores), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Comares, 2010
- REY MARTINEZ, F., “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *Género y Derechos Humanos*, (García Indra, A. y Lombardo, L., Coord.), Zaragoza, Mira Editores, 2002
- RODRÍGUEZ HUERTA, G., “La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW”, en VÁZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coord.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010
- RUBIO, A., “Género y desarrollo: internacionalización de los derechos humanos de las mujeres”, en *Género y Derechos Humanos*, (García Indra, A. y Lombardo, L., coord.), Zaragoza, Mira Editores, 2002.
- VÁZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coord.), *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010.
- VÁZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coord.), *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, Tomo 2, Serie Género, Derecho y Justicia, México, SCJN-Fontamara, 2010.
- ZUÑIGA AÑAZCO, Y., *El derecho al desarrollo desde la perspectiva de género*, Universidad Carlos III de Madrid, 2003.
- ZUÑIGA AÑAZCO, Y., “El género como nueva categoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Actas XXXIV*

Jornadas de Derecho Público (25-27 de noviembre de 2004),
Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2005, pp. 687-702.

7. ANEXO: Principales instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos de la mujer³⁶

a) Instrumentos de protección universal del sistema de Naciones Unidas³⁷:

- *Carta de Naciones Unidas* (1945)
- *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948)
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965)
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966)
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966)
- *Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos* (Viena 1993)

b) Instrumentos de protección específicos sobre los derechos de la mujer aprobados por Naciones Unidas³⁸:

- *Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer* (1952)
- *Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada* (1957)
- *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (1962)
- *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (1965)
- *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado* (1974)

³⁶ Este conjunto de Convenios y declaraciones internacionales pueden consultarse en la siguiente publicación: *Derechos de las Mujeres: Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional*, Programa de Equidad de Género, SCJN: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article1602>

³⁷ http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=32

³⁸ http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=4

- *I Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas* (México 1975)
- *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres* (1979, CEDAW)³⁹
- *II Conferencia Mundial sobre las Mujeres* (Copenhague 1980)
- *Declaración sobre la participación de la mujer en la promoción de la paz y la cooperación internacionales* (1982)
- *III Conferencia Mundial sobre las Mujeres* (Nairobi 1985)
- *Conferencia sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres* (1993)
- *IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Naciones Unidas* (Pekín 1995)

³⁹ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>

8

LA CONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO REGIONAL AMERICANO

Yanira Zúñiga Añazco
Universidad Austral de Chile

Resumen

Este capítulo presenta un análisis de la construcción de la igualdad de género que revisa la influencia de la teoría feminista y su desarrollo a través de estándares internacionales, con especial acento en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Al mismo tiempo, el texto examina la normativa sobre igualdad de género contenida en las constituciones hemisféricas, a fin de evaluar los avances obrados en la materia en el constitucionalismo latinoamericano, así como sus puntos de conflicto en relación con los estándares antedichos.

1. INTRODUCCIÓN

Estamos acostumbrados a pensar que la igualdad es un pilar arquitectónico de los sistemas jurídicos a los que denominamos Estados de Derecho. Tal idea es, en parte, verdadera y, en parte, falsa. Efectivamente, desde la Ilustración la idea de una igualdad esencial humana ha sido proclamada tanto por las normas jurídicas como por los discursos políticos. La clásica sentencia de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” ha pasado, casi sin mayores cambios, desde la Declaración francesa de 1789 a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a buena parte de las cartas constitucionales vigentes. Sin embargo, para las mujeres, la igualdad ilustrada ha sido más una promesa que una realidad. Primero porque, pese al lenguaje universalizador de los textos normativos sobre derechos humanos, las mujeres resultaron excluidas de la titularidad de un grupo considerable de esos derechos hasta bien entrado el siglo XX (como ocurrió, por ejemplo, con los derechos políticos o con los derechos patrimoniales, en el ámbito de la familia); y, en segundo lugar,

porque la eficacia de los derechos humanos de las mujeres ha sido y sigue siendo eminentemente precaria.

2. LA IGUALDAD EN EL PENSAMIENTO FEMINISTA. ALGUNAS CLAVES

Desde los albores de la modernidad varias pensadoras y activistas feministas han denunciado el carácter sexuado de la ciudadanía, es decir, han puesto de relieve que la construcción jurídica moderna de los derechos humanos no es neutra sino que está cruzada por la diferencia sexual. Así, la diferencia sexual ha constituido históricamente y sigue constituyendo todavía para las mujeres una verdadera marca de inferioridad, es decir, una fuente de sujeción, en la misma medida que, en contrapartida, la diferencia sexual ha transformado al varón en el paradigma del sujeto de derechos¹.

El sistema moderno de atribución de derechos encontró en la configuración del “individuo abstracto” un verdadero vehículo de reproducción de la ideología patriarcal, transformando al Estado en su principal vector. En efecto, la modernidad emancipó al individuo de los vínculos sociales adscriptivos que caracterizaron la ordenación social del antiguo régimen, pero no logró descorporeizarlo. Al contrario, el sujeto abstracto se construyó de

1 Mucho se ha escrito en torno a la manera en que la retórica igualitaria pos revolucionaria excluyó a las mujeres de su proyecto emancipador, a través de una simbolización dicotómica que en uno de sus extremos contenía a las virtudes esencialmente femeninas (la fragilidad, la emocionalidad, la sensibilidad etc.) y, en el extremo opuesto, a aquellas otras esencialmente masculinas (la fortaleza, la racionalidad, etc.). Esta simbolización supuso la identificación de lo masculino con lo racional, y su localización en el centro del proyecto ilustrado de extensión de derechos, al mismo tiempo que identificó lo femenino con lo emocional y lo situó en el espacio privado-familiar. La degradación simbólico-normativa de la mujer se vio reforzada por una serie de prácticas y expresiones culturales posteriores, como la misoginia romántica que imperó en la filosofía y la literatura del siglo XIX y parte del XX, al punto de que la incapacidad de las mujeres se volvió una evidencia indiscutible. Esto explica el hecho de que, en general, las leyes ilustradas no hayan considerado necesario declarar formalmente la incapacidad política de las mujeres, a través de exclusiones explícitas del derecho a sufragio y del derecho a presentarse como candidata. Era obvio que las referencias de las grandes declaraciones de derechos, pese a su lenguaje generalizante, no incluían a las mujeres. Sobre este tema, puede consultarse los trabajos de la filósofa francesa Geneviève Fraisse: FRAISSE. G. *Musa de la Razón*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 1991, y FRAISSE. G. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 2003. También pueden consultarse los trabajos de la española Celia Amorós, en particular, AMORÓS, C. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia, Madrid, 2000.

una manera androcéntrica, como acostumbran decir las feministas, haciendo alusión al fenómeno de suplantación de lo humano por lo masculino. Correlativamente, lo femenino (simbolizado también de manera ontologizadora), se transformó, en su negativo, al estilo de la clásica costilla de Adán.

La dificultosa extensión a las mujeres de derechos clave para su inserción social (como el derecho a la educación, la libertad de trabajo, el derecho de propiedad etc.), la localización de la subjetividad femenina en una suerte de intersticio entre la capacidad y la incapacidad jurídicas- especialmente en el marco de las relaciones familia-; la negación de la autonomía moral de las mujeres en materia de decisiones reproductivas y la escasa presencia de mujeres en los puestos de representación popular, entre otros tantos hechos, han terminado por demostrar que la igualdad esencial humana de raíz ilustrada encubre formas de comprender la razón, la moral y los derechos humanos, profundamente cruzadas por lo que, actualmente, se ha dado en llamar el sistema sexo/género.

Sin embargo, la idea de igualdad - como se si tratara de un verdadero caballo de Troya- era portadora también de un antídoto. Desde sus albores el pensamiento feminista se ha servido del mismo discurso ilustrado para demandar la radicalización del proyecto igualitario, instando por la aplicación de una igualdad verdaderamente “ciega” respecto de la diferencia sexual. Desde entonces, mucha agua ha pasado bajo el puente. Un simple repaso del lenguaje actual en materia de las controversias jurídico-políticas sobre la igualdad revela que ni las feministas ni otras vertientes del pensamiento contemporáneo se contentan ya con la sola proclamación de la igualdad ante la ley. Esto es así porque la igualdad liberal (la igualdad ante la ley) se ha mostrado insuficiente para revertir los contextos sociales de dominación/subordinación en los que se desarrolla y reproduce la discriminación. Al mismo tiempo, esto explica que la igualdad – como categoría jurídica- hoy en día no sea un concepto unívoco sino, más bien, la matriz de una verdadera familia de conceptos. Este fenómeno se refleja en los distintos matices que utilizan las normas jurídicas propias del Derecho antidiscriminatorio, particularmente en lo relativo a la forma de articular el binomio

igualdad-diferencia, y en los distintos apellidos que la igualdad ha ido adquiriendo en el marco del pensamiento jurídico².

Difícilmente en un texto como éste puede revisarse toda la evolución del concepto de igualdad, ni aun si se acotara este recorrido solo al devenir de la igualdad entre mujeres y hombres, comúnmente denominada igualdad de género. Sin embargo, sí parece necesario referirse a los puntos más sobresalientes de intersección o síntesis entre el pensamiento feminista y el lenguaje de los derechos, los que han sido catalizados, especialmente, por el proceso de internacionalización de los derechos humanos, iniciado después de la Segunda Guerra mundial.

3. LA INCORPORACIÓN DEL GÉNERO COMO CATEGORÍA DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Aunque sería riesgoso identificar el derecho internacional de los derechos humanos, en sí mismo, como un ordenamiento normativo “mejor” que el ordenamiento jurídico estatal, sí puede afirmarse que, en general, los estándares fijados por las normas internacionales son más progresistas que los internos, entre otras cosas, porque los actores encargados de delinear esos estándares (Estados, órganos de supervigilancia y tribunales internacionales, fundamentalmente) no se sienten, en general, llamados a proteger un *statu quo* y están más dispuestos, en consecuencia, a hacer desarrollos progresivos. Desde el punto de vista de los Estados, lo anterior se explica por la flexibilidad de escenarios normativos, que van desde lo *hard* a lo *soft* en materia de obligatoriedad y que gracias a las reservas permiten relativizar el contenido de las obligaciones convencionales. Los órganos de supervigilancia de tratados de derechos humanos y de los tribunales internacionales, a su turno, parecen compartir la premisa de que, en general, es

² La igualdad recibe diversos apellidos que articulan varios binomios. A saber; igualdad formal/igualdad material; igualdad ante la ley/ igualdad en la ley; igualdad de oportunidades/igualdad de resultados. Por otro lado, cabe hacer notar que una misma categoría- por ejemplo, el sexo o la clase social- puede conllevar una prohibición de discriminación o una habilitación para diferenciar, según el caso. Es decir, a veces configuran una categoría sospechosa o causal odiosa de discriminación y a veces la base para una acción positiva.

más fácil armonizar estatutos nacionales diversos, desde posiciones audaces que desde posiciones conservadoras.

Este caldo de cultivo ha favorecido la aparición en el nivel internacional de diversos procesos de extensión y especificación de derechos en favor de las mujeres. Estos se iniciaron poniendo acento a la cuestión de los derechos políticos de las mujeres y, paulatinamente, han ido ampliándose hacia otras esferas temáticas, al mismo tiempo que han permitido la revisión de ciertas materias ya abordadas previamente, desde ópticas más complejas. Así por ejemplo, actualmente la ciudadanía política femenina se problematiza más en clave de elegibilidad o representatividad que en relación con el derecho al sufragio.

Cabe destacar que buena parte de la agenda internacional en materia de los derechos de las mujeres ha sido impulsada por los movimientos de mujeres que, avizorando la ventana de oportunidad proporcionada por la internacionalización de derechos, se han organizado a nivel transnacional. Puede decirse, entonces, que el estatuto internacional de protección de los derechos de las mujeres más que un *Deus ex machina*, constituye un *feminae ex machina* porque es el resultado de una política hecha *por* y *para* las mujeres.

La construcción de la subjetividad femenina en el nivel internacional ha recorrido un largo camino y vencido varias resistencias. En este sentido, conviene tener presente que se requirieron casi 60 años para que la situación jurídica de la mujer se haya hecho un lugar en las normas internacionales de protección de derechos humanos. Lo mismo que en el nivel interno, al redactarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 se adoptó un enfoque de sujeto abstracto, en contraste con la aproximación normativa que venía aplicando la OIT desde la década de los 30, cuyos principios eran, para la época, bastante progresistas³. Pese a las buenas intenciones plasmadas en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos políticos de la mujer (1952) y a la adopción de los dos

³ La OIT ha sido la primera organización internacional en utilizar la palabra discriminación en su contexto (1937) y en articular en 1944 el principio fundamental de no discriminación, ambos retomados en términos más generales por las Naciones Unidas en 1945 y 1948.

grandes Pactos en 1966- los que reconocen la igualdad de derechos de mujeres y hombres-, la protección de los derechos de las mujeres bajo estatutos específicos, tardó en desarrollarse en el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos. Así, durante la década de los 60 la ONU todavía vacilaba en reconocer plenamente las consecuencias de la discriminación contra las mujeres y en lugar de celebrar un tratado que evidenciara una posición de principio sobre este fenómeno, se limitó a adoptar una declaración que condenaba moralmente la discriminación contra las mujeres.

La década de los 70 trajo consigo un cambio de perspectiva. Durante la segunda mitad de este decenio las organizaciones feministas lograron introducir en los debates de la ONU la necesidad de una protección especial para las mujeres y comenzaron a apuntar a la estructura familiar como la fuente de la sujeción femenina. Los llamados estudios de mujeres- que adquirirán popularidad a partir de entonces- le darán sustrato conceptual a esta empresa al poner las bases para el desarrollo de una teoría sistemática sobre los diversos ámbitos en que las relaciones de poder entre hombres y mujeres son institucionalizadas (a saber, la propiedad, la familia, la sexualidad, el mercado de trabajo y la política), la cual tiene su eje en la crítica al binomio público/privado.

Aunque no es posible hablar del feminismo como un pensamiento homogéneo, los análisis feministas comparten una orientación hacia la politización de lo personal, es decir, se caracterizan por redefinir los contornos de lo que, tradicionalmente, se han considerado asuntos "privados" de la vida buena, tematizándolos como cuestiones "públicas" de justicia. De esta manera, han facilitado que, por ejemplo, la violencia intrafamiliar deje de ser considerada parte de la vida privada de los sujetos (y, en consecuencia, un terreno en el que el Estado no debe interferir) y sea vista, en cambio, como un grave problema de violación de derechos humanos.

Al develar el complejo entramado de relaciones sobre el que reposa la desigualdad de género, el feminismo ha favorecido la problematización de la regulación jurídica de la discriminación de las mujeres y su posterior evolución. En efecto, la caracterización de la discriminación de las mujeres como un fenómeno de desigualdad con rasgos particulares, ha afianzado la idea de que es necesario que su combate se haga a través de políticas y herramientas específicas.

Mientras que el esclarecimiento de las vinculaciones entre el patriarcado y el Estado- esto es, el hecho de que el Estado ha tenido un rol coadyuvante en el establecimiento y mantenimiento del patriarcado- ha tenido también importantes repercusiones. Por un lado, ha permitido reprochar la inactividad estatal en lo concerniente a la remoción de los obstáculos que afectan a las mujeres para acceder a las diversas esferas de la vida social en condiciones de igualdad. Por el otro, ha puesto una sombra de duda sobre la manera en que la actividad prestacional del Estado puede también vehicular y reproducir estereotipos de género. En este último sentido, los estudios de género han demostrado que las políticas de bienestar suelen considerar, de manera diferenciada, a los destinatarios según si son mujeres u hombres y que todo lo anterior refuerza roles tradicionales de género. Así, es común que las políticas dirigidas a la mujeres las consideren primordialmente en su función doméstica-familiar, suministrándoles ayudas en los casos en que no existe un varón que provea de los medios de sustento; en tanto las políticas propiamente masculinas, esto es, dirigidas, a los hombres, estén orientadas a insertarlos en el mercado de trabajo, como principal fuerza primaria laboral. Este análisis ha sido recogido, en buena medida, en el concepto de *mainstreaming* que examinaremos más adelante.

La difusión de este nuevo enfoque- que adquirirá más tarde la denominación de enfoque o perspectiva de género- facilitará la adopción de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) en 1979 en el marco que del decenio de las Naciones Unidas para la mujer (1975-1985). Dicho tratado establece una definición pluridimensional de discriminación (art. 1), insta a los Estados a erradicarla (arts. 2 y 3) e incorpora la emergente herramienta de

las acciones positivas bajo el rótulo de “medidas especiales temporales” (art. 4). Conferencias sucesivas abordarán manifestaciones específicas de la discriminación de las mujeres (como la violencia, las desigualdades en el ámbito de los derechos a salud, la educación, la participación política etc.) mientras que en la Conferencia Mundial de Viena de 1993 se logra el reconocimiento explícito de que los derechos de las mujeres forman parte de los derechos humanos.

La Conferencia de Pekín de 1995 es el colofón de todo este proceso ya que sintetiza lo logrado en documentos e instrumentos precedentes, e incorpora, por primera vez- y no sin ciertas resistencias- la expresión *género*. Cabe mencionar que en el debate acaecido durante la misma se enfrentaron dos concepciones diversas: una en que la expresión género evocaba la visión tradicional de que existen ciertas cualidades biológicas asociadas a los sexos y otra- nacida en la órbita feminista – en la que el género se contrapone al sexo. En esta última aproximación, la voz sexo se utiliza para designar los aspectos inscritos en la biología, mientras que la expresión género se reserva para aludir a las construcciones sociales que, a lo largo de la historia, han constituido los patrones usados por las distintas sociedades para establecer los comportamientos y las actitudes atribuidas a cada uno de los sexos. Pese a que la cuestión se zanjó por la vía de una solución transaccional que permitió la inclusión del término sin ofrecer una definición expresa de su sentido, lo cierto es que, a partir de ahí, la ahora jurídica categoría del género se ha ido delineando, a través de su aplicación hermenéutica, de manera coincidente con los desarrollos teóricos feministas sirviendo para potenciar otras tantas demandas de los movimientos de mujeres en diversos terrenos.

En esta línea, merece especial mención la incorporación en la Plataforma de Acción de la idea de *mainstreaming* -que recorre todo el documento de manera horizontal- y ha sido uno de los grandes legados de esta Conferencia. El *mainstreaming* o integración de la perspectiva de género en la acción política- tal como se define en la propia Plataforma de Acción- involucra una obligación para los Estados en orden a que todas las propuestas

relativas a las políticas generales, programas, políticas sectoriales y actividades en la sociedad, deben analizarse desde un prisma de igualdad de género, esto es, considerando la especificidad de los hombres y las mujeres y su interrelación recíproca.

Puede decirse que el corpus internacional de derechos de las mujeres en el marco del sistema universal de derechos humanos, se estructura actualmente sobre los siguientes presupuestos teóricos:

- a) La superación de la división entre los derechos humanos y los derechos de las mujeres y la consideración de que estos últimos forman parte de los primeros.
- b) La asunción de que los derechos humanos de las mujeres pueden ser violados en formas diferentes a aquellos de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra las mujeres sólo por el hecho de serlo.
- c) La recepción de dos postulados centrales del iusfeminismo: i) la formulación neutral de las normas de derechos humanos permite la entrada de estereotipos de género porque vehicula una concepción androcéntrica de los derechos y ii) la discriminación de las mujeres es un fenómeno complejo que para ser subvertido requiere difuminar la frontera entre lo público y lo privado.
- d) Los Estados pueden violar los derechos humanos de las mujeres tanto por acción como por omisión y su posición de garante involucra la obligación de transversalizar la perspectiva de género.

En las siguientes secciones revisaremos algunos de estos desarrollos a propósito de la revisión de los estándares de igualdad de género perfilados en el sistema interamericano de derechos humanos y la forma en que éstos dialogan con el incipiente fenómeno hemisférico de regulación constitucional de la familia.

4. LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El interés por la situación jurídica de las mujeres a nivel regional americano data de antes del establecimiento de la OEA y se plasmó en la creación en 1928 de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Este órgano ha impulsado la adopción de diversos instrumentos internacionales (como las convenciones sobre derechos civiles y políticos de las mujeres, la convención sobre nacionalidad de la mujer y, especialmente la redacción y aprobación de la Convención de Belém do Pará) y la implementación de la perspectiva de género dentro de la misma Organización. A esta iniciativa se sumó posteriormente (1994) la

creación de una Relatoría Especial sobre la Condición de la Mujer, cuyo mandato es analizar e informar en qué medida las leyes y prácticas de los estados miembros, relacionados con los derechos de las mujeres, cumplen con las obligaciones establecidas en la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, los órganos principales del sistema- la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CorteIDH o la Corte)- han participado activamente en la tarea de perfilar estándares normativos para la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres que coinciden en buena medida con los desarrollos realizados en el sistema universal, y que hemos revisado en la sección anterior.

La producción de estándares de igualdad de género se inicia con el establecimiento de la Relatoría Especial sobre la Condición de la Mujer, época en que la CIDH empieza a incluir en sus informes por países y en sus informes temáticos, secciones y capítulos específicos dedicados a la situación de los derechos de las mujeres en el ámbito regional americano. Como la propia CIDH señala en su reciente informe titulado *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación* (OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3 noviembre 2011) dichos estándares comprenden decisiones de fondo, informes temáticos y por países y otros pronunciamientos jurídicos de la propia CIDH. También incluyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las disposiciones contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos interamericanos.

4.1. Los estándares de igualdad de género de la CIDH

La aproximación de la CIDH respecto de la igualdad de género se caracteriza por ser multidimensional y por poner acento en la necesidad de eliminar todas las instancias de discriminación que afectan a las mujeres. De ahí que la CIDH insista en que se

requiere del establecimiento de una efectiva igualdad en la ley, que debe, a su turno, ser complementada con la implementación de medidas especiales temporales que promuevan el avance de su situación jurídica en todos los ámbitos de la vida social, incluyendo la vida política, la vida económica y la vida familiar.

En el marco de esta preocupación general, la CIDH ha prestado especial atención a la erradicación de la violencia de género en sus diversas manifestaciones y a la necesidad de garantizar un adecuado acceso a la justicia. Así, ha reiterado en varios pronunciamientos que la violencia de género configura un atentado pluriofensivo a los derechos de las mujeres contemplados no sólo en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Convención de Belém do Pará sino también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴. Al mismo tiempo, ha señalado que los fenómenos de violencia doméstica pueden comprometer la responsabilidad de los Estados cuando éstos no ponen en práctica medidas razonables de prevención, no investigan debidamente los hechos o no castigan oportunamente a los responsables⁵. También ha precisado que la violación cometida por agentes del Estado es constitutiva de una forma de tortura⁶ y que la yuxtaposición de factores de discriminación pone a ciertas

⁴ En el caso de Jessica Lenahan (Gonzales) y otro vs Estados Unidos la CIDH (INFORME No. 80/11, fondo, CASO 12.626 se pronunció sobre la discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana y su íntima vinculación con la violencia contra la mujer. En este caso, los peticionarios sostienen la muerte prevenible de las hijas de la señora Gonzáles y el daño que ésta sufrió, que no había sido objeto de reparación, violaban varios derechos contemplados en la Declaración. En el informe, la CIDH ha reiterado algunos estándares desarrollados a propósito de la interpretación de los otros instrumentos del sistema. A saber, que las obligaciones de los Estados bajo la declaración comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como vía esencial para eliminar formas directas e indirectas de discriminación y que en ciertas circunstancias el Estado puede incurrir en responsabilidad al no proteger adecuadamente a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares.

⁵ Ver *Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*, Informe N2 24/01 Caso 2051, admisibilidad y fondo, de 16 de abril de 2001, en especial párr. 43.

⁶ Ver, a título de ejemplo, *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, Informe No.24/94, fondo, Caso 11.154, 26 de setiembre de 1994; y *Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, Informe No. 5/96, fondo, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996 y *Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, Informe No. 53/01, fondo, Caso 11.565, 4 de abril de 2001

mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad⁷, lo que debe ser tomado en cuenta por los Estados.

Por otra parte- y en lo relativo a los vínculos entre la violencia y el acceso a la justicia- ha advertido que para combatir el fenómeno de la violencia de género y evitar que éste se perpetúe bajo la forma de impunidad, es crucial garantizar el acceso de las víctimas a recursos judiciales idóneos y efectivos, junto al cumplimiento por los Estados de su obligación de prevención, investigación y sanción. Por esta razón, ha recomendado a los Estados dedicar atención prioritaria a eliminar las barreras jurídicas y fácticas que impiden el acceso de las mujeres a la justicia⁸.

Otras manifestaciones de la discriminación de las mujeres, también han sido objeto de la atención de la CIDH. Ésta se ha referido determinadamente a la discriminación de género en las esferas privada-familiar, en el acceso a la salud, en el mercado de trabajo y en la participación política.

A propósito de la primera esfera, en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra vs Guatemala*, la CIDH consideró que las normas del Código civil guatemalteco que supeditaban el ejercicio de una profesión u empleo por parte de una mujer casada al hecho de no causar perjuicio alguno para sus funciones de madre y ama de casa, establecían distinciones de género que resultaban contrarias a la igualdad y al derecho a la protección de la familia. De esta manera, la CIDH refrendó la idea de que las normas legales pueden reforzar los estereotipos de género e institucionalizar desequilibrios en los derechos y deberes de hombres y mujeres en el seno de las familias, cuyos impactos para las mujeres son directos y continuos⁹.

A su turno, en su Informe *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010) este órgano apuntó a las variadas barreras que obstaculizan el acceso de las mujeres a

⁷ CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001.

⁸ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas

⁹ CIDH, Informe de Fondo N° 4/01*CASO 11.625 *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, 19 de enero de 2001.

estos servicios en el contexto regional americano y a la necesidad de que sean eliminadas. A saber, a) barreras estructurales (elevados costos, falta de recursos o cobertura etc.), b) culturales (principalmente los estereotipos de género del personal de salud) y c) normativas (falta de implementación de las leyes, políticas, programas y protocolos que regulen la atención médica en este ámbito). En especial, aludió a la grave situación de mortalidad materna en la región, como un reflejo del nivel de pobreza y exclusión de las mujeres; y al aborto como un problema muy serio para las mujeres, no sólo desde un punto de vista de salud, sino también de sus derechos humanos a la integridad y a la privacidad.

En materia de derechos económicos y sociales, la CIDH se ha focalizado en las discriminaciones que sufren las mujeres en el acceso al empleo, en el monto y tipo remuneraciones, y en el acoso y maltratos en los lugares.

Mientras que en el ámbito de los derechos políticos, ha instado a los Estados a realizar los esfuerzos necesarios para incrementar la presencia femenina en los puestos de toma de decisiones políticas¹⁰. Cabe mencionar que esta última preocupación se alinea con lo establecido en el *Programa Interamericano sobre la promoción de los derechos humanos de la mujer y la equidad e igualdad de género* [CIM/RES. 209/98 y AG/RES. 1625 (XXIX-O/99)] promovido por la CIM, y que tiene como objetivo "la participación plena e igualitaria de la mujer en la vida política del país y en la toma de decisiones a todos los

¹⁰ Véase, por ejemplo, María Merciadri de Moroni vs. Argentina, Informe No. 103/01, solución amistosa, Caso 11.307, 11 de octubre de 2001. En este caso la peticionaria alegó que en la lista electoral Unión Cívica Radical para diputados nacionales de la Provincia de Córdoba, se colocó una mujer en cuarto lugar y a otra en el sexto puesto con lo que se violó la ley 24.012 y su decreto reglamentario N° 379/93, según los cuales debió haberse colocado a dos mujeres dentro de los cinco primeros puestos para dar cumplimiento a la cuota de 30% establecida a estos efectos. Los recursos internos - que se fundaron en que dichas normas obligaban a los partidos a conformar sus listas con arreglo a ellas y configuraban el derecho correlativo de los ciudadanos investidos de derecho a sufragio a votar por las listas de candidatos así integradas - fueron rechazados por los tribunales argentinos al estimar que la demandante carecía de legitimación activa. La Comisión Interamericana admitió a trámite la petición al considerar que los hechos denunciados podían configurar una violación a los Arts. 8 (debido proceso), 23, (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (recursos efectivos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El asunto se zanjó a través de un acuerdo de solución amistosa en virtud del cual el Estado argentino se comprometió a establecer en su legislación interna un mandato de posición en las listas.

niveles". En él se recomienda a los Estados "la adopción, según sea el caso, de medidas de acción positiva, de carácter legislativo, administrativo y judicial dirigidas a lograr la igualdad de oportunidades para las mujeres en todas las estructuras de la sociedad".

En síntesis, los estándares elaborados por la CIDH respecto de la igualdad de entre mujeres y hombres reflejan una comprensión compleja y multidimensional de la discriminación que está fuertemente influida por la perspectiva de género y que ha favorecido una mayor protección de los derechos de las mujeres en el ámbito hemisférico. Sin embargo, como lo ha hecho notar alguna doctrina, su reticencia inicial a derivar asuntos a la CorteIDH ha ralentizado el desarrollado de estándares por parte de esta última y, en cierta medida, escamoteado la posibilidad de arribar a soluciones más robustas en los casos concretos, a través de sentencias jurídicamente obligatorias¹¹.

4.2. Los estándares de igualdad de género en la jurisprudencia de la CorteIDH

Como se señaló previamente, la jurisprudencia sobre igualdad de género de CorteIDH es bastante reciente. En efecto, el primer caso contencioso que conoció la Corte - cuyos alegatos y argumentación adoptan claramente un registro de género- es el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú*¹². Conviene mencionar que en la decisión sobre reparaciones del *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, que antecedió a la sentencia del Penal Castro Castro ya citada, la CorteIDH aludió a la violencia sexual que afectó a las mujeres víctimas y la especificidad su sufrimiento a propósito de las reparaciones¹³, pero esta constatación no formó parte de su razonamiento en la sentencia de fondo. En contraste, en el *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, emitida dos años

¹¹ En este sentido, TRAMONTANA, E. «Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José», Revista IDH, vol. 43, año 2011, págs. 141-181.

¹² CorteIDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No.160

¹³ CorteIDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.

después, la CorteIDH consideró que las violaciones de derechos cometidas por el Estado peruano fueron dirigidas especialmente contra las mujeres y que aquello debía ser tomado en cuenta a efectos de analizar la responsabilidad internacional del mismo.

Este asunto fue sometido al conocimiento de la Corte a través de una demanda contra Perú presentada por la CIDH, en 2004, en razón de los hechos acaecidos durante el llamado “Operativo Mudanza 1”. Este operativo afectó particularmente a los pabellones 1 A y 4B del Penal Castro Castro, que eran ocupados por mujeres prisioneras, incluyendo internas embarazadas. Durante esta acción se causó la muerte a una cuarentena de personas, lesiones a más de un centenar y se sometió a tratos crueles, inhumanos y degradantes, a más de trescientas personas.

En su sentencia de fondo, la Corte estableció que tales hechos no se produjeron como resultado de un amotinamiento en rechazo a una medida de traslado de prisioneros hacia una cárcel de alta seguridad - como sostuvo el Estado durante el litigio- sino que obedecieron, en realidad, a un ataque premeditado, dirigido contra un grupo de prisioneros acusados de delitos terroristas, compuesto mayoritariamente por mujeres y que adoptó características específicas de género. Tomando como punto de partida esta constatación, la CorteIDH fundó su sentencia sobre las dos siguientes premisas: a) las mujeres padecieron, proporcionalmente, más violencia que los varones afectados y b) la violencia experimentada por unas y otros fue diferente, tanto desde el punto de vista de su vivencia particular - que resultaba cruzada por el género¹⁴- como porque ciertos actos de violencia fueron especialmente dirigidos contra las mujeres¹⁵. De ahí que la CorteIDH estableciera que, tratándose de violaciones a los arts. 4 (derechos a la vida) y 5 (derecho al trato humano) de la

¹⁴ Así la CorteIDH sostuvo que las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia identidad física, padecieron sentimientos de angustia, dese de sus hijos. Ver, sentencia *cit. nota 12*, párrafos 288 a 290.

¹⁵ En este sentido, la parte demandante aludió reiteradamente en sus alegatos a la existencia de insultos que vehiculaban un imaginario de género que censuraba especialmente a la mujer terrorista, al trato especialmente cruel respecto de las mujeres embarazadas y al uso de la violencia sexual.

Convención Americana de Derechos Humanos constitutivas de violencia de género, tales normas deben interpretarse tomando como base los estándares establecidos por la Convención de Belén do Pará. Por último, sobresale también la definición amplia que la Corte ofrece de la violencia sexual, caracterizándola como “acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico”.

La aproximación utilizada por la CorteIDH en el caso del *Penal Castro Castro* ofició como prelude de la decisión que, en 2009, ésta pronunció en relación con el *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Esta última es la pieza jurisprudencial más importante dictada, hasta ahora, en lo concerniente a los estándares del sistema interamericano sobre igualdad de género. La Corte había sido requerida, en 2007, por la CIDH quien presentó una demanda contra México por las desapariciones y muertes subsecuentes de tres jóvenes acaecidas en Ciudad Juárez. Según la CIDH dichas desapariciones no fueron investigadas por el Estado con la debida diligencia produciéndose, en cambio, una serie de irregularidades¹⁶. Entre otros hechos, durante el juicio se acreditó que las autoridades mexicanas minimizaron la gravedad de la desaparición de las víctimas, debido a la influencia de prejuicios de género y que las referidas desapariciones formaban parte de un contexto general de discriminación de género, instalado en esta región mexicana desde la década de los 90.

En la sentencia recaída en *Campo Algodonero*¹⁷, por primera vez, la Corte se refiere a los “homicidios de mujeres por razones de género”, advirtiendo que estos son conocidos también bajo el rótulo de *feminicidios*. De esta manera- aunque no sin cierta

¹⁶ Entre otras, la lentitud de las investigaciones o inactividad en los expedientes, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas, pérdida de información, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público, y la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género.

¹⁷ CorteIDH, *Caso González y otras (Campo algodouero) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

ambigüedad¹⁸- la Corte fue más allá de lo obrado por la CIDH, la que había sido renuente en calificar los hechos con esta última etiqueta.

Por otra parte, - y también por primera vez- la CorteIDH estableció su competencia para conocer las violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, con base en lo dispuesto en el art. 12 de la misma convención. Esta última disposición fija, a su turno, la competencia de la CIDH para conocer de las peticiones individuales fundadas en el mencionado art. 7 y contiene un reenvío a las reglas de procedimiento que contempla la Convención Americana, y el Reglamento y Estatuto de la CIDH; las que regulan, entre otras materias, la facultad de aquélla para remitir asuntos a la Corte.

La ampliación, por vía interpretativa, de su marco competencial en relación con el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, favoreció el análisis de género que recorre toda la sentencia del caso *Campo Algodonero*. Así, la CorteIDH utilizó el concepto de obligaciones reforzadas en materia de prevención e investigación, que fluye del estándar de diligencia debida instaurado por la Convención de Belém do Pará, en su art. 7, y lo combinó con la obligación de protección estatal respecto de violaciones provenientes de particulares, que ella misma había delineado previamente en el *Caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia*. Según esta última jurisprudencia, para que se configure tal obligación se requiere: a) el conocimiento por parte de las autoridades estatales, de una situación de riesgo real e inmediato; b) para un individuo o grupo de individuos determinado, y c) la existencia de posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo¹⁹. Esta combinación permitió a la CorteIDH sugerir que el escrutinio es más estricto cuando los hechos concretos se inserten – como ocurre en *Campo Algodonero*- en contextos generalizados de violencia y desigualdad de género.

Por último, cabe mencionar que el enfoque de género que dominó el examen de fondo del caso en comento se proyectó también a su decisión sobre las reparaciones. Así, la Corte

¹⁸ La CorteIDH señala en el párrafo 141 que «no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso. Por esta razón, se referirá a los casos de Ciudad Juárez como homicidios de mujeres, aunque entienda que

algunos o muchos de éstos puedan haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer. Véase, sentencia, *cit*, *nota 17*.

¹⁹ Véase CorteIDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, párr. 153.

consideró especialmente “los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres” y estableció que las reparaciones deben orientarse a transformar esta situación, es decir, deben tener “un efecto no solo restitutorio sino también correctivo”. De ahí que las medidas de reparación abarcaran en este caso un amplio crisol. A saber la necesidad de que la investigaciones dirigidas a identificar y sancionar a los culpables incluyan una perspectiva de género y que se desarrollen líneas específicas en lo concerniente a la violencia sexual; que las madres de las víctimas sean especialmente indemnizadas; que se provea de tratamiento psicológico/psiquiátrico a las víctimas, cautelando que los profesionales tengan experticia en los traumas causados como consecuencia de la violencia de género; o que se construya un monumento en recuerdo de las víctimas, para dignificarlas, como medida de satisfacción.

También en 2009, la CorteIDH emitió su decisión en el caso *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*²⁰. La demanda interpuesta por la CIDH en 2008- denunciaba la falta de debida diligencia estatal en la investigación, en el juzgamiento y en la sanción de los responsables de la matanza de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres, entre los cuales se contaban hombres, mujeres y niños²¹. En particular, las mujeres afectadas fueron objeto de violaciones y de violencia extrema, hasta el punto de sufrir abortos.

La Corte en su análisis del caso consideró probado que, entre los años 1962 y 1996 en Guatemala, hubo un conflicto armado interno que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. Asimismo, determinó que, durante el conflicto armado en Guatemala, las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual y reiteró que la violación sexual ejecutada en el contexto de las masacres, tiene componentes de género porque busca destruir la

²⁰ CorteIDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.

²¹ Tales hechos acaecieron en 1982 y, sin embargo, su investigación se inició recién en 1994, sin que a la época de presentación de la demanda se hubiera producido ni el juzgamiento ni la sanción de los responsables.

dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Por otro lado, la Corte estableció que “la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la CIPST [Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura] y de la Convención de Belém do Pará”²²

Sin embargo, en este caso- a diferencia de lo ocurrido en *Campo Algodonero*- la Corte utilizó sólo marginalmente la perspectiva de género en lo relativo a las reparaciones, limitándose a exigir al Estado que, en cumplimiento de la obligación de investigar, tomara en cuenta “los impactos diferenciados de las violaciones con motivo de la alegada violencia contra la mujer”²³. De ahí el tono de reproche que se observa en el voto razonado concurrente del juez Ad-hoc Ramón Cadena Rámila, quien advierte que la adopción de una perspectiva de género enriquece el análisis “en materia de derechos humanos [y] permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación”. Y que , en consecuencia, dicha óptica debiera orientar el contenido de las medidas de reparación y, más concretamente, de las medidas de no repetición, las que en casos como el examinado podrían consistir en: a) intensificar y ampliar las acciones existentes para capacitar a funcionarios, particularmente a aquéllos de la Policía Nacional Civil y del Ministerio Público con respecto a las causas, naturaleza y las consecuencias de la violencia de género; b) garantizar que el impacto y las consecuencias de los actos de

²² CorteIDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211., párr. 140.

²³ CorteIDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párr. 233.

violencia cometidos contra las mujeres durante conflicto armado interno estén contemplados adecuadamente en el Plan Nacional de Resarcimiento; c) implementar programas de capacitación sobre los derechos de las mujeres y particularmente, sobre el derecho a una vida libre de violencia, dirigidos a personal de la fuerza pública, del ejército y de las instituciones públicas; d) implementar medidas de protección y prevención, para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia y también la de procesar y castigar adecuadamente los delitos de violencia contra las mujeres; y e) tomar todas las medidas preventivas necesarias para evitar el abuso y la violación sexual de mujeres en custodia estatal, policial o del ejército, utilizada como una forma de tortura²⁴.

En sus sentencias más recientes la CorteIDH ha profundizado su jurisprudencia sobre la especial vulnerabilidad resultante de la discriminación cruzada o yuxtapuesta; precisado los requisitos de la tortura y desarrollado estándares en materia de derechos sexuales y reproductivos.

De esta manera, en las sentencias recaídas en los casos de *Inés Fernández Ortega* y de *Valentina Rosendo Cantú*, ambos contra México, la Corte interpretó la obligación de garantía del art. 1.1 de la Convención Americana poniendo de relieve que las mujeres indígenas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que incrementa el riesgo de que sufran violaciones a sus derechos humanos frente al sistema de justicia y al sistema de salud²⁵. Adicionalmente, aclaró que una violación ejecutada por agentes del Estado es, en sí misma, constitutiva de tortura dado que el sufrimiento severo de la víctima, que es característico de la tortura, es inherente a la violación, independientemente que ésta “consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima”²⁶.

²⁴ Véase voto razonado concurrente Juez Ad-hoc Ramón Cadena Rámila *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, pp. 4 y 5.

²⁵ CorteIDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44, párr. 78; CorteIDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 185.

²⁶ Véase *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, cits, párrs. 124 y 128; y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 114 y 118.

A propósito de la autonomía reproductiva y sus vinculaciones con otros derechos, en su fallo sobre la comunidad indígena *Kákmok Kásek Vs. Paraguay*, la CorteIDH puso de relieve que la pobreza extrema y la falta de cuidado adecuado respecto de las mujeres embarazadas y puérperas se correlacionan con altas tasas altas de mortalidad materna; y argumentó que los Estados deben adoptar políticas de salud para prevenir dicha mortalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana (derecho a la vida), interpretado a la luz del artículo 1.1 (obligación de garantía)²⁷. De otro lado, en el caso *Gelman Vs. Uruguay* - relativo a la desaparición forzada y a la detención arbitraria de una mujer embarazada por parte de las fuerzas de seguridad uruguayas y argentinas, y la subsecuente entrega de su hija a la familia de un policía uruguayo- la Corte sostuvo que la violencia sufrida por la víctima estuvo basada en su género. Así, razonó que el estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía una condición de particular vulnerabilidad que configuró una afectación diferenciada y advirtió, además, que los hechos del caso revelaban una concepción instrumental del cuerpo de las mujeres, contraria a la libre maternidad, dimensión que, a su vez, forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres²⁸.

En el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, la CorteIDH se pronunció sobre la relación entre la autonomía sexual de los individuos- en particular, de las mujeres- y su vinculación con la prohibición de discriminación y el principio del interés superior de niño. Karen Atala, una jueza chilena, había sido privada del cuidado personal de sus hijas menores mediante una decisión de la Corte Suprema chilena que le entregó al padre de las menores su cuidado personal, habida cuenta de que la Sra. Atala mantenía una relación de pareja estable, de carácter homosexual. En el fallo respectivo, el máximo tribunal chileno argumentó que “[la madre]

²⁷ CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 233-234.

²⁸ En particular la Corte sostuvo que se instrumentalizó el cuerpo de la víctima en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad. Véase CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 97.

al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas” y que “dicha situación situará a las menores López Atala en un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.”²⁹ Los párrafos antes citados son ilustrativos de que la Corte Suprema de Chile condicionó el reconocimiento de los derechos de la madre a la satisfacción de un determinado modelo de maternidad que reposa, a su vez, sobre una ideología doblemente cruzada por el sistema sexo/género. En efecto, la sentencia contiene (a) un reproche a la mujer que se aparta del arquetipo de la madre abnegada, es decir, a aquélla que sobrepone sus intereses personales (en este caso, su vida de pareja) a los supuestos intereses de sus hijos/as y (b) una exigencia de que la sexualidad de los sujetos, para ser considerada un proyecto de vida legítimo, se encuadre en el paradigma de la heteronormatividad.

Karen Atala presentó una petición ante la CIDH alegando la infracción de diversos derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos- en particular, el derecho a la igualdad y a la vida privada familiar- que originó, finalmente, el proceso ante la CorteIDH. En su sentencia, esta última descarta la tesis de la supuesta influencia negativa que tendría la orientación sexual de los padres en el desarrollo y crianza de los hijos, argumentando que “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es

²⁹ Corte Suprema de Chile, sentencia de 31 de mayo de 2004, párrafos décimo sexto y décimo octavo.

adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño", debiendo someterse este examen a un escrutinio concreto, caso a caso³⁰. Al mismo tiempo, la Corte precisó que la protección de la vida privada y la igualdad, en el caso de personas homosexuales, no implica cantonarlas a lo privado sino que presupone, en contraste, el respecto de la exteriorización de esa condición y sobre todo una equiparación en los proyectos de vida de los sujetos.

Finalmente en la sentencia de 28 de diciembre de 2012, recaída en el asunto *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs Costa Rica*³¹, la CorteIDH acaba de despejar las dudas sobre la correcta interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana, en lo relativo al estatuto jurídico del embrión. El mencionado art. 4.1 establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida", que "este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción", y que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. En dicha sentencia la Corte estableció -ratificando, de paso, la opinión de la Comisión Interamericana en el asunto "Baby Boy" (Informe 23/81)- que, de acuerdo a la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Al respecto, la CorteIDH ha señalado que la voz "concepción" utilizada en la disposición antes referida, si bien es objeto de debate biológico, ético y religioso, no puede ser comprendida como un momento o proceso ajeno al cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no se produce. En consecuencia, según la Corte, dicha expresión debe entenderse como una referencia al momento en que ocurre la implantación, razón por la cual, antes de este evento no procedería aplicar la disposición en cuestión. Por otra parte, la fórmula "en general" que también ocupa esa norma, permite -en opinión de la Corte- inferir excepciones a la protección que la propia disposición

³⁰ Véase CorteIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 111. Serie C No. 239 .

³¹ Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas

dispensa y que se traducen en la posibilidad de establecer un sistema gradual e incremental de tutela de la vida, en atención a su desarrollo. Sobre esta base, la Corte determinó que la decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica, que condicionó la posibilidad de realizar la técnica de fertilización *in vitro* a que no hubiera pérdida embrionaria (condición que es imposible desde el punto de vista práctico), implicó para los demandantes una restricción desproporcionada que produjo, a su turno, la vulneración de varios de sus derechos. A saber, el derecho a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, a fundar una familia y el derecho a la igualdad.

A pesar de que el fallo antes reseñado no se refiere directamente al aborto sino a las decisiones de procrear a través de las técnicas de reproducción asistida, es evidente que elabora varios aspectos que tienen impacto sobre la comprensión regional de la autonomía procreativa³². La doble tesis de la CorteIDH -es decir, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y la negación de la calidad de persona al embrión- abre, sin duda, la puerta al enjuiciamiento de las leyes restrictivas del aborto en el hemisferio americano que, como se sabe, se encuentran entre las más severas del mundo.³³

Como conclusión de esta sección puede señalarse que los estándares de igualdad de género desarrollados en el marco del sistema interamericano involucran una comprensión compleja de la igualdad entre mujeres y hombres que recoge una versión de la discriminación de carácter intergrupala que no se satisface con la mera prohibición de discriminación sino que precisa la adopción de medidas positivas que garanticen la promoción efectiva de los derechos de las mujeres y que sean capaces de eliminar su posición social de subordinación.

³² La autonomía procreativa contempla las siguientes decisiones y dimensiones: a) decisiones relativas a la manera en que los sujetos ejercen su sexualidad y b) decisiones relacionadas con la reproducción. Dentro de las cuales se ubican b.1.) aquéllas relativas al control o prevención de la natalidad, como las relativas al uso de los métodos de anticoncepción y la interrupción del embarazo (vertiente negativa) y b.2. aquéllas vinculadas a la decisión de tener hijos, su número y oportunidad (vertiente positiva).

³³ Para una semblanza de las leyes sobre el aborto puede verse COOK, R., *Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades*, en *Debate feminista*, Marzo 1991, pp. 89-129

A partir de un breve repaso de los desarrollos recientes obrados en el constitucionalismo latinoamericano³⁴, es posible realizar un diagnóstico preliminar de las políticas normativas de igualdad de género implementadas por los Estados en la región americana a fin de observar los adelantos y las resistencias o zonas críticas. La sección final de este trabajo se dedica a ello.

5. LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.

Buena parte del desarrollo normativo de la igualdad de género en el ámbito constitucional latinoamericano se ha realizado en el contexto de un proceso que podemos denominar de “constitucionalización de la familia”, el que se ha replicado a nivel comparado, particularmente en la dimensión de judicialización de la regulación legal de la familia, ante cortes constitucionales e internacionales³⁵.

La irradiación del principio de igualdad, desde lo público a lo privado, ha permitido que la regulación de la familia se haya hecho un hueco en el marco de los debates político-jurídicos contemporáneos, visibilizando la discriminación que históricamente han sufrido las mujeres en el ámbito privado-familiar, y problematizando la exclusión del colectivo LGBTI del derecho al matrimonio.

³⁴ Los resultados aquí contenidos son parte de un trabajo más extenso. Éste puede consultarse en Zúñiga, Y. y Turner S. “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 20, vol. 2, 2013 (en prensa).

³⁵ La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que, desde el año 2007, ha extendido a personas homosexuales y transexuales derechos que eran exclusividad de familias o parejas conformadas por un hombre y una mujer; y la reciente decisión del Tribunal Constitucional chileno, en el marco de un procedimiento incidental de inaplicabilidad, a propósito del art. 102 del Código Civil (Rol 1881-10, de fecha 03/11/2011); se inscriben en esta línea. En el nivel internacional-como ya se dijo- dicha tendencia se replica. Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto varios asuntos relacionados con la diversidad sexual y su vinculación con la vida familiar y el derecho al matrimonio. No obstante, la jurisprudencia de este órgano ha sido un tanto ambivalente. Por un lado, ha considerado que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia tradicional para resguardar su interés superior, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido (*Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, 1996), pero en lo concerniente a la aplicación de la igualdad a parejas homosexuales respecto del derecho al matrimonio, la Corte se ha mantenido fiel a su doctrina del margen de apreciación (p.e. *Schalk et Kopf vs. Austria*, 2010). En cambio, ha reconocido este último derecho a las personas transexuales (*Goodwin vs. Inglaterra*, 1997). La sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, comentada en el texto, se inscribe también en este proceso.

En lo referente a la situación de las mujeres, conviene hacer notar que, pese a que la teorización feminista ha relacionado desde sus orígenes la sujeción femenina con la familia y ha postulado que la configuración social de esta institución tiene ribetes opresores- como vimos en la primera parte de este trabajo-; las relaciones que se desarrollan en este espacio han sido, en general, ignoradas por la teoría política de raigambre ilustrada. Esta última se articula, como es sabido, sobre la distinción entre la esfera privada y la esfera pública. Esta distinción, sobre la que reposan buena parte de nuestras categorías constitucionales, ha tenido el efecto de situar a la familia en el dominio de lo privado, sustrayéndola de la aplicación de los principios que rigen las relaciones en la esfera pública. Así, ha sido común entender que mientras que esta última esfera está gobernada por la igualdad y la libertad, el ámbito privado familiar se rige, en cambio, por valores tales como el amor o la abnegación, los que justificarían la existencia de asimetrías y restricciones a la autonomía. Sobre esta base teórico-conceptual el sistema jurídico ha elaborado históricamente diversos mecanismos de subordinación femenina, funcionales al sistema sexo/género, tales como la incapacidad de la mujer casada o la dependencia económica que persiste, no obstante, la supresión formal de la autoridad marital. Y, además, ha tolerado la existencia de fenómenos como la violencia intrafamiliar o la violación conyugal.

La regulación constitucional de la familia supone un cambio de aproximación normativa. A la clásica declaración política de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se han ido sumando, en las últimas décadas, un cúmulo de disposiciones sustantivas que regulan, en sede constitucional, los derechos y obligaciones de sus miembros, con eje en el principio de igualdad; y las obligaciones del Estado respecto de esta institución.

Las causas de este cambio de aproximación, son variadas. Entre ellas, pueden destacarse: a) las mutaciones que ha sufrido la familia, como realidad sociológica, caracterizadas por una tendencia al desarrollo de modelos centrados en el afecto y con fuerte componente individualista, cuya resultante es una fuerte diversificación de los modelos de familia y el abandono de los tradicionales fines colectivos de la misma. Y (b) el incremento

sostenido del ingreso de las mujeres al mercado laboral, que ha erosionado fuertemente el modelo de hombres-proveedores y madres-cuidadoras, alterando tanto las relaciones familiares como las laborales e incrementado, al mismo tiempo, sus puntos de intersección. En este último sentido, por ejemplo, el aumento de la presencia de mujeres en el mercado de trabajo ha propiciado un cambio de eje en lo relativo a la gestión del cuidado o dependencia, debido a que esta última actividad, que tradicionalmente han desarrollado las mujeres en el seno de las familias y de forma gratuita, de más en más, es conceptualizada como una responsabilidad estatal. Esto último ha dado origen también a la emergencia de nuevos sujetos de derecho, como las personas discapacitadas y los ancianos, respecto de las cuales los Estados han ido asumiendo, paulatinamente, obligaciones de aseguramiento de su bienestar. Por último, merece destacarse como factor de tipo normativo, (c) la creciente eficacia interna de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, producto del establecimiento de dispositivos constitucionales de reenvío a normas internacionales, los que usualmente son acompañados de reglas de jerarquía reforzada.

Desde luego, todos estos factores combinados han generado una creciente tensión entre ciertos principios constitucionales- en especial, el principio de igualdad - y algunos rasgos del modelo de familia patriarcal que sobreviven aún en las leyes civiles, y que se han visto contestados por las exigencias derivadas de la subjetivación tanto de mujeres como de niños. En este marco, la noción de igualdad de género ha ganado terreno y el principio del interés superior del niño ha abandonado el reducto de la legislación civil para transformarse en estándar constitucional.

Las notables reformas constitucionales experimentadas en la región americana en los últimos decenios (incluyendo tres procesos constituyentes) han provisto un caldo de cultivo para la proliferación de variadas normas de regulación de la familia en sede constitucional. Las Constituciones latinoamericanas reflejan claramente un fortalecimiento de los procesos de individuación de los niños, a través de la constitucionalización del principio del

interés superior del niño³⁶; y un fortalecimiento de los derechos de las mujeres, mediante la presencia expresa de normas de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito privado-familiar³⁷. Asimismo, se observa en estos textos el surgimiento de nuevos sujetos y/o destinatarios de protección, tales como los ancianos y los discapacitados; y una diversificación de la protección que distingue la infancia, la adolescencia y la juventud. Todo ello refuerza un proceso regional de desmantelamiento de la familia patriarcal. Adicionalmente, algunas Constituciones latinoamericanas contienen normas de protección respecto de la violencia de género, con especial acento en la violencia intrafamiliar,³⁸ lo que se encuentra en sintonía con la atención particular que el sistema interamericano ha prestado a este tema, según vimos en la sección precedente.

En cuanto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos, la regulación es incipiente y variopinta. En ocasiones éstos se configuran como libertades no interferencia y, otras veces, como derechos prestacionales (derecho a acceder a información y/o medios de contracepción). Sobresale, no obstante, una especial preocupación por la protección de la maternidad, la que se

36 La incardinación de la protección internacional del niño y de la niña, de manera más o menos explícita, en las Constituciones latinoamericanas. Esto se hace a través de tres modalidades: a) *incorporación expresa de la Convención de Derechos del Niño* (Argentina, Nicaragua y Venezuela), b) *incorporación tácita a través de la referencia genérica a la protección contenida en tratados o acuerdos internacionales* (Colombia y Honduras); y c) *constitucionalización del principio de Interés Superior del Niño*. Esto último, a su vez, puede hacerse bajo la utilización expresa de esta fórmula semántica (Bolivia, Ecuador, Uruguay, República Dominicana) o sobre la base del establecimiento de una preferencia por los derechos del niño en caso de conflicto con otros derechos (Colombia, Paraguay).

³⁷ Catorce de los textos constitucionales americanos contienen disposiciones expresas de igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el ámbito de la familia. A estos puede sumarse Argentina a través del reenvío que contiene su Carta Fundamental a la CEDAW. La igualdad de derechos entre cónyuges se expresa a través de (a) una cláusula general de igualdad de derechos aplicada al ámbito de la familia (Bolivia, Costa Rica, Honduras, México, Panamá) o mediante (b) la determinación específica de los aspectos sobre los que recae dicha igualdad. Siguen esa última aproximación Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador y Nicaragua.

³⁸ En este sentido, los textos de Bolivia, Colombia, Ecuador y República Dominicana. Dentro de éstas, sólo Ecuador se refiere determinadamente a la mujer, sin excluir la protección de otros sujetos, mientras que la Constitución de la República Dominicana se refiere a la violencia intrafamiliar y a la violencia de género, determinadamente (art. 42.nº2). La Constitución de Argentina no contiene una referencia clara de protección a la mujer, pero contiene un reenvío específico a la CEDAW, tratado al que le otorga jerarquía constitucional en el art. 22 inciso 2º.

desarrolla sobre la base de dos aproximaciones o técnicas de regulación: una protección tutelar genérica y una protección en el marco más amplio de la protección laboral³⁹. Esta última técnica puede interpretarse como una fórmula embrionaria de política de conciliación entre vida familiar y vida laboral.

Con todo, esta tendencia hacia el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos no parece desbloquear por sí sola las restricciones legales a la interrupción voluntaria del embarazo, que en algunos casos- como el chileno- son especialmente severa. Al contrario, la autonomía reproductiva reconocida por las Constituciones hemisféricas parece restringirse únicamente a las cuestiones relativas a la anticoncepción. Por lo mismo, es en materia de liberalización del aborto donde se detectan las mayores resistencias regionales y, eventualmente, una zona de conflicto entre normas internas y normas internacionales, dada la reciente decisión de la CorteIDH en el caso *Artavia Murillo*, que se comentó previamente.

Cabe hacer notar que las Constituciones latinoamericanas contienen numerosas normas de reenvío y/o recepción del derecho internacional. Lo anterior, combinado con la existencia de dispositivos constitucionales de jerarquía reforzada de los tratados internacionales, genera una especial resistencia de la regulación internacional de derechos humanos y, en particular, de los estándares de igualdad de género, frente a las normas legales internas, lo que permite, por extensión, su protección por la vía de acciones constitucionales.

³⁹ Así hay ejemplos de regulación tutelar general de la maternidad, sin determinación de ámbito específico (Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá y República Dominicana); de protección de la maternidad en el marco de derechos reproductivos y políticas de planificación familiar (Bolivia, Nicaragua, Paraguay, Venezuela); y de protección de la maternidad en el ámbito laboral (Bolivia, Brasil, México, Nicaragua). Los textos brasileño y mexicano parecen inclinarse, en cambio, por una regulación que enfatiza la protección del empleo. Por último hay textos que contemplan la

protección de todo tipo de maternidad (República Dominicana, Uruguay, Venezuela). Dentro de éstas, las expresiones utilizadas en el caso de la Constitución uruguaya que se refiere a la maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, y en la Constitución venezolana que advierte que la maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre, sugieren que se busca contrarrestar un efecto de exclusión de lo que pudiéramos denominar las maternidades atípicas. Lo propio ocurre en el caso de República Dominicana que garantiza la protección de la maternidad cualquiera sea la condición social o el estado civil de la mujer. Parece ser, entonces, que estas normas tienen un propósito de igualación dirigido a supuestos de maternidad no amparados por la cobertura legal y/o la legitimidad social proveniente del matrimonio, es decir, fundamentalmente a las madres solteras.

Por último, es posible detectar en los textos constitucionales de la región americana una incipiente igualación entre diversas clases de convivencias. Dentro de esta tendencia predomina, sin embargo, la equiparación entre uniones civiles heterosexuales y uniones matrimoniales (definidas también a nivel legal como una forma de convivencia heterosexual), en detrimento de las uniones homosexuales, que aparecen expresamente excluidas o, bien, no son explícitamente mencionadas. En consecuencia, la equiparación de derechos entre personas heterosexuales, por un lado, y personas pertenecientes al colectivo LGBTI, en lo relativo a la vida familiar y el derecho al matrimonio, es claramente otro de los puntos de fricción entre el sistema interamericano y los sistemas constitucionales hemisféricos, según puede derivarse de la sentencia recaída en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, referida también en la sección anterior.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, C. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia, Madrid, 2000.
- COOK, R. Leyes y políticas sobre el aborto: retos y oportunidades, en *Debate feminista*, Marzo 1991, pp. 89-129
- FRAISSE, G. *Musa de la Razón*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 1991,
- FRAISSE, G. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Ediciones Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 2003.
- TRAMONTANA, E. "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", *Revista IDH*, vol. 43, año 2011, págs. 141-181.
- ZÚÑIGA, Y. y TURNER. S. "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 20, vol. 2, 2013 (en prensa)

7. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

7.1. CIDH

- María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, Informe No.24/94, fondo, Caso 11.154, 26 de setiembre de 1994

- Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, Informe No. 5/96, fondo, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996
- Jessica Lenahan (Gonzales) y otro vs Estados Unidos*, Informe No. 80/11, fondo, CASO 12.626, 21 de julio de 2011.
- Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*, Informe N2 24/01 Caso 2051, admisibilidad y fondo, de 16 de abril de 2001.
- María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Informe de Fondo N° 4/01*CASO 11.62519 de enero de 2001
- Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México)*, Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, 2 de abril de 2001
- Celia González Pérez vs. México*, Informe No. 53/01, fondo, Caso 11.565, 4 de abril de 2001
- María Merciadri de Moroni vs. Argentina*, Informe No. 103/01, solución amistosa, Caso 11.307, 11 de octubre de 2001.

7.2. CorteIDH

- Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No.160
- Caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140.
- Caso *González y otras (Campo algodonero) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.
- Caso *de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.
- Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. 44
- Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.
- Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- Caso *Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

8. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema de Chile, Caso Atala, sentencia de 31 de mayo de 2004, párrafos décimo sexto y décimo octavo.

CUARTA PARTE

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y AFRODESCENDIENTES

9

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

Julian Burger
University of Essex, UK

Resumen

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el 17 de septiembre de 2007. La Declaración reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo su derecho a la libre determinación y los derechos a sus tierras, territorios y recursos. Por primera vez, la organización mundial ha dado reconocimiento universal de los derechos de los pueblos indígenas. El desafío ahora es que los estados las pongan en práctica y contribuyan a la mejora de la vida de los pueblos indígenas del mundo. En los últimos años, las Naciones Unidas también han establecido tres importantes mecanismos destinados a proteger los derechos de los pueblos indígenas y la promoción de sus intereses.

En el artículo se proporciona información sobre los antecedentes de estos desarrollos internacionales, se analiza el alcance y contenido de la Declaración observando su complementariedad con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 y se realiza un análisis crítico de las funciones de los principales mecanismos internacionales de derechos humanos dedicados a la protección de los pueblos indígenas, a saber, la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los Pueblos indígenas establecido por el Consejo de Derechos Humanos y el Foro Permanente para las Cuestiones indígenas que prestan asesoramiento al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

1. ¿QUIENES SON LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

Los pueblos indígenas se encuentran entre las poblaciones más vulnerables, desfavorecidas y marginadas del mundo. Las Naciones Unidas estiman que suman más de 370 millones de personas que viven en unos 90 países. Constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial y, de acuerdo con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, constituyen el 15 por ciento de los pobres del mundo y un tercio de los extremadamente pobres.¹ En América Latina, la población

¹ *Engagement with indigenous peoples policy*, International Fund for Agricultural Development, 2009.

indígena se estima en unos 40 millones de personas que, por lo general, enfrentan altos niveles de pobreza, un bajo acceso a la salud, la educación y otros servicios y un alto nivel de discriminación.²

Los pueblos indígenas de todo el mundo han sido víctimas del colonialismo. Históricamente, han visto sus tierras arrebatadas, sus recursos expropiados, su población reducida a través de la guerra y la enfermedad y se han visto obligados a aceptar las leyes y políticas de los Estados hegemónicos. Las políticas de asimilación han prevalecido en la mayoría de los países hasta los años 1960 y 1970 con el argumento de que los pueblos indígenas se beneficiarían de la adopción de las formas de vida, los objetivos económicos y los valores de la sociedad dominante. El legado del colonialismo está muy presente en la vida de los pueblos indígenas en la actualidad.

Sin embargo, los pueblos indígenas también tienen una historia de resistencia y, a pesar de las depredaciones del colonialismo, muchos han logrado mantener sus identidades, culturas y valores. En las últimas décadas, han estado afirmando activamente su derecho a la libre determinación y sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos. Cada vez más, las leyes nacionales se han modificado para reconocer las culturas de los pueblos indígenas y sus tierras tradicionales y sus derechos a nivel internacional se han reconocido sobre todo con la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no contiene una definición de los pueblos indígenas.

El estudio de Martínez Cobo proporciona una comprensión de la expresión "pueblos indígenas", que es ampliamente citado como una guía. El estudio señala que:

Las comunidades indígenas, los pueblos y las naciones son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras

² G. Hall and H.A. Patrinos (eds), *Indigenous peoples: poverty and human development in Latin America*, World Bank, 2006.

generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sociales las instituciones y el sistema legal.³

Asimismo, señala que una persona indígena es:

... Uno que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como indígena (conciencia de grupo) y es reconocido y aceptado por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo).⁴

Según el Convenio de la OIT N ° 169, los pueblos indígenas son descendientes de poblaciones que habitaban en "un país o una región geográfica durante la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales" y "conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y las instituciones políticas". La OIT también reconoce "pueblos tribales" que han conservado los estilos tradicionales de vida, costumbres y leyes que son diferentes de otros sectores de la población nacional.⁵

El artículo 33 de la Declaración establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones". El Convenio de la OIT N ° 169 también afirma que la auto-identificación como indígena es un criterio "fundamental para la determinación de los grupos ", que son indígenas.⁶

En África, a menudo se argumenta que todos los pueblos africanos son indígenas de África. Este debate fue abordado por el Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas en África, que señaló que un enfoque moderno debería poner "menos énfasis en las primeras definiciones que se centran en el aborigen" y en su lugar destacar:

³ *Study on the problem of discrimination against indigenous populations – volume 5: conclusions and recommendations* (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4), para. 379. El estudio fue preparado por el Relator Especial José Martínez Cobo entre los años 1972 y 1983.

⁴ *Ibid*, paras, 381-382.

⁵ OIT, Convenio 169, Artículo 1.

⁶ OIT, Convenio 169, artículo 1 (2).

- 1) La autodefinición como indígenas, claramente diferente de otros grupos dentro de un Estado;
- 2) Una relación especial y el uso de sus tierras tradicionales por lo que su tierra ancestral y territorio tiene una importancia fundamental para su supervivencia física y cultural colectiva como pueblos;
- 3) Una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación a causa de sus diferentes culturas, formas de vida o modos de producción que el modelo dominante.⁷

En el contexto asiático, la expresión "pueblos indígenas" se entiende generalmente para referirse a distintos grupos culturales, como "pueblos tribales", "tribus de las colinas" o "tribus" o "Adivasis" en el caso de la India.

2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

Las organizaciones nacionales e internacionales de los pueblos indígenas se establecieron en los años 1960 y 1970 en reacción, en particular, a la discriminación persistente y sistemática. Una serie de factores tales como el movimiento de derechos civiles en los EE.UU. ha contribuido a este aumento de la conciencia de los pueblos indígenas. El período también vio una aceleración de la explotación de los recursos en las tierras de los pueblos indígenas. Este fue especialmente el caso de los países de la cuenca del Amazonas, una región que se contempló como un milagroso atajo hacia el desarrollo. Impactado negativamente por estos proyectos de desarrollo e incapaces de obtener una audiencia con sus propios gobiernos, las comunidades indígenas comenzaron a buscar a las Naciones Unidas como medio de ejercer presión sobre los países, para el cambio.

El aumento del activismo indígena internacional coincidió con un programa mundial para eliminar el racismo que se centró en el régimen del apartheid de Sudáfrica, y que abrió un espacio para luchar contra la discriminación a nivel mundial.

⁷ *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*, adoptado por la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en su 28 sesión, 2005, pp. 92-93.

En 1971, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías nombró a uno de sus miembros, Martínez Cobo, Relator Especial para llevar a cabo un amplio estudio sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas y recomendar medidas nacionales e internacionales para eliminar la discriminación.

El estudio de Martínez Cobo llevó a la creación, en 1982, del primer mecanismo de las Naciones Unidas para tratar exclusivamente cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas: el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI). El Grupo de Trabajo, integrado por cinco expertos independientes, tenían el doble mandato de prestar especial atención a la elaboración de normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas y analizar los acontecimientos que les afectaran.⁸

El Grupo de Trabajo en cumplimiento de su mandato, concluyó la elaboración de un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en 1993, coincidiendo con el Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, que había sido proclamado por la Asamblea General.⁹ El proyecto de Declaración fue adoptado en 1994 por la Subcomisión y se presentó a la Comisión de Derechos Humanos, que estableció su propio Grupo de Trabajo en 1995 para revisarlo.¹⁰

El Grupo de Trabajo no solo elaboró el borrador de la Declaración, que sirvió de base para las discusiones con los gobiernos, sino que también logró una considerable reputación como un foro abierto al que los pueblos indígenas eran libres de llevar cuestiones de derechos humanos. Esta facilidad para dar visibilidad a los derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas contribuyó también al desarrollo de una plataforma política que identifica problemas y objetivos comunes y que se ha convertido en el medio por el cual este grupo tan diverso de todas las regiones ha sido capaz de promover sus intereses a nivel internacional.

⁸ Cf. Consejo Económico y Social, resolución 1982/34, 7 de mayo de 1982 (E/1982/34).

⁹ El proyecto de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobado por el Grupo de Trabajo está disponible en el Informe del Grupo de Trabajo, E/CN.4/Sub.2/1993/26.

¹⁰ Comisión de Derechos Humanos, resolución 1995/32.

Al comienzo de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, la crítica fue dirigida contra la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La OIT había sido la primera organización internacional en actuar sobre poblaciones indígenas y tribales en la década de 1920, poco después de su creación. En la década de 1950 un importante estudio llevó a la adopción del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (Nº 107). A pesar de proporcionar una fuerte protección de las tierras de los pueblos indígenas, el Convenio fue considerado como asimilacionista, ya que su objetivo final era la integración de los pueblos indígenas en sus respectivas sociedades nacionales y fue revisado debidamente. El Convenio 107 ha sido cerrado a la ratificación, pero sigue siendo vinculante para los Estados que lo ratificaron. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Nº 169) reemplazó al Convenio 107 y hasta la fecha ha sido ratificada por 22 Estados, en su mayoría de América Latina.

3. LA DECLARACIÓN

Tras la adopción de la Declaración por la Subcomisión, los debates dirigidos por los gobiernos bajo los auspicios de la Comisión de Derechos Humanos continuaron durante otros 11 años. El proyecto de Declaración fue adoptado por el Consejo de Derechos Humanos en su primer período de sesiones celebrado en junio de 2006 por 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.¹¹ En septiembre de 2007, la Declaración fue adoptada finalmente por la Asamblea General, con sólo cuatro Estados (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos de América) manifestando voto en contra.¹²

¹¹ Consejo de Derechos Humanos, resolución 2006/2 – Canadá y la Federación Rusa han votado contra la resolución.

¹² Asamblea General, resolución A/RES/66/142 de 17 de mayo de 2007. De América Latina el único estado a abstener fue Colombia. Desde ya, Australia, Canadá, Colombia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos han apoyado la Declaración.

La Declaración que fue elaborada en un periodo de 23 años, fue resultado de la insistencia de los pueblos indígenas por incluir artículos que respondieran a lo que ellos consideraban sus necesidades. Es uno de los pocos documentos jurídicos de la ONU que se ha elaborado en consulta con las víctimas de las vulneraciones de derechos humanos y con los que han de ser, por tanto, los beneficiarios del documento.

Representa una democratización de las Naciones Unidas en la elaboración de los tratados, precisamente porque sacó a la luz el proceso predominantemente no-transparente de negociaciones entre Estados. Además, los expertos y los gobiernos trabajaron sobre las propuestas presentadas y defendidas más tarde por los delegados indígenas. De hecho, el único artículo propuesto por los gobiernos es el artículo 46 de la versión final que fue aprobada por la Asamblea General, que tiene como finalidad la protección de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, principio presente en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Esto no quiere decir que la Declaración adoptada finalmente sea un documento indígena, ni mucho menos. Los textos que fueron aprobados en primer lugar por los expertos del Grupo de Trabajo en 1993, y luego por el Consejo de Derechos Humanos en 2006 y finalmente por la Asamblea General en 2007 constituyen el consenso que era aceptable para los expertos y las delegaciones gubernamentales. Es un documento que está muy por debajo de los derechos que muchas delegaciones indígenas querían, pero, sin embargo, se considera que representan un nivel mínimo. No obstante se puede decir que los pueblos indígenas tienen un fuerte sentido de propiedad con respecto a la Declaración - un hecho que contribuye a su compromiso de verla implementada a nivel nacional.

4. EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento internacional de derechos humanos con características distintivas. Es esencialmente un documento de protección de los derechos colectivos de un grupo.

En concreto, reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y tienen el derecho de vivir y desarrollarse como les conviene a sus tierras y recursos. La Declaración también es fundamentalmente un documento de protección de los pueblos indígenas contra la discriminación y hace un llamamiento a los gobiernos a tomar las medidas necesarias para asegurarse de que reciben el mismo trato que los demás miembros de la sociedad.

4.1. Derechos colectivos

Se observó con frecuencia en los debates de la Declaración que la eliminación de los pueblos indígenas de sus tierras ancestrales, la destrucción de sus prácticas sociales, económicas y culturales y su asimilación en la sociedad en general, efectivamente amenazaba su existencia continuada como pueblos distintos.

Los derechos contenidos en la Declaración, por lo tanto, tratan de proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas como un medio de asegurar su viabilidad como pueblos, reconociendo al mismo tiempo sus derechos individuales, que figura en el derecho internacional de los derechos humanos.¹³

A la elaboración de un instrumento de derechos colectivos se opusieron varios estados durante las negociaciones, en especial los Estados Unidos, Francia y Reino Unido. El argumento era, esencialmente, que a los pueblos indígenas no debían reconocérseles más derechos que a los demás ciudadanos, que los derechos humanos por su propia naturaleza son para el individuo y que, en cualquier caso, los pueblos indígenas no son pueblos como se entiende en el derecho internacional. Estos argumentos eran insostenibles y se entendió finalmente que los pueblos indígenas requieren protección de sus derechos colectivos, dada la naturaleza de sus sociedades y culturas.

¹³ La Declaración tiene solamente dos artículos relacionados con derechos individuales – artículos 6 y 44.

Se puede argumentar que los derechos colectivos de los pueblos indígenas son necesarios para proteger los derechos individuales de sus miembros. Esto se ilustra con mayor claridad en relación con las tierras y recursos de los pueblos indígenas que, según la costumbre, se utilizan basándose en la confianza de la comunidad en su potencial uso por las generaciones futuras. Mientras que en la mayoría de las culturas indígenas, hay prácticas que permiten el uso exclusivo de las personas, familias o clanes de determinados terrenos y recursos para el cultivo o cualquier otro uso, estos no pueden ser objeto de desposesión de los pueblos indígenas en su conjunto.

Uno de los actos jurídicos más destructivos de los Estados ha sido confirmar títulos individuales sobre la tierra indígena, lo que permite a las familias vender tierras a los extranjeros y por lo tanto reducir la base de las tierras comunales del grupo. Esto se hizo en los Estados Unidos con la Ley General de Distribución (General Allotment Act, 1887) que permite los derechos de propiedad individuales en las reservas indias. Políticas similares prevalecieron en Canadá privando de grandes extensiones de tierras a los Metis. Bajo la dictadura de Pinochet, la privatización de las tierras indígenas condujo a una pérdida significativa de territorio Mapuche de propiedad comunal.

4.2. Igualdad y no discriminación

Los pueblos indígenas sufren discriminación en la vida cotidiana y esto se manifiesta en los altos niveles de desempleo, ingresos más bajos que el promedio, nivel de educación inferior y una menor esperanza de vida y de acceso a los servicios de salud. La Declaración tiene por objeto hacer frente a esta realidad.

Establece que los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y que los individuos indígenas tienen derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos.¹⁴ La Declaración en varios lugares hace un llamamiento para que los Estados adopten medidas especiales para proteger los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio de la OIT N° 169 y los órganos de las Naciones Unidas han reconocido la necesidad de tales medidas para los

¹⁴ Artículo 2.

pueblos indígenas.¹⁵ Se ha sostenido que se requieren medidas especiales para los pueblos indígenas debido a su mayor vulnerabilidad, sus experiencias históricas de marginación y discriminación y el impacto desproporcionado que la continuación de violaciones de derechos humanos tienen sobre ellos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido específicamente que cuando la discriminación de un grupo en particular ha sido generalizada, los Estados deberían adoptar un enfoque sistemático para eliminar esa discriminación.¹⁶

La Declaración también llama la atención especial a la situación de las mujeres y los niños indígenas y exige que gocen de plena protección contra todas las formas de discriminación.¹⁷ En particular, todos los derechos contenidos en la Declaración deben ser disfrutados por igual entre hombres y mujeres indígenas. Es importante tener en cuenta que las políticas que discriminan a los pueblos indígenas pueden tener un impacto desproporcionado sobre las mujeres indígenas debido a su género.

4.3. La autodeterminación

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se refleja en la Declaración cuyo artículo 3 establece que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

El artículo está en consonancia con las disposiciones comunes del artículo 1 de los dos Pactos Internacionales de 1966 de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁵ Cf. OIT, Convenio 169, art. 4 (1) (2); Comité de Derechos Humanos, Comentario General 18 (Non-discriminación), 1989, para.10; Comité sobre la Eliminación de Discriminación Racial, Comentario General 32 (Medidas especiales), 2009, para.15.

¹⁶ Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 20 (Non-discriminación), 2009, para.12.

¹⁷ Artículo 22(2).

El derecho a la libre determinación es un derecho colectivo perteneciente a todos los miembros de una comunidad o nación indígena como grupo, y debe ejercerse de conformidad con los principios de justicia, democracia, respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y buena fe.¹⁸ El derecho a la libre determinación es universal, inalienable e indivisible. Mientras que todos los derechos de la Declaración se entiende que tienen la misma condición, el derecho a la libre determinación es visto como un derecho fundamental, sin el cual los demás derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto colectiva como individualmente, no pueden ser plenamente disfrutados.¹⁹

La Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4), así como el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, mientras que conservan su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (artículo 5). La Declaración también reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y sistemas judiciales o aduaneros, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). El artículo 14 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a establecer sus propios sistemas educativos. Los pueblos indígenas también pueden ejercer la libre determinación a través de la participación y su capacidad de influir en la legislación y los procesos de toma de decisiones del Estado.

En la práctica, existen numerosos ejemplos de estados que reconocen los órganos de decisión de los pueblos indígenas, si están bien establecidos, siendo el caso de la Comarca Kuna de San Blas en Panamá o los Parlamentos sami -más recientes- en Noruega, Suecia o Finlandia, que sirven como órganos consultivos. Algunos estados también tienen escaños reservados en el Parlamento, por ejemplo, en Nueva Zelanda, Colombia y Burundi.²⁰

¹⁸ Artículo 46 (3).

¹⁹ Cf. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de Brasil*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.2, (2009), para.22.

²⁰ Los Kuna de San Blas tienen reconocimiento de su autonomía desde los años 1920. Los

4.4. La participación y la consulta

El derecho internacional de derechos humanos se refiere al derecho a participar tanto en general como en formas específicas. La Declaración contiene más de 20 disposiciones que afirman el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones.

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la toma de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar su propia toma de decisiones instituciones indígenas (artículo 18).

La Declaración exige que los Estados celebren consultas y cooperen de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten (art. 19).

El Mecanismo de Expertos ha realizado un estudio sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones y ha emitido recomendaciones sobre el tema al Consejo de Derechos Humanos.²¹

La consulta con los pueblos indígenas es un proceso y no un evento único y los procedimientos mediante los cuales se llevan a cabo consultas dependerán de las circunstancias que requiera la consulta. En todos los casos, las consultas deben ser guiadas por el requisito general de la buena fe. Deben llevarse a cabo con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Como ha señalado el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, los principios rectores de la consulta están "destinados a construir un diálogo en el que tanto los Estados y los pueblos indígenas son llamados a trabajar

Parlamentos Sami existen en Noruega desde 1989, en Suecia desde 1993 y en Finlandia desde 1996. En Burundi, existe 6 sillas reservadas por los Batwa en el Parlamento.

²¹ Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2010, A/HRC/15/33.

de buena fe hacia el consenso y a tratar en serio de llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio".²²

4.5. El consentimiento libre, previo e informado

La Declaración de la ONU establece que las consultas con los pueblos indígenas deben llevarse a cabo "de buena fe... con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19).

Además, exige a los Estados cumplir con la norma del consentimiento libre, previo e informado antes de cualquiera de las siguientes acciones: el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios (artículo 10); el uso de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, incluyendo materiales biológicos, medicamentos y conocimientos tradicionales, obras de arte, la danza y el canto (artículo 11); la adopción de legislación, políticas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas (artículo 19); el almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (artículo 29); la realización de proyectos o decisiones que afecten a los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos, incluyendo la minería, el desarrollo y el uso de lugares sagrados (artículos 10, 11 y 32).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha hecho hincapié en la importancia de la participación de los representantes de los pueblos indígenas libremente elegidos en los procesos de negociación constitucional y recomendó el respeto del principio de consentimiento libre, previo e informado en las negociaciones.²³

Los órganos de seguimiento de los tratados también han pedido a los gobiernos que lleven a cabo consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afecten a sus derechos e intereses. A la luz de su Recomendación general N^o 23 (1997), el CEDR, por ejemplo, ha instado a los Estados a establecer mecanismos para implementar el derecho a la consulta de una manera respetuosa con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos y comunidades afectados y a asegurar que dichas consultas se llevan a cabo de manera sistemática y de buena fe. Además recomendó que las consultas efectivas se lleven a cabo en cada etapa del proceso con las comunidades que puedan verse afectadas por

²² *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, 2009, A/HRC/12/34, paras.46 - 53.

²³ Carta del Comité sobre la Eliminación de Discriminación Racial a Nepal de 13 de marzo 2009, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Nepal130309.pdf

proyectos de desarrollo y explotación de los recursos naturales, con el fin de obtener su consentimiento previo, libre, e informado, especialmente en el caso de los proyectos mineros.²⁴ El Comité de Derechos Humanos recomendó al Estado iniciar, antes de la construcción de proyectos hidroeléctricos, evaluaciones completas de impacto, así como amplias consultas con las comunidades afectadas, que implican oportunidades reales de exponer los puntos de vista y de influir en la toma de decisiones, y recomienda además que las empresas realicen evaluaciones, consultas, y la exposición pública completa de los impactos ambientales, de los impactos sobre los derechos relacionados con la salud humana, de sus actividades de negocio y de sus planes para hacer frente a estos impactos.²⁵ Si bien la obligación de consultar recae en los Estados, las empresas y otros actores privados también están obligados a respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas y tienen un papel importante que desempeñar para asegurar la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.²⁶

4.6. Tierras y recursos naturales

Alrededor de un tercio de los artículos de la Declaración se dedican a los derechos a las tierras, territorios y recursos que subrayan la importancia de la cuestión en las negociaciones.

La Declaración proporciona un amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos naturales, entre ellos:

- El derecho de fortalecer sus relaciones espirituales con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado (artículo 25);
- El derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que los pueblos indígenas

²⁴ México, CERD/C/MEX/Q/16-17, 4 de abril de 2012.

²⁵ Namibia, CRC/C/NAM/CO/2 – 3, 16 de octubre de 2012.

²⁶ Cf *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, 2010, A/HRC/15/37.

poseen en razón de la propiedad tradicional (artículo 26);

- El derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 28)
- El derecho a la conservación y protección del medio ambiente y la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos (artículo 29);
- El derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32).

Los recursos naturales de los pueblos indígenas son las tierras o recursos que los pueblos indígenas históricamente han ocupado o disfrutado de su propiedad, uso, posesión, control y derecho de disposición. Estos recursos pueden incluir los mares costeros y el hielo marino, el aire, así como la madera, los minerales, el petróleo y el gas, los recursos genéticos y cualquier otro recurso material existentes en las tierras y territorios indígenas.

El sistema interamericano de derechos humanos se ha pronunciado sobre la posesión de tierras indígenas en una serie de casos. Por ejemplo, la Corte señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de título escrito de la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.²⁷

La idea de que los pueblos indígenas puedan tener derechos, como el derecho a la propiedad, como derecho colectivo, es coherente con el principio de la no discriminación y el derecho a la cultura. La Corte Interamericana y la Comisión de Derechos

²⁷ El Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua, decisión de 13 de agosto de 2001, para. 151.

Humanos han afirmado en un buen número de casos que los pueblos indígenas tienen derechos colectivos de propiedad sobre las tierras y los recursos tradicionalmente utilizados. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoció los derechos colectivos a las tierras en el caso Endorois.²⁸

4.7. El desarrollo en respeto a su cultura e identidad

El concepto de desarrollo en respeto de su cultura e identidad reconoce que los pueblos indígenas puedan evaluar el bienestar de sus comunidades y el uso apropiado de sus tierras, territorios y recursos de una manera que es diferente de las comunidades no indígenas.

En muchos casos, el desarrollo nacional ha contribuido a la destrucción de los recursos naturales y de la autonomía indígena y a la pérdida de sus sistemas de conocimiento. Los pueblos indígenas también han encontrado problemas al tratar de mantener sus estrategias y prioridades sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, pues sus culturas e identidades son vistas como obstáculos para el progreso. El desarrollo en respeto a su cultura e identidad se caracteriza por un enfoque integral que busca construir sobre los derechos colectivos, la seguridad y un mayor control y la auto-gestión de las tierras, territorios y recursos.

La Declaración proporciona un marco normativo amplio para promover el desarrollo con respeto a su cultura e identidad en los artículos 3 y 32. El artículo 32, en particular, señala que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propio desarrollo y elaborar sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo o uso de sus tierras y recursos. Intrínseco al ejercicio de la libre determinación es el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propias instituciones representativas y que esas instituciones sean respetadas y consultadas por los Estados y las empresas. El conocimiento tradicional y el lenguaje son elementos clave en el desarrollo en respeto a su cultura e identidad y a los intereses de

²⁸ Comisión Africana, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International por la comunidad Endorois v Kenya, 276/3003 de 4 de febrero de 2010.

los pueblos indígenas. Los conocimientos y la experiencia deben estar en el centro de metodologías cuando se construye el conocimiento sobre los pueblos indígenas.²⁹

5. ESTATUS JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN

La Declaración fue adoptada mediante la resolución 61/295 de la Asamblea General de la ONU. A diferencia de los tratados o convenciones, las declaraciones no crean obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados. Sin embargo, la Declaración refleja y se basa en las normas de derechos humanos de aplicación general, interpretadas y aplicadas por las Naciones Unidas y los organismos regionales en virtud de tratados, así como en las normas propuestas por el Convenio N° 169.

Se argumenta que la Declaración no otorga a los pueblos indígenas una serie de derechos humanos especiales o nuevos. Los estándares afirmados en la Declaración tienen un carácter esencialmente correctivo, tratan de poner remedio a los obstáculos sistémicos y la discriminación a que los pueblos indígenas se han enfrentado en el disfrute de sus derechos humanos básicos. Desde esta perspectiva, las normas de la Declaración conectan con las obligaciones vigentes de los Estados en virtud de otros instrumentos de derechos humanos.³⁰

Como se ha indicado anteriormente, los derechos de los pueblos indígenas se basan en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) son particularmente relevantes para los pueblos indígenas. Los órganos de los tratados proporcionan interpretaciones generales de los derechos y la aplicación de las convenciones de derechos humanos, que pueden aplicarse a los pueblos indígenas en sus informes y recomendaciones.

El Comité de los Derechos del Niño, por ejemplo, ha adoptado una observación general sobre los derechos de los niños

²⁹ Las Constituciones de Bolivia y Ecuador identifican modelos de desarrollo alrededor del concepto de buen vivir.

³⁰ Cf Informe del Relator Especial, James Anaya, (2010), A/HRC/15/37, para.82.

indígenas e hizo referencia a la Declaración de la ONU en su examen de los informes estatales.³¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha hecho referencia al artículo 1 en relación con el goce efectivo de los pueblos indígenas de sus derechos a las tierras ancestrales y recursos naturales. El Comité aprobó un comentario general sobre la no discriminación en relación con los derechos económicos, sociales y culturales que es relevante para los pueblos indígenas.³² También adoptó un comentario general sobre el derecho a participar en la vida cultural que contienen muchos textos sobre los pueblos indígenas y afirmó que los derechos reconocidos en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³³ tienen que ver con el mismo derecho territorial a la identidad cultural, utilizando el lenguaje de la Declaración sobre el derecho de los pueblos indígenas a poseer y controlar sus tierras, territorios y recursos, y hace hincapié en que los Estados deben respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todas las cuestiones que afectan a sus derechos.

La Declaración es ahora apoyada universalmente. En el momento de su adopción, la Declaración fue respaldada por la mayoría de los Estados, con sólo cuatro votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones. Los cuatro Estados que votaron en contra de la Declaración han dado marcha atrás en su posición para indicar su apoyo a la misma. Colombia, el único país de América Latina que se abstuviera en su día también ha dado ya su apoyo. Esto sugiere un consenso internacional sobre la expresión normativa de los derechos de los pueblos indígenas en una forma coherente con las normas internacionales de derechos humanos. La constante referencia a la Declaración en el proceso del Examen Periódico Universal es el testimonio de ese consenso internacional.

Por último, las reuniones sobre la Declaración cuentan con la participación de miles de delegaciones gubernamentales e indígenas y con numerosos expertos, lo que ha significado que, al menos entre los propios pueblos indígenas, hay un sentido de propiedad del documento y la convicción de que se ha forjado a través de un proceso legítimo de negociación.

³¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 11, 2009.

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 20, (No discriminación), 2009.

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 21, 2009.

6. MECANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Como se ha señalado anteriormente, el primer órgano de las Naciones Unidas en tratar exclusivamente asuntos de los pueblos indígenas fue el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.

El Grupo de Trabajo se reunió a partir de 1982 y hasta 2006, cuando fue abolido como parte de la reforma del sistema de derechos humanos. En ese tiempo fue considerado como el mecanismo principal para los pueblos indígenas, y contribuyó a numerosos estudios y reuniones de expertos que ayudaron a crear una mayor comprensión de las cuestiones clave. Propuso iniciativas a los órganos principales, incluyendo la propuesta de proclamar un Año Internacional de las Poblaciones Indígenas (eventualmente celebrado en 1993) y un Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, para ayudar a los pueblos indígenas con viajes a las reuniones pertinentes de las Naciones Unidas.³⁴ Este último fue creado en 1985 y sigue recaudando fondos para ayudar a los representantes indígenas que asisten a sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Una década después de la creación del Grupo de Trabajo, los pueblos indígenas ya habían comenzado a elevar su perfil internacional.

La presencia de grandes delegaciones de los pueblos indígenas en dos conferencias más importantes del mundo - La Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992) y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) - garantiza su inclusión en las recomendaciones resultantes. En el caso de la Conferencia de Río, el Convenio sobre la Diversidad Biológica que fue aprobado en esa ocasión incluyó referencias a las comunidades indígenas. En la Conferencia de Viena, los pueblos indígenas se vieron recompensados con una serie de recomendaciones, entre ellas la propuesta de que la Asamblea General proclamara un decenio internacional de los

³⁴ Más información sobre el Fondo Voluntario está disponible en el sitio web del Alto Comisionado de Derechos Humanos

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/FondoPIndigenas/Paginas/Fondopoblacionesindigenas.aspx>

pueblos indígenas del mundo (finalmente aprobado para 1995 a 2004), considerase la posibilidad de un foro permanente para las cuestiones indígenas y reforzara la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

6.1. Relator Especial

La exposición pública de violaciones de derechos humanos en el Grupo de Trabajo llevó a los gobiernos a buscar formas más convencionales de canalizar quejas y reducir la presión sobre ellos en estas sesiones anuales. La decisión de crear un relator especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, se discutió por primera vez en 2000 y finalmente fue confirmado en 2001, y fue defendido por dos gobiernos de América Latina - México y Guatemala - ambos conocidos por su mal trato de los pueblos indígenas en el país. Tal vez los modestos cambios democráticos en ambos países estimularon el deseo de mejorar su imagen internacional. En cualquier caso la Comisión de Derechos Humanos adoptó la decisión de nombrar un relator especial.

Los relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos -ahora del Consejo de Derechos Humanos- tienen la obligación de recibir las denuncias de violaciones de derechos humanos y se comunican con los gobiernos para tratar de acabar con ellos. Se realizan visitas oficiales a los países a invitación de los gobiernos y se presentan recomendaciones para la mejora de los derechos humanos tanto para el Estado en cuestión y como para el Consejo, así como se investigan algunos temas de interés, compartiendo sus hallazgos con los gobiernos.

El hecho de que los pueblos indígenas tengan una persona dedicada a transmitir sus preocupaciones a los gobiernos en los casos de presuntas violaciones de los derechos humanos es, sin duda, un avance sobre la situación que prevalece en el GTPI que reiteradamente ha venido señalando que carece de mandato para actuar sobre los estados a pesar de la gravedad de los abusos. A diferencia de los comités que supervisan los tratados de derechos humanos, los relatores tienen una flexibilidad considerable en la promoción de los derechos que no pueden ser claramente definidos. El Relator Especial que ocupó este cargo antes de la adopción de la Declaración era capaz de reconocer derechos sobre la tierra, sobre la base de que estos eran derechos que emergían

como un consenso internacional y regional.³⁵ El actual titular ha conseguido transformar el mandato para que pueda ser capaz de jugar un papel de arbitraje entre Estados y pueblos indígenas, sobre la base de los artículos de la Declaración que han sido aprobados por todos los Estados miembros de la ONU, y de ese modo contribuir potencialmente a la resolución pacífica del conflicto.

El segundo comentario sirve para destacar las limitaciones del Relator Especial. La eficacia del mandato depende de la voluntad de los Estados para aplicar las conclusiones y recomendaciones hechas para combatir la discriminación y las desventajas de los pueblos indígenas, en particular en relación con las propuestas que hace en sus informes.

Es evidente que los Estados democráticos pueden ser tan desafiantes como los países donde el régimen político presta poca atención a los procesos participativos o a cualquier crítica hecha por la comunidad internacional. En el caso de la visita oficial del Relator a Nueva Zelanda en 2005, por ejemplo, el gobierno rechazó sus recomendaciones y consideró que se habían desarrollado mecanismos de consulta para los Maorís, una legislación progresista e instituciones de derechos humanos muy respetadas y que había varias personas indígenas en posiciones de alto nivel.³⁶ En otro ejemplo, relativo a la construcción de una instalación hidroeléctrica que afecta al Ngobe Bugle en Panamá, el gobierno argumentó que su política energética es conforme con los esfuerzos mundiales para combatir el cambio climático y que la energía generada fue destinada a desarrollar la industria, puestos de trabajo y a elevar el nivel de vida.³⁷ La efectiva aplicación de las recomendaciones viables para la mejora, es la prueba de que el Relator Especial o cualquier otro de los mecanismos de garantía de derechos humanos de la ONU funcionan, y, a este respecto, “el jurado aún está deliberando”.

³⁵ El primer Relator Especial era Rodolfo Stavenhagen (México) entre 2001 y 2007. El mandato del segundo Relator James Anaya (Estados Unidos) comenzó en 2008 y termina en 2013.

³⁶ *Informe del Relator Especial*, E/CN.4/2006/78/Add.3 (2006).

³⁷ *Informe del Relator Especial*, A/HRC/12/34/Add.5 (2009).

6.2. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

La recomendación hecha por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 para considerar el posible establecimiento de un foro permanente para los pueblos indígenas fue impulsado, del lado de los pueblos indígenas al menos, por el deseo de tener un mejor y más directo acceso a los órganos de las Naciones Unidas de más alto nivel y por lo tanto de estar más cerca de la toma de decisiones.³⁸

Después de doce años del Grupo de Trabajo, los representantes indígenas también querían jugar un papel más activo, preferiblemente como miembros y no como observadores. Las discusiones sobre el nuevo órgano propuesto no fueron fáciles. Si bien es una propuesta promovida principalmente por Dinamarca, que la plantea como el futuro de los pueblos indígenas en las Naciones Unidas, muchos estados eran indiferentes, o pensaban que el GTPI ya era suficiente, o se opusieron violentamente, como Bangladesh, la India y los Estados Unidos. Incluso los pueblos indígenas en algunas regiones no estaban convencidos de la bondad de la recomendación, por temor a un complot para privarlos del GTPI que les había servido bien hasta la fecha.

En un seminario celebrado en Copenhague en 1995, en relación con el foro propuesto, se concitó una fuerte oposición de varios países de Asia, aunque se concluyó con un gesto de aceptación a regañadientes a continuar las discusiones. Una nueva reunión en Santiago de Chile, en 1997, consiguió el apoyo de muchos de los estados latinoamericanos. Otras dos reuniones organizadas por la Comisión de Derechos Humanos en 1999 y 2000, precedidas de un informe del Secretario General que parecía indicar el valor de un nuevo órgano destinado a promover las cuestiones indígenas, llevaron a la decisión de la Comisión y Consejo Económico y Social de crear el Foro Permanente para las Cuestiones indígenas, que celebró su primera reunión en Nueva

³⁸ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993, A/CONF/157/23, paras 23 – 32.

York en 2002, un año después de la inauguración del mandato del Relator Especial sobre los pueblos indígenas.³⁹

El Foro Permanente, tal como surgió de las discusiones, se creó como un órgano asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar todas las cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas, incluyendo el desarrollo, la educación, la cultura, la salud y los derechos humanos, y de contribuir a la coordinación de las agencias de la ONU y organizaciones en relación con los pueblos indígenas. Se acordó que el número de miembros sería de 16 expertos independientes, ocho elegidos por los gobiernos y ocho elegidos por el Presidente del Consejo Económico y Social sobre la base de una lista de candidatos presentados por los propios pueblos indígenas.⁴⁰

La primera sesión del Foro Permanente, en 2002, fue un triunfo. Veinte años después de que los pueblos indígenas comenzaran su paso por la ONU, se había logrado lo que otros actores de la sociedad civil sólo podían envidiar - un organismo de alto nivel para discutir sus preocupaciones, una membresía dominada por sus propios representantes y una alta visibilidad en la Sede de las Naciones Unidas. Ahora, diez años después, el órgano se constituye como la institución por excelencia para las cuestiones indígenas y atrae en su período de sesiones anual de dos semanas a más de un millar de participantes, ofreciendo un espacio de debate sobre todos los temas de relevancia: cambio climático, objetivos de desarrollo del milenio, impacto de las industrias extractivas, tierra y derechos sobre los recursos, etc.

El mandato del Foro está principalmente encaminado a colaborar con los organismos de las Naciones Unidas, en particular los que están en funcionamiento en el plano nacional para dar prioridad a los pueblos indígenas en sus programas y hacer que participen en su elaboración y ejecución. En general, los estados apoyan el Foro, y lo hacen probablemente por una buena razón: su enfoque está dirigido a la dirección y al personal de las agencias de la ONU. Es decir los gobiernos no son objeto de examen, sólo quienes ejecutan los programas de la ONU y sus agencias. Sin embargo, pocos negarán que el Foro es un espacio nuevo y enérgico que los pueblos indígenas poseen para exponer sus inquietudes y formado en gran parte por miembros pertenecientes a sus propias comunidades.

³⁹ Por la historia del proceso de negociaciones sobre el Foro Permanente ver International Work Group on Indigenous Affairs, *The Permanent Forum on Indigenous Issues*, 2003.

⁴⁰ Ver resolución 2002/22 del Consejo Económico y Social.

6.3. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el año 2002 el establecimiento del Relator Especial y el Foro Permanente pone en tela de juicio el valor de mantener el GTPI. El proyecto de declaración estaba siendo tratado por los gobiernos, el Relator Especial podría actuar sobre las denuncias de violaciones de derechos humanos y el Foro sería capaz de discutir todos los asuntos de importancia para los pueblos indígenas. Además, los expertos indígenas son ahora la mayoría del número de miembros del Foro de 16 personas. El Grupo de Trabajo, ante el cambio de enfoque, trató de adaptarse a la presión por ser más inclusivo, sin embargo, su naturaleza como órgano integrado exclusivamente por expertos no indígenas ya no respondía a las necesidades de los tiempos. Después de 25 años de servicio a la causa indígena y de haber sido muchas veces la piedra en el zapato de los gobiernos, fue suprimido en 2006 como parte de la reorganización de las instituciones de derechos humanos de la ONU.

En la nueva configuración, el Consejo de Derechos Humanos depende directamente de la Asamblea General. Muchos de los órganos preexistentes se mantuvieron en una forma u otra - un comité asesor de expertos, los relatores especiales - y hubo innovaciones, entre las que destacan el Examen Periódico Universal de los países en temas de derechos humanos.

Después de alguna resistencia inicial, el nuevo Consejo estableció el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, muy en la línea del Grupo de Trabajo, integrado por cinco expertos, aunque ahora se trata sólo de expertos indígenas. Desarrolla una sesión anual de una semana completamente abierta a cualquier representación indígena.

Su mandato se limita estrictamente a la elaboración de estudios temáticos, y cuando lo solicite el Consejo.⁴¹ Ya no conocerá, por tanto, denuncias públicas contra los gobiernos planteadas por representantes de las comunidades indígenas.

El Mecanismo de Expertos recibió como primera tarea por el Consejo en su reunión de 2008, la preparación de un estudio sobre los pueblos indígenas y la educación. Desde entonces se han

⁴¹ Resolución del Consejo de Derechos Humanos 6/36 de 14 de diciembre de 2007.

presentado documentos sobre la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y los idiomas y la cultura, y más recientemente sobre el acceso a la justicia. (Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas de 2009 y 2011).

No está clara la contribución del Mecanismo de Expertos al avance de la causa de los pueblos indígenas. Si bien los estudios son adecuados, añaden poco a la información y el análisis que generalmente se conoce. El Mecanismo no ha definido su objetivo primordial, ni ha explotado el único punto de presión que tiene como foro integrado por expertos indígenas con acceso directo a los gobiernos en el Consejo de Derechos Humanos. Dicho esto, las instituciones de la ONU se desarrollan lentamente y sin duda hay expectativa de que el Mecanismo de expertos pueda definirse a sí mismo y contribuir a lo que sigue siendo una presencia efectiva indígena en las Naciones Unidas.

7. CONCLUSIÓN

En 2014, la Asamblea General será anfitrión de una Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas. A pesar de que su título es quizás más grande que la reunión de un día en la que realmente se llevará a cabo, ofrece una oportunidad para evaluar más de tres décadas de participación de los pueblos indígenas en las Naciones Unidas. El 2014 es también el año de la celebración del Segundo Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (2005 - 2014) que renovó los esfuerzos del sistema de las Naciones Unidas para lograr una mejora de las vidas de los pueblos indígenas, reconocidos como uno de los colectivos de los más marginados de la sociedad.

No puede por más que existir una cierta autosatisfacción entre los pueblos indígenas que han estado activos a nivel internacional en los últimos años por las adaptaciones institucionales que la ONU ha hecho para acomodarse a ellos, así como por el importante reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas realizado a través de la adopción de la Declaración. Y la Conferencia será expresión de tal autosatisfacción.

Además la Conferencia Mundial de los pueblos indígenas tendrá representación de los órganos de alto nivel de UN, como

son el Foro Permanente, el Mecanismo de Expertos y la Junta de Síndicos del Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas y el Relator Especial, quien también es una persona indígena. En la reunión también tendrán cabida delegados indígenas y activistas no indígenas que celebrarán lo que es sin duda un logro.

Pero sería lamentable si no se encuentra también en ese foro un momento para la autocrítica entre los pueblos indígenas presentes, e incluso entre los estados que han asumido el liderazgo de la cuestión en los últimos años.

¿Han mejorado las condiciones de los pueblos indígenas significativamente en los últimos años? ¿Son los cambios normativos e institucionales que han tenido lugar en Naciones Unidas tan importantes para las comunidades, la mayoría de las cuales son poco conscientes de ellos o de las acciones de un grupo relativamente pequeño de los representantes indígenas en las Naciones Unidas? ¿Valen la pena el despliegue, la fanfarria y la pompa, y los viajes internacionales, y los gastos generosos que fomentan la creación de una especie de élite indígena cada vez más distanciado de la vida de los pueblos indígenas en sus comunidades? ¿Para un verdadero cambio se produzca tiene el activismo indígena que alejarse de la escena internacional y volver al trabajo para la implementación de medidas tanto a nivel nacional como a nivel local? ¿Y no es el éxito internacional de los pueblos indígenas algo que lo diferencia y que puede socavar la solidaridad con otros grupos socialmente desfavorecidos en búsqueda de la justicia?

Después de 30 años en las Naciones Unidas, hay tantas preguntas por resolver como había cuando los pueblos indígenas comenzaron su viaje a través del sistema internacional.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Librotecnia, Chile, 2007
- ÁVILA ORDOÑEZ, MARÍA PAZ Y CORREDORES LEDESMA, MARÍA BELÉN (eds.), *LOS derechos colectivos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009

BENGOA, JOSÉ, La emergencia indígena en América Latina, Fondo de Cultura Económica, 2000

GÓMEZ ISA, FELIPE Y ARDANAZ IRIANE, SUSANA (eds.), La plasmación política de la diversidad: autonomía y participación política indígena en América Latina, Universidad de Deusto, España, 2011

LÓPEZ GARCÍA. JULIÁN Y GUTIÉRREZ ESTÉVEZ, MANUEL (eds.), América Indígena ante el siglo XXI, Fundación Carolina, Madrid 2009

Los informes del Relator especial sobre pueblos indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas están disponibles en el sitio web de la Oficina del Alta Comisionado de derechos humanos (www.ohchr.org).

El Grupo de trabajo internacional sobre asuntos indígenas, una organización no-gubernamental, también tiene documentación, información y videos sobre los derechos de los pueblos indígenas en castellano: www.iwgia.org/esp

10

MOVIMIENTOS, PUEBLOS Y CIUDADANÍAS INDÍGENAS: *INSCRIPCIONES* CONSTITUCIONALES Y DERECHOS ÉTNICOS EN LATINOAMÉRICA¹

Jane Felipe Beltrão
Assis da Costa Oliveira
Universidad Federal de Pará

1. CIUDADANÍA INDÍGENA: ESPACIO DE IN/CONSTITUCIÓN DE MARCADORES SOCIALES

En las últimas décadas, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay han modificado las normas nacionales para incluir instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento de la diversidad cultural*². Estos se encontraban presionados por el protagonismo indígena que creció en el continente, desde los años 70 del siglo pasado, cuando las manifestaciones a favor de los derechos indígenas eran formuladas por aliados de los movimientos indígenas*, debido a las condiciones políticas de excepción vividas por Latinoamérica, donde golpes militares acabaron con dirigentes legítimamente elegidos e instauraron regímenes dictatoriales.

Diversidad cultural, ¿cómo se entiende en su país? ¿Qué consideración se les da a los grupos étnicos en su país?

Identifique cómo los pueblos indígenas se organizan en su país. ¿Qué demandas presentan los **movimientos indígenas**?

¹ Se puede consultar una primera versión de las ideas que aquí se presentan en: BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. "Povos Indígenas e Cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina", Revista de Antropologia (USP. Impreso), v. 53, 2010, pp. 716-744.

² El asterisco remite a la importancia del término y a las guías para profesores y estudiantes, pues deben ser utilizados de forma correcta en argumentaciones sobre derechos indígenas.

Entre graves situaciones, en 1964 João Goulart, presidente de Brasil, fue derrocado por los militares que permanecieron en el poder hasta 1985. En Argentina, en 1966, los militares dieron un golpe al gobierno del presidente Arturo Illia y gobernaron el país con mano de hierro durante siete años. En 1973, Salvador Allende fue derrocado por un golpe militar y Chile vivió la más sanguinaria dictadura de las Américas.

En aquella época, los antropólogos que trabajaban hace algún tiempo entre los pueblos indígenas³ y el Consejo Mundial de

Pueblos indígenas, ¿qué son? ¿Cómo viven? En su país, ¿qué derechos políticos tienen?

Etnocidio, ¿hay casos de grupos étnicos en su país que hayan sido forzados, debido a la colonización, a abandonar sus tradiciones culturales?

¿Hay acontecimientos registrados de **genocidio** en el país que usted vive? ¿Cuáles? ¿Qué acciones de los colonizadores y del Estado pueden ser llamadas etnocidio? Considere también **atrocidades en masa, crímenes contra la humanidad y limpieza étnica**.

Iglesias a través del programa de *Combate al Racismo*, denunciaron a partir de informes científicos y experiencia personal el etnocidio* y el genocidio* de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Algunos documentos, elaborados y divulgados entre los años 70 y 80 del siglo XX, merecen ser destacados dada su importancia en el contexto social latinoamericano: la *Declaración sobre Etnocidio* (1970) divulgada durante el *Congreso de los Americanistas* realizado en Lima (Perú); la *Declaración de Barbados* (1971); en 1973, sale a la luz *Y-Juca-Pirama o índio: aquele que deve morrer*, documento sobre la situación de los

pueblos indígenas en Brasil;⁴ en 1974, se divulgaron los *Acuerdos de Chiapas* en México y el testimonio de Simeón Jiménez Turón,

³ «... se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación.» (Stavenhagen, 2011: 25.)

⁴ Sobre el asunto, consultar: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de & FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A Presença Indígena na Formação do Brasil*. Vol. 2. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponible en <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>

líder yekuana, llamado *Algunas Reflexiones sobre la lucha del Indígena Americano*.⁵

En los documentos y testimonios las cuestiones más candentes son: (1) violación de los Derechos Humanos (especialmente, por el ultraje a mujeres y niños en diversas formas); (2) la invasión “gradual” y el despojo de las tierras indígenas (invasión, saqueo, robo, ventas ilegales); (3) el etnocidio y el genocidio arrolladores, que produjeron una “muerte cultural” y la destrucción de valores bajo la égida de la “pacificación”*, transformación e imposición de valores hegemónicos; (4) el exterminio físico mediante la extinción física, biológica de las sociedades indígenas por enfermedades y epidemias provocadas intencionadamente o no; y (5) el ultraje a los Derechos Humanos, mediante la legislación de excepción, impidiendo que los movimientos sociales busquen apoyo en documentos internacionales o que hagan denuncias sistemáticas contra los acontecimientos.

Pacificación es el proceso de aproximación de los pueblos indígenas, conocido por el cerco que se produjo en torno de los grupos diferenciados y la acción. No tiene que ver con la paz por lo menos en Brasil, donde se acuña el término. ¿Cómo se desarrolla este movimiento en su país de origen?

Los años 70 y 80 del siglo pasado, corresponden a la “supremacía” de manifiestos, infrascritos y testimonios, como forma de denunciar, protestar, y llamar la atención de las autoridades internacionales, ya que dentro de los diversos países no se conseguía nada, especialmente en el Cono Sur.

En el momento de dicha integración nacional, en Brasil contaban con una red vial que amenazaba los territorios indígenas para “rellenar” los espacios supuestamente “vacíos” en la Amazonia. Entre los muchos emprendimientos tenemos: Belém-Brasilia; BR 80; Manaus-Caracará; Perimetral Norte, entre tantas vías y carreteras, agravando las situaciones coloniales internas, culminando con la construcción de la Transamazónica (BR 230) que divide Brasil de oriente a occidente permitiendo el libre acceso

⁵ Cfr. COLOMBRES, Adolfo (org.). *Por la liberación del indígena*. Buenos Aires, Ediciones del Sol S/A, 1975; SUESS, Paulo. *Em defesa dos Povos Indígenas – documentos e legislação*. São Paulo, Loyola, 1980; BEOZZO, José Oscar. *Leis e Regimentos das missões – política indigenista no Brasil*. São Paulo, Loyola, 1983. Esta es una representación de la diversidad de declaraciones, en sentido cronológico y acceso a los comentarios críticos sobre documentos y testimonios.

a territorios, hasta entonces poco accesibles, y permitiendo el acceso a países vecinos en la parte occidental de la Amazonia.

Considerando la posibilidad de *sembrar la memoria para que no crezca el olvido* a partir del movimiento de las *Madres de la Plaza de Mayo*, en Argentina, se reproduce abajo un fragmento de texto escrito por Pedro Miguel y dirigido al general Augusto Pinochet Ugarte.

Nada personal... le deseo sinceramente un juicio justo, apegado a derecho y, en la medida de lo posible, un calabozo limpio, cómodo y digno. Ojalá que nadie lo golpee, General, que nadie lo humille. Que no le confisquen su casa ni su auto ni le destruyan su biblioteca. Que no le venden los ojos ni lo tiren al suelo para darle patadas y culatazos. Que no lo cuelguen de los pulgares, ni le administren descargas eléctricas en los testículos, que no le arranquen la lengua, que no le hundan la cara en una pila de agua y vómito ni lo asfixien metiéndole la cabeza en una bolsa de plástico, que no le revienten los globos oculares, que no le quiebren los huesos de las manos, que no le introduzcan ratas hambrientas por el ano, que no lo violen, ni lo mutilen, ni lo hagan volar a pedazos con una carga explosiva, que no disuelvan su entierro a macanazos, que no secuestren a sus hermanos ni les arranquen los pezones a sus hijas. Es decir, General, ojalá que no le hagan nada de lo que sus subordinados hicieron, bajo las órdenes y la responsabilidad de usted, a miles de chilenos y chilenas y a muchos otros ciudadanos de Argentina, de España, de Francia, de Alemania, de Suecia... No. Que le organicen un juicio justo y que le preparen una celda limpia y cómoda en la que pueda pasar sus últimos años sin padecer frío ni hambre. No es nada personal. Es que si eso se consigue, general Augusto Pinochet Ugarte, la humanidad habrá dado un gran paso hacia el reencuentro consigo misma.

Emancipación, en Brasil, durante los *años de plomo*, el Estado pretendió «emancipar» la rebeldía de los pueblos indígenas, para verse «libre» de las obligaciones relativas a la diversidad. Identifique situaciones semejantes.

Violación, en este caso, se refiere a la violación de los derechos étnicos. ¿Conoce casos de violación en el país donde nació? ¿Cuáles? ¿Se han solucionado?

Colectividades, colectivos y comunidades, son denominaciones ofrecidas a los pueblos indígenas localizados en determinados territorios. ¿Conoce otras denominaciones?

Los años anteriores hicieron posible el crecimiento de los movimientos indígenas en Latinoamérica y permitieron la lucha por la in/constitución ciudadana de los pueblos indígenas. Esto implica la incorporación de marcadores sociales de diferenciación como conceptos jurídicos impresos en la legislación, especialmente en el plano constitucional. Estos conceptos revelan maneras de producir y presentar el discurso sobre la diversidad cultural, definiendo las condiciones de posibilidad de utilización de los derechos para la emancipación* o violación* de las colectividades* indígenas.

Esto sucede porque no siempre la noción de ciudadanía* adoptada incluye el reconocimiento del derecho de diferenciación legítimo. Un derecho que garantice la igualdad de condiciones constituyentes de nuevos campos sociales y políticos, los cuales permitan a su vez a los pueblos indígenas, ser ciudadanos plenos sin dejar de ser miembros igualmente plenos de sus respectivas sociedades. La situación es particularmente difícil cuanto más nos aproximamos al límite de las fronteras nacionales que se vuelven inconvenientes y comprometen la libre autonomía de los pueblos indígenas.

Ciudadanía, piense en el asunto de forma plural. Intente comprender también **dobles ciudadanía**, **etnociudadanía**, **ciudadanía multicultural**, entre otras.

La ciudadanía, como conjunto de derechos legitimados por determinada comunidad política, encuentra limitaciones que no favorecen a los pueblos indígenas. Estas limitaciones, a veces, hacen surgir conflictos entre indígenas y no indígenas relativas a las interpretaciones que comprometen los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esto sucede, siempre que la ciudadanía se guíe por los valores liberales del nacionalismo –de derechos y deberes comunes de determinados individuos que comparten (supuestamente) los mismos símbolos y valores nacionales– y la soberanía estatal –de apropiación del tiempo y del territorio a los dictámenes del poder central del Estado, fruto de la reivindicación de la soberanía como instrumento de unificación del tiempo-espacio y control sobre los distintos grupos sociales.

Mientras, las constituciones boliviana y ecuatoriana, en contraposición con las constituciones argentina, brasileña, colombiana, chilena, paraguaya, peruana y uruguaya, no solo dejan explícita la posibilidad del pluralismo jurídico*, sino que indican cómo hacer posible la existencia, de hecho, de un estado plural. Un estado en el que la incorporación de los marcadores sociales de la ciudadanía sea estructurada por la efectiva inclusión de voces que jamás fueron escuchadas, no como disonantes pero tan importantes como aquellas que siempre estuvieron presentes. Esto acaba por garantizar la revitalización de la propia noción de ciudadanía, o mejor, de las ciudadanías que puedan coexistir en un mismo espacio político-territorial.

El análisis de la noción de ciudadanía presente en las cartas nacionales de los estados latinoamericanos, verificando los espacios de sintonía y de conflicto con la libre determinación*, es altamente necesario en los límites de la frontera entre Brasil y los países vecinos, pues los territorios indígenas tradicionalmente desconocen las líneas geopolíticas de uno u otro estado nacional.

2. PANORAMAS DEL CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL LATINOAMERICANO

El fenómeno latinoamericano denominado movimiento de constitucionalismo multicultural (Gregor Barie, 2003) representa un panorama histórico abierto a partir de la segunda mitad de la década de los 80, cuando las reivindicaciones políticas y las movilizaciones sociales de los pueblos indígenas encontraron (o forzaron el encuentro) espacios institucionales, en los que el protagonismo de las organizaciones y líderes indígenas (junto con aliados no indígenas estratégicos), pudo reordenar las relaciones de poder hasta entonces existentes. Así, se podían aprovechar las diversas situaciones de reformas o creaciones de constituciones y de ese modo garantizar la incorporación de las reivindicaciones en los derechos constitucionales.

De esta forma, se define el discurso constitucional como un lenguaje en disputa de significado, y por tanto, de instrumentalización por los pueblos indígenas para modificar el papel del Estado, de la sociedad y del mercado en las relaciones establecidas con las colectividades indígenas. Tal situación se encuadra en un contexto más amplio de cambios socio-institucionales ocurridos en la década de los 80, cuyas principales referencias son: (1) la coyuntura proporcionada por los procesos de redemocratización de los países en contextos de dictadura militar o guerra civil, (2) el aumento de la participación política; (3) el incremento de las condiciones socioeconómicas ante la llegada del pacto neoliberal; y, (4) el desarrollo de sujetos sociales como fuentes de legitimación del *locus* sociopolítico y de la constitución emergente de derechos de las identidades colectivas.

El avance político provocado por la formación de los movimientos y las organizaciones indígenas además de la instrumentalización de tratados internacionales de Derechos

Humanos – *Convenio n.º. 169*⁶ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989, y, más recientemente, de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas*⁷ de 2007 – hicieron presión en el silencio colonialista de algunas constituciones latinoamericanas. Todo esto se produjo frente a la histórica exclusión del derecho a la diferencia y bajo la égida del discurso de afirmación del pluralismo jurídico, autonomía y sostenibilidad, que estaban centrados en el derecho al ejercicio diferenciado de los derechos que encontraron en la idea de “ciudadanía multicultural”⁸ (Santos, 2003; Yrigoyen Fajado, 2009); el espacio de lucha por la articulación y potenciación mutua del reconocimiento y de la redistribución; de la crítica al carácter etnocéntrico de la ciudadanía liberal y soberanía de la política estatal; de la superación formal del principio de tutela por la instrumentalización local, nacional e internacional de la categoría “indígena”, como identidad política simbólica que articula, visibiliza y acentúa las identidades étnicas (Luciano, 2006) y el panindigenismo*.

Panindigenismo, ¿cómo se expresa este movimiento en su lugar de origen?

Así, una nueva forma de entender y llevar a la práctica los derechos de los pueblos indígenas, emerge con la promulgación de la constitución guatemalteca en 1986, considerada la primera constitución multicultural latinoamericana.⁹ Desde entonces, 16 de

⁶ En la web de OIT-Escritório no Brasil, <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>, además del documento oficial en portugués es posible leer el documento en lengua Ticuna, Terena y Guaraní Kaiowá; y escucharlo en Terena y Guaraní Kaiowá.

⁷ En la web ONU no Brasil <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> se encuentra la Guía de orientação das Nações Unidas no Brasil para denúncias de discriminação étnico-racial, instrumento interesante para conocer los procedimientos a nivel nacional e internacional. También se añade un documento que contiene un conjunto de preguntas y respuestas para reflexionar sobre el texto original: http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf

⁸ La idea guarda relación con las cuestiones de Marcelo Beckhausen (s/d) sobre etnociudadanía*, que se refiere a las garantías constitucionales que acogen las reivindicaciones de los movimientos indígenas, sin que la condición de ciudadano y miembro de un grupo étnico prescinda de la protección de los derechos étnicamente diferenciados, hecho que requiere sensibilidad jurídica no occidental*, en el sentido propuesto por Geertz (1998); y también, de Gersem dos Santos Luciano respecto a la ciudadanía diferenciada* que implica la doble ciudadanía*, la cual comprende “... que os povos indígenas, além do usufruto dos direitos universais do cidadão brasileiro ou planetário, possuem também o usufruto de direitos específicos relativos à sua cultura, às tradições, aos valores, aos conhecimentos e aos ritos.” (2006: 89)

⁹ Canada ya había implantado una constitución de aspecto multicultural en 1982, pero se encuentra en América del Norte, no incluyéndose la región latinoamericana. Sobre la constitucionalización de los derechos internacionales de los pueblos indígenas y la incorporación

los 20 estados nacionales latinoamericanos han revisado o promulgado constituciones con base en el imperativo del nacionalismo multiculturalista.¹⁰ Por consiguiente, la amplitud normativa de los derechos indígenas varía conforme el contexto. Este último no está solamente relacionado con la participación de líderes, movimientos y organizaciones indígenas en las asambleas constituyentes, sino también con la composición ideológica de los legisladores nacionales y la mediación de las presiones de empresas (nacionales y multinacionales), sociedades civiles, agencias de cooperación (organizaciones no gubernamentales (ONG), iglesias, universidades) y organizaciones internacionales y regionales (como las Naciones Unidas y el Banco Mundial).

A continuación se analiza la constitucionalización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en siete países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay) con el fin de comprender los nuevos elementos de la ciudadanía multicultural (Cuadro 1).

Cuadro 1. Panoramas propicios a los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

CONSTITUCIONES	DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Argentina	Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación

en el derecho interno de los estados, de las garantías jurídicas internacionales relativas a los pueblos indígenas, y las diversas implicaciones en sociedades consideradas multiculturales, consultar: Anaya, 2005; Marés, 2009; y Stavenhagen, 2008.

¹⁰ De acuerdo con Gregor Barié (2003) los países centroamericanos y sudamericanos que poseen normas constitucionales específicas para asegurar los derechos colectivos de los pueblos indígenas son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guayana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Por otro lado, los que no las poseen son: Belize, Chile, Surinam y Uruguay. A pesar de la distancia temporal con el presente año (2009), los datos siguen siendo válidos, con el añadido de que Chile, en marzo de 2009, ratificó el *Convenio n.º 169* de la OIT.

	<p>en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. (Art. 75, inc. 17). Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (Art. 75, inc. 19).</p>
Brasil	<p>Educación a nivel de enseñanza fundamental de carácter bilingüe e intercultural a los pueblos indígenas (Art. 210, §2º). Protege las manifestaciones de las culturas indígenas (Art. 215, §1º). Reconoce a los pueblos indígenas la organización social, costumbres, lenguas y derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (Art. 231, <i>enunciado del artículo</i>). Derecho a consulta de los pueblos indígenas para la autorización del aprovechamiento de recursos hidráulicos, energéticos y minerales situados en sus territorios (Art. 231, §3º). Capacidad civil plena y legitimidad activa individual y colectiva para actuar en juicio. (Art. 232).</p>
Chile	<p>Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (Art. 5º).</p>
Colombia	<p>El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Art. 7º). La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe (Art. 10º). Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Art. 63). Las (sic) integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (Art. 68). Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93). Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su</p>

	<p>afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción (Art. 108). El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral (Art. 171). La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional. La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cuatro representantes (Art. 176).</p>
<p>Paraguay</p>	<p>Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (Art. 62). Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tiene derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena (Art. 63). Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida (Art. 64). Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho de participar de la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales (Art. 65). El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural (Art. 66). Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que</p>

	establezca la ley (Art. 67). La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República. En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales (Art. 77). El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación (Art. 140).
Perú	A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. (Art. 2º, 19). El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional (Art. 17). Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (Art. 89).
Uruguay	No contiene.

Para Raquel Yrigoyen Fajardo (2006), la incorporación de las reivindicaciones indígenas a las constituciones nacionales latinoamericanas a través del discurso del multiculturalismo y ratificación de tratados internacionales, hizo posible: (1) el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y de la nación, mediante la implementación del derecho a la identidad étnica y cultural; (2) el reconocimiento de la igualdad de dignidad de las culturas, rompiendo con la superioridad institucional de la cultura occidental; (3) la afirmación de los pueblos indígenas como sujetos políticos con derecho a la autonomía y la autodeterminación del

control de sus instituciones políticas, culturales, sociales y económicas; (4) el reconocimiento de diversas formas de participación, consultas y representación directa de los pueblos indígenas; (5) el reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y de la jurisdicción especial.

La ciudadanía plena de los pueblos indígenas, en teoría, se realizaría con la unión de garantías constitucionales de la protección y la promoción de la diversidad cultural, la autonomía política y el pluralismo jurídico.

Sin embargo, el potencial emancipatorio de la ciudadanía es limitado (Cuadro 2) o, a veces, desconsiderado, ante dilemas jurídicos, políticos, económicos y sociales, los cuales señalan el hecho de que las relaciones coloniales internas de cada país se posicionan menos por el contexto del poscolonialismo* – en el cual

Reflexione sobre la situación del **Poscolonialismo** en su país. ¿Quiénes son los autores que tratan el asunto?

las constituciones serían banderas de lucha y vanguardias retóricas –que por la emergencia del neocolonialismo, en el sentido de la transformación de viejas confrontaciones.

Cuadro 2. De las limitaciones de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

CONSTITUCIONES	LIMITACIONES DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Argentina	El Gobierno federal <i>sostiene</i> el culto católico apostólico romano (Art. 2º). El Gobierno federal <i>fomentará</i> la inmigración europea (Art. 25). <i>Corresponde</i> al Congreso [<i>Delega</i> al Congreso Nacional el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas] (Art. 75, enunciado del artículo)
Brasil	Lengua portuguesa como idioma <i>oficial</i> (Art. 13). La Unión legisla <i>privativamente</i> sobre las poblaciones indígenas (Art. 22, XIV). El Congreso Nacional posee <i>competencia exclusiva</i> para autorizar, en tierras indígenas, la explotación y el aprovechamiento de los recursos hidráulicos y la búsqueda y extracción de riquezas minerales (Art. 49, XVI). Compete a los jueces federales procesar y juzgar las <i>disputas sobre los derechos indígenas</i> (Art. 109, XI). Función institucional del Ministerio Público de <i>defender judicialmente</i> los derechos e intereses de las poblaciones indígenas (Art. 129, V).

Chile	<p>La familia es el <i>núcleo fundamental</i> de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los <i>grupos intermedios</i> a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. (Art. 1º). El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la <i>naturaleza humana</i> (Art. 5º). Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (Art. 7º). 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni <i>grupo privilegiados</i> (Art. 19, 1). La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por <i>la moral, las buenas costumbres</i>, el orden público y la seguridad nacional (Art. 19, 11) El Estado tiene el dominio <i>absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible</i> de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas (Art. 19, 24). Todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales. Los chilenos tienen el <i>deber fundamental</i> de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y <i>los valores esenciales de la tradición chilena</i> (Art. 22). Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan <i>mal uso de la autonomía</i> que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley (Art. 23). La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la <i>participación de la comunidad local</i> en las actividades municipales (Art. 118).</p>
Colombia	<p>El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como <i>institución básica de la sociedad</i> (Art. 5º). El castellano es el <i>idioma oficial</i> de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus <i>territorios</i> (Art. 10º). En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la <i>Instrucción Cívica</i>. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el</p>

aprendizaje de los *principios y valores de la participación ciudadana*. El Estado divulgará la Constitución (Art. 41). Por motivos de *utilidad pública o de interés social definidos por el legislador*, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que *determine el legislador*, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio (Art. 58). El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del *proceso de creación de la identidad nacional* (Art. 70). El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, *pertenecen a la Nación* y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica. (Art. 72). Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, *refrendado* por el Ministro de Gobierno (Art. 171). Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, *siempre que no sean contrarios* a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Art. 246). Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y *someter a condiciones especiales* la enajenación de bienes inmuebles *con el fin de proteger* la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago (Art. 310). Las provincias se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a

	<p>un mismo departamento. Las provincias serán <i>creadas por ordenanza</i>, a iniciativa del gobernador, de los alcaldes de los respectivos municipios o del número de ciudadanos que determine la ley (Art. 321).</p>
Paraguay	<p>Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tiene derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior <i>siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución</i>. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena (Art. 63). Se reconoce el <i>protagonismo</i> de la Iglesia Católica en la formación histórica y cultural de la Nación (Art. 82). Corresponde al Estado el <i>dominio</i> de los hidrocarburos, minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentre en estado natural en el territorio de la República, con excepción de las sustancias pétreas, terrosas y calcáreas (Art. 112). En <i>ningún caso</i> el interés de los particulares primará sobre el interés general (Art. 128). Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: promover acción penal pública para <i>defender</i> el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas (Art. 268, 2).</p>
Perú	<p>Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, <i>son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública</i>. Están protegidos por el Estado (Art. 21). Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de <i>proteger los intereses nacionales</i>, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (Art. 38). Son idiomas oficiales el castellano y, <i>en las zonas donde predominen</i>, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley (Art. 48). Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el <i>Estado reconoce a la Iglesia Católica</i> como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración (Art. 50). Las autoridades de las</p>

	Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, <i>siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación</i> de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial (Art. 149).
Uruguay	La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes. (Art. 4). Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes (Art. 8). Toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa. (Art. 34).

La medida de superioridad normativa de las cartas constitucionales no hace de la vanguardia retórica el punto de relación unilateral con la sociedad. Más que conformar la sociedad, las constituciones son conformadas por ellas. Los textos normativos expresan los conflictos ideológicos que afectan a la convivencia en sociedades que se suponen democráticas y poscoloniales.

Said (2007), al analizar la construcción que hace Europa (Occidente) de la imagen de Oriente, por la formación discursiva del orientalismo como sistema de conocimiento sobre Oriente

(Neo)imperialismo, descubra las formas imperialistas sobre América Latina.

Posguerra, trabajar con la repercusión del período en América Latina.

destinado a filtrarlo en la conciencia occidental, entiende el orientalismo como una institución producida y regida en continuidades significativas, presentes tanto en el imperialismo británico y francés, como en el (neo)imperialismo* americano de posguerra*.

Es preciso considerar el colonialismo como instituyendo y orientando las continuidades significativas además de cualquier retórica de superación poscolonial. Al mismo tiempo, no se puede prescindir del potencial transformador de los instrumentos jurídicos del multiculturalismo poscolonial, que están ligados a la afirmación

de la ciudadanía de los pueblos indígenas, pues conllevan la fuerza normativa suficiente para introducir nuevos aportes a las relaciones sociales e institucionales, a pesar del carácter liberal.

El desafío, sin embargo, es ver lo invisible del poder como una visibilidad impregnada de relaciones que encuentran en el lenguaje jurídico de las constituciones nacionales puntos de conflicto, permanencias y cambios. Resumiendo, de límites y de posibilidades. Parafraseando a Bhabha (1998), lo que se cuestiona no es simplemente la imagen que las constituciones analizadas plasman sobre los pueblos o sobre los derechos colectivos indígenas. También se debate sobre el lugar discursivo y disciplinar donde las cuestiones jurídicas son estratégicas e institucionalmente colocadas para representar la alteridad de la “identidad nacional”. A partir de este, fructifican los espacios de confrontación y contradicción de las afirmaciones emancipatorias de los marcadores sociales de la ciudadanía diferenciada, frente al colonialismo interno* de las sociedades latinoamericanas (confrontación) y de las propias cartas constitucionales (contradicción).

Colonialismo interno, la existencia de situaciones coloniales internas en su país. Leía Pablo Casanova, Rodolfo Stavenhagen y Roberto Cardoso de Oliveira, sobre el asunto.

Se entiende por “contradicción” la ambigüedad y la polifonía ideológica de la consagración normativo-constitucional de la alteridad de los pueblos indígenas. De manera general, las constituciones analizadas presentan restricciones de reconocimiento integral de la diversidad cultural por varias razones. La primera, porque condicionan el control de los mandatos jurídicos de determinadas instituciones públicas, sin posibilidad de participación por parte de las organizaciones y líderes indígenas. Segunda, porque no igualan el estatus de las culturas diferenciadas al de la cultura “nacional” (Marés, 2009), conservando el otorgamiento de derechos para el mantenimiento de las culturas diferenciadas, pero no para confrontar la hegemonía cultural de lo nacional en los diferentes espacios sociales. Por último, por el empleo de conceptos jurídicos – todos los resaltados anteriormente (Cuadro 2) – cuya definición de los sentidos reclama traducción intercultural, pues las disputas de

significado implican la delimitación de la amplitud del derecho a la diferencia. Es una especie de plural abstraído.

Por otro lado, la “confrontación” representa los efectos de la aplicabilidad concreta – en decisiones judiciales, políticas públicas y relaciones sociales – de la tensión sociocultural e ideológica de la presencia de los pueblos indígenas. Estos son sujetos colectivos diferenciados, insertos en sociedades democráticas y poscoloniales, en las que la diversidad todavía se entiende mayoritariamente como desigualdad. En cuanto a la “confrontación”, la principal consecuencia está en la criminalización de las prácticas judiciales de los pueblos indígenas (Yrigoyen Fajardo, 1999 y 2000), o sea, que el enfoque colonial y moderno de la exclusividad estatal de la función jurisdiccional penaliza: (1) los procedimientos de las culturas jurídicas indígenas de administración de hechos definidos como delictivos y sancionables a nivel local; o (2) la mera existencia de jurisdicción indígena en cualquier ámbito jurídico por entender que las autoridades indígenas se apoderan de las competencias legales.¹¹

En cualquier caso, lo que está en juego es la no superación concreta de la jerarquización entre nacionalidad y etnicidad, frente a la permanencia de la noción de ciudadanía liberal (limitada y etnocéntrica). Esta última establecida en la vinculación estado-nación gracias a la representación imaginaria (Hall, 1998) de derechos, deberes y valores comunes/compartidos (democracia liberal), además de la temporalidad y territorialización* de la ciudadanía, la herencia histórica de determinada sociedad particular con territorio bajo el comando exclusivo del poder central estatal (soberanía política).

La oposición entre las definiciones político-ideológicas de ciudadanía, crea conflictos permanentes entre: (1) derechos

Territorialización, ¿qué es?, ¿cuándo ocurre?

¹¹ En contextos diferentes, Manuel Moreira (2005) y Jane Beltrão (2008) analizaron situaciones en las que el no reconocimiento del pluralismo jurídico por la justicia estatal, representó la criminalización de los procedimientos jurisdiccionales diferenciados, desarrollados para la resolución de conflictos locales entre indígenas (Moreira, 2005) o entre indígenas y no indígenas (Beltrão, 2008), lo que provocó conflictos de competencia y *acción directa* de insubordinación de los pueblos indígenas contra la legitimidad del derecho estatal por medio de estrategias de resistencia.

individuales y derechos colectivos, (2) soberanía política estatal y autonomía de los pueblos indígenas, y (3) grados asimétricos de reconocimiento normativo de los marcadores sociales de la diferencia, en especial aquellos que constituyen la libre determinación de los pueblos indígenas.

3. BOLIVIA Y ECUADOR: PERSPECTIVAS DE TRANSICIÓN PARADIGMÁTICA A LA ETNOCIUDADANÍA Y AL ESTADO PLURINACIONAL

El carácter experimental y paradigmático entreabierto por la promulgación de las Constituciones de Bolivia y de Ecuador representa una nueva etapa del constitucionalismo multicultural de América Latina. Esto se debe a que ambas presentan un extenso abanico de derechos étnicos garantizados y una equiparación de etnias indígenas como nacionalidades, transformando así el sentido de Estado nacional al novedoso modelo de Estado plurinacional*. En este, la etnociudadanía deja la “condición segregada” y pasa a ser la propia razón de existencia de las constituciones.

Los cambios ocurren, en parte, por la forma en la que se constituyeron las nacionalidades boliviana y ecuatoriana, ya que durante el proceso de independencia y fundación de los referidos estados, se produjo una quiebra política con las metrópolis, a diferencia de lo que ocurrió con Brasil. Este hecho propició las condiciones para la emergencia de las élites locales que incorporaron y difundieron los principios de la tradición jurídica hispánica, marcada por el idealismo abstracto iusnaturalista, el formalismo dogmático-positivista y la retórica liberal-individualista. (Wolkmer, 2008)

Por eso, en Bolivia y en Ecuador, la identificación nacional ha sido siempre problemática. La construcción del nacionalismo boliviano/ecuatoriano fue, en gran medida un proyecto de Estado, ya que fue liderada y realizada solo por las élites locales constituidas por la minoría blanca europea de origen español, que poseía la propiedad de la tierra y las minas de la región. Los pueblos indígenas, además de haber sido excluidos del desarrollo del proceso, sufrieron la imposición de valores etnocéntricamente

encubiertos como “comunes”, aparte de la negación de los derechos colectivos.

Sin embargo, al establecerse en los artículos constitucionales iniciales que “... Bolivia “... se constituye en un *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario...*” (Bolivia, 2009, se destaca) y “... Ecuador es un *Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*” (Ecuador, 2008, se destaca), el paradigma constitucional innova en el panorama político-institucional latinoamericano, al afirmar categóricamente la fundación de Estado autodenominado plurinacional.

Lo que caracteriza una **nación**, ¿cuántas naciones existen en su país? ¿Los pueblos indígenas se constituyen en naciones?

Para Santos (2007), la idea de plurinacionalidad propone la resignificación comunitaria del concepto de nación* liberal, para superar la relación asimétrica entre *estado, nación y etnicidad*.

Etnicidades, ¿cómo se consideran a efectos legales en su país?

Los Estados modernos “han inventado” el discurso de la representación nacional para “superar jerárquicamente” las diversas etnicidades existentes en el territorio, de modo a fortalecer la soberanía política para la legitimación de la unificación territorial y universalización del estatus de la ciudadanía.

Lo que está “en juego” es la relación multilateral e igualitaria entre el Estado y las naciones, que “elimina” la relación unilateral y discriminatoria de las naciones étnicas con el estado. En el núcleo de la cuestión, aparece sedimentada la ideología de que cabe la posibilidad de que exista solo una nación que corresponda a un Estado también único, porque su papel es, precisamente, legitimar y validar el colonialismo sociopolítico encubierto por la ciudadanía y soberanía estatal.

Plurinacionalidad, ¿cuáles son las implicaciones para los Estados latinoamericanos?

Santos (2007) afirma que la plurinacionalidad* exige la refundación del Estado moderno, porque combina diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado. La radicalidad del discurso plurinacional está en: (1) reconocer las identidades étnicas originarias como nacionalidades; e (2) igualar jurídicamente los colectivos étnicos a naciones, al maximizar el

valor de la diversidad cultural, tal como revela el texto constitucional ecuatoriano:

Art. 6º. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. (Ecuador, 2008)

De este modo, la nación pasa a ser instrumentalizada como identidad política simbólica para articular, visibilizar y acentuar jurídicamente las identidades étnicas de hecho. Por otro lado, esto implica la ruptura de la relación entre Estado y nación en lo singular; porque ahora, no solo las normas constitucionales reconocen la existencia de diferentes naciones preexistentes a la propia formación del Estado. Además constituye el fortalecimiento del Estado, que pasa a depender de la “ampliación de la participación” y del “apoderamiento de los pueblos indígenas”. Esto provoca la entronización en el Estado plurinacional boliviano/ecuatoriano de las diferentes formas étnicas de significar política, economía, juridicidad, sexualidad, religiosidad y cultura – signos de cuestionamiento de las tradiciones del nacionalismo etnocéntrico liberal en las demás instancias sociales.

La radicalidad de la propuesta plurinacional representa la incorporación normativa de los marcadores sociales de la diferencia por la lógica del protagonismo político y libre determinación, junto a los valores relativos del pluralismo jurídico, la participación social, la autonomía y la sostenibilidad. Esto reordena las relaciones de fuerza y las posibilidades de una efectiva inclusión social de los pueblos indígenas.

La gramática organizacional que somete la formación del Estado plurinacional es la democracia plural, subrayada, en la feliz expresión de Santos (2005), como demodiversidad*. La propuesta democrática plural de los Estados boliviano y ecuatoriano, derivan de la aceptación de los conceptos de interculturalidad y poscolonialismo. La interculturalidad destaca que la cultura política democrática solo es posible teniendo en cuenta la manera específica de cada nacionalidad para organizar su plurinacionalidad, comprendida como convivencia plurinacional marcada por la

Demo diversidad, ¿en qué forma se opone a la democracia?

constitución identitaria “en proceso” de intercambios culturales. El poscolonialismo, se entiende como el reconocimiento institucional que el colonialismo no cerró con la independencia. Entre la independencia y el poscolonialismo, las nuevas constituciones funcionan como “tercer período” para reivindicar el momento de transición (y no superación) paradigmática que hace de la memoria de las injusticias históricas, el fundamento ético-político para la actuación proactiva estatal, en el enfrentamiento de desigualdades y discriminaciones, resumiendo, en la consagración de la igualdad material.*

Igualdad material, ¿cómo se expresa?
¿Cuándo debe ser requerida?

El respeto a la libre determinación democrática de los pueblos indígenas es el primer paso para el diálogo con los grupos étnicos. En este caso, cabe señalar el reconocimiento de las cosmovisiones de los pueblos indígenas como principios constitucionales que conforman la propia definición hermenéutico-normativa del Estado plurinacional.

En Bolivia, las cosmovisiones indígenas se entienden como principios éticos-morales de la sociedad plural (Art. 8, NCPEB¹²) y patrimonio étnico que forman parte de la expresión e identidad del Estado (Art. 100, I, NCPEB); y en Ecuador, a pesar de que las cosmovisiones indígenas aparecieron en la Constitución de 1998, es en la nueva Constitución de 2008 donde la cosmovisión del *sumak kawsay* (buen vivir) se convierte en la orientación máxima del modelo de desarrollo y de las acciones realizadas por el Estado, el mercado, la sociedad y las personas como un todo (Arts. 14, 275 y 382, inc. 2, CRE¹³).

Si los principios éticos-morales integran las constituciones plurales, se deben considerar por lo menos cuatro puntos cruciales. En primer lugar, el respeto a la integridad cultural de las cosmovisiones, ya que son las que establecen el sentido organizacional de cada pueblo indígena, dando coherencia al modo que tienen de pensar y actuar en el mundo.

En segundo lugar, la idea de que las cosmovisiones son principios constitucionales que muestran las formas interculturales

¹² Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia (NCPEB).

¹³ Constitución de la República del Ecuador.

de conformación de los modelos de desarrollo de los Estados, a partir de las perspectivas indígenas de “vida buena”, o sea, de desarrollo armónico de los seres. Los modelos no necesariamente están plasmados en las divisiones occidentales de naturaleza-sociedad, o de Estado, mercado y sociedad, situándose como alternativas institucionales al desarrollo capitalista hegemónico y como códigos de conducta de los ciudadanos de cada Estado plurinacional, y no solo de los miembros de pueblos indígenas.

El tercer punto, trata de la validez de las cosmovisiones que se mantienen, cuando se realizan de una forma relacional a otras cosmovisiones internas. Es el caso del pueblo Guaraní donde *teko kavi* (vida buena) no se puede considerar sin el mito *ivi maraei* (tierra sin mal), o la cosmovisión *sumak kawsay* del pueblo Quechua (muy similar al *teko kavi* de los Guaraníes y *suma qamanã* de los Aymaras) vinculada a las consideraciones de *ama killa*, *ama llulla*, *ama shwa* (no ser ocioso, no mentir y no robar), bajo pena de invalidar la hermenéutica comprometiendo la interculturalidad.

Por último, el cuarto punto se refiere a la comprensión y a la repercusión, en la hermenéutica jurídica, de la consideración de las cosmovisiones como principios constitucionales. Este hecho saca a la luz la polémica de que el paradigma y sus principios sean aplicados, ya que pueden representar la búsqueda del sentido oculto de las normas (paradigma positivista), o la posición de que los principios están en las normas (paradigma neopositivista) – al considerar la interpretación como el acto de dar sentido, y por tanto, de crear el texto normativo. También pueden, y este es el desafío, crear la traducción intercultural de la propia definición de principio constitucional, de manera que garantice la autonomía hermenéutica de los pueblos indígenas para que muestren “cómo” y “en qué medida” sus cosmovisiones se aplican en el ordenamiento jurídico de los Estados plurinacionales.

Otra cuestión es que las nuevas institucionalidades boliviana y ecuatoriana, se guíen por la descentralización plurinacional de las competencias político-administrativas aptas para fortalecer la autonomía local e interculturalidad de los poderes del Estado.

En el ámbito de la justicia plurinacional ecuatoriana, existe el reconocimiento de la función jurisdiccional de las autoridades indígenas, que es ejercida con base en sus tradiciones ancestrales y el sistema jurídico propio, haciendo una mención específica para que las mujeres también puedan participar en los espacios de decisión. (Art. 171, CRE)

Evidentemente, igual que ocurre con otras Constituciones de Estados latinoamericanos, las autoridades indígenas pueden aplicar normas y procedimientos para la resolución de conflictos internos, siempre que no sean contrarios a los preceptos constitucionales y a los tratados internacionales de derechos humanos y que se sujeten al control de la constitucionalidad (Art. 171, CRE). Esto pone en tela de juicio, dentro del Estado plurinacional, de qué forma la “compatibilidad” y el “control” se identificarán y se ejecutarán, y cómo se producirá la participación de los líderes indígenas en la hermenéutica de los preceptos constitucionales/internacionales para la negociación intercultural de la compatibilidad/control.

Por otro lado, la jurisdicción plurinacional boliviana se sustenta en el principio del pluralismo jurídico e interculturalidad (Art. 178, I, NCPEB). Así, no solo reconoce la autonomía de la jurisdicción indígena de ejercer su soberanía dentro del territorio contemplado mediante la competencia personal, material y territorial, (Art. 191, II, NCPEB) sino que también la iguala a la jurisdicción ordinaria (Art. 179, I y II, NCPEB). Además innova en términos latinoamericanos, ya que garantiza la composición plural – incluyendo jueces originarios de pueblos indígenas – en los órganos de la jurisdicción ordinaria, agroambiental, electoral y, principalmente, en el Tribunal Constitucional Plurinacional, órgano máximo de la estructura judicial boliviana (Art. 187, Art. 197, Art. 206, NCPEB). También se resuelven los conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones, inclusive la indígena (Art. 202, 11, NCPEB).

Por otro lado, la descentralización plurinacional también implica la reordenación de la organización territorial de Bolivia para dividirla en cuatro esferas: departamental (equivalente a los estados federados de Brasil), provincial, municipal e indígena (Art. 269, NCPEB). Cada esfera tiene autonomía política para promover

las elecciones directas de los gobernantes, administración de los recursos económicos y naturales, además de ejercer facultades legislativas y ejecutivas, entre otras (Art. 272, NCPEB). En los ámbitos departamental, provincial y municipal, existen garantías constitucionales enfocadas a asegurar la participación de representantes de los pueblos indígenas en las instancias deliberativas (Art. 278, I y II, Art. 283, I y Art. 284, II, NCPEB). Por otro lado, la autonomía indígena originariamente campesina se considera constitucionalmente como autogobierno en varios aspectos: (1) en lo que se refiere al ejercicio de la libre determinación de las naciones y de los pueblos indígenas (Art. 289, NCPEB); (2) en relación a la forma de gobernabilidad de territorios, de acuerdo con las normas, instituciones, autoridades y procedimientos propios, formalmente disciplinados en estatutos autónomos (Art. 292, NCPEB); (3) en las directrices de la gestión local del desarrollo económico, social, organizativo y cultural (Art. 304, 2, NCPEB); (4) en la prevalencia de la jurisdicción indígena para la aplicación de la justicia y resolución de conflictos en relación al ámbito territorial (Art. 304, 8, NCPEB).

En Ecuador, la organización territorial descentralizada confiere autonomía política, administrativa y financiera (Art. 238, CRE) y se divide en regiones, distritos metropolitanos, provincias, cantones y juntas parroquiales rurales (Art. 240, CRE). No obstante, dentro de esta organización es posible la formación de circunscripciones territoriales indígenas (y también afroecuatorianas, correspondientes a la idea de comunidades de afrodescendientes) que tienen competencia de gobierno territorial autónomo y se regirán por los principios de la interculturalidad, plurinacionalidad y con base en los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Art. 257). Las parroquias, cantones y provincias también pueden transformarse en territorios indígenas autónomos si estuvieran formados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, siendo necesario para tal, la realización de una consulta a la población local (Art. 257).

De este modo, se entiende que las organizaciones territoriales de Bolivia y de Ecuador, están fundadas en la idea de libre determinación de los pueblos indígenas como parámetro de

democratización de las autonomías, y en la dinamicidad de la compartimentación del espacio y en la reordenación de la relación con el Estado. Así, son formas de organización territorial que existen además de la representación burocrático-institucional de los Estados y sacan a relucir el desafío de la pluralidad de la materialización y la gestión de estos gobiernos autónomos indígenas.

En Bolivia los cambios institucionales son más radicales ya que el poder legislativo se hace bicameral, compuesto por la Cámara de Diputados y representantes departamentales. En la Cámara, de los 130 miembros, la mitad debe ser elegida en circunscripciones uninominales– votación universal, directa y secreta – y la otra parte por circunscripciones plurinominales– mediante listas –, con la separación de escaños para parlamentarios originarios de los pueblos indígenas mediante la creación de una circunscripción especial (Arts. 146 y 147, NCPEB).

Sin duda, los conflictos continuarán tratándose con el positivismo y la materialización de la etnociudadanía de los pueblos indígenas en toda América Latina. Pero el camino abierto por los Estados plurinacionales boliviano y ecuatoriano, muestran posibles rumbos para la transformación de otras cartas constitucionales con el objetivo de reducir las confrontaciones en la polifonía ideológica de la recepción de la diversidad cultural de las sociedades, que se consideran democráticas y poscoloniales. No existe inclusión y respeto sin reconocimiento de la diversidad cultural, la cual representa el principio estructurador del pluralismo.

4. REPRESENTACIÓN O PARTICIPACIÓN EN MODELOS CONSTITUCIONALES

Del contexto y de la retórica constitucionales emergen por lo menos dos modelos de cartas. El primero se basa en la representación que sigue la tradición colonial de origen europeo (español y portugués). Es el caso de las constituciones de: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú. En ellas se integran nuevos “elementos de la ciudadanía multicultural”, ya que incorporan las reivindicaciones de los pueblos indígenas mediante

el discurso del multiculturalismo y la ratificación de tratados internacionales. La única excepción es la Carta de Uruguay.¹⁴

El segundo modelo se guía por la participación y provoca cambios sustanciales en la recepción política de derechos étnicos que indican “nuevas constituciones políticas del estado”¹⁵ en Bolivia y en Ecuador. En el caso de Bolivia se muestra mayor radicalidad, mientras que se advierte una radicalidad controlada en el caso de Ecuador.

Se puede observar que el análisis de todo el contexto latinoamericano exige la admisión de otros modelos:¹⁶(1) las situaciones políticas de México y Venezuela, exigen una reflexión diferenciada; (2) la cuestión sobre el “pionerismo” de Nicaragua; (3) el caso de los territorios todavía coloniales, aunque incorporados a la antigua metrópolis, como en el caso de la Guayana Francesa; (4) la cuestión de los estados caribeños como América Latina; (5) los estados de “filiación” colonial no ibérica, como Surinam y Guayana.

Debajo, en el Cuadro 3, se muestra una síntesis de las principales características de los modelos mencionados, con la salvedad de que incluso las características más acentuadas, necesitan ser vistas mediante un prisma de diferentes aristas, dados los matices y la dinámica que admiten en caso de contextos múltiples, diversos, universales y locales.

¹⁴ Uruguay, a pesar de la modificación constitucional de 2004, no incluye demandas indígenas. Se ha mantenido el análisis de la Carta Magna uruguaya por la importancia del Estado en el Cono Sur. No obstante, las razones de la diferenciación exigen un mejor análisis del contexto nacional que no cabe en los límites de este trabajo.

¹⁵ Alusión a la denominación de la Constitución de Bolivia.

¹⁶ Especialmente, considerando los límites heurísticos de modelos y tipologías que son buenos para pensar, pero que exigen un esfuerzo de comprensión de movilidad y procesos, para no producir estancamientos y exclusión de la dinámica cultural.

Cuadro 3. Modelos Constitucionales.

REPRESENTACIÓN	PARTICIPACIÓN
Nación/Estado	Naciones (Etnias) Estado
Ciudadanía liberal (jerarquizada)	Etnociudadanías (Doble Ciudadanía, Ciudadanía multicultural o Ciudadanías diferenciadas)
Democracia	Demodiversidad
Unilateralidad discriminatoria	Multilateralidad igualitaria y simétrica
No reconocimiento formal de etnias conforme Nación (Cuestiones relacionadas con el entendimiento de la soberanía)	Reconoce etnias conforme naciones originarias
Admite la existencia de pueblos originarios mediante reconocimiento de la diversidad, pero sujeta al estado nacional	Reconoce el protagonismo político de los pueblos originarios
Admite la libre determinación siempre que no entre en conflicto con las normas hegemónicas	Admite la libre determinación y la autonomía
Mantiene la cosmovisión eurocéntrica de base colonial	Posee cosmovisiones múltiples como principios constitucionales
Es excluyente	Es inclusiva
Guarda contradicciones expresadas en principios y artículos que contrastan en términos de las directrices de orientación multicultural	Procura acoger la diversidad en textos con cierta uniformidad

Por último, destacar que en las cuestiones sobre ciudadanía en América Latina, el movimiento político de los pueblos indígenas como protagonista, viene creciendo e “imponiendo” políticamente la ampliación de las fronteras del conocimiento y de las posibilidades de organización de los estados nacionales. El paso a la etnociudadanía y al estado plurinacional, exige romper con las barreras coloniales. El protagonismo de los pueblos indígenas y sus aliados históricos parecen mostrar que cuando el diálogo se agota internamente, se usan los recursos internacionales y las cuestiones sobre la libre determinación y derechos diferenciados. Estas vienen cruzando fronteras y yendo a las cortes, siendo reconocidas como

“reparadoras” o “restauradoras” de Derechos Humanos, las cuales se consideran caminos posibles. Las demandas a la *Corte Interamericana de Derechos* indican, que las cuestiones internas/nacionales son difíciles, pero la puesta en marcha de los derechos no se quiere silenciar. La lectura y el análisis de las sentencias de la Corte en los últimos años, refuerza los argumentos que indican la necesidad de un cambio interno y la posibilidad de aprender e innovar en términos de derechos. Dar cabida a los pueblos indígenas y a los derechos originarios, no se consigue con la mera aceptación, sino con el reconocimiento de la tensa lucha durante siglos contra el colonialismo, además de la posibilidad de vislumbrar y utilizar modelos diferenciados de constitución de estados, que amparen las etnociudadanías.

5. REFERENCIAS

5.1. Documentos constitucionales

Argentina, 1994. Disponible en:

<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>

Bolivia, 2009. Disponible en:

<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>.

Brasil, 1988, Disponible en:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Chile, 2005. Disponible en:

<http://www.gob.cl/media/2010/05/Constituci%C3%B3n-de-Chile1.pdf>

Colombia, 2011. Disponible en:

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>

Ecuador, 2008. Disponible en:

http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Paraguay, 2002. Disponible en:

<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>

Perú, 2009. Disponible en:

<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Uruguay, 2004. Disponible en:

<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>

5.2. Documentos de la Corte Interamericana de Derechos

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 6 de febrero de 2006. (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en:

http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_142_esp.pdf

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 1 de febrero de 2000. (Excepciones Preliminares). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_66_esp.pdf

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas): pp. 1-67. (Manuscrito en medio digital). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas): pp. 1-18. (Manuscrito en medio digital). Disponible en:

http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_185_esp.pdf

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

5.3. Bibliografía referida

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- ALMEIDA, Lúcio Flávio Rodrigues de. "Lutas sociais e questões nacionais na América Latina: algumas reflexões", *Lutas Sociais*, 17/18: 2009, 64-77. Disponible en: http://www.pucsp.br/neils/downloads/v17_18_lucio.pdf
- ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- ANDRADE TAPIA, M. *Movimientos y organizaciones políticas de los pueblos indígenas en Ecuador, Peru y Bolivia*, Belém, tesis, UFPA, 2008, pp. 24, manuscrito inédito.
- BHABHA, H. *O local da cultura*, Belo Horizonte, EdUFMG, 1998.
- BECKHAUSEN, Marcelo Veiga. "As conseqüências do reconhecimento da diversidade" In SCHWINGEL, Lúcio Roberto (org.). *POVOS INDÍGENAS E POLÍTICAS PÚBLICAS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO RIO GRANDE DO SUL: Subsídios para a construção de políticas públicas diferenciadas às Comunidades Kaingang e Guarani*. Porto Alegre, Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social (STCAS) do Rio Grande do Sul, s/d.
- BELTRÃO, Jane Felipe. "Direitos humanos e povos indígenas: um desafio para a Antropologia" in COSTA, P. (coord.) *Direitos humanos em Concreto*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 157-174.
- BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. "Povos Indígenas e Cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina", *Revista de Antropologia* (USP. Impresso), v. 53, 2010, pp. 716-744. Disponible en: <http://www.fflch.usp.br/da/arquivos/53%282%29.pdf>
- BEOZZO, José Oscar. *Leis e Regimentos das missões – política indigenista no Brasil*. São Paulo, Loyola, 1983.
- BOLIVIA. 2009 *Nueva Constitución Política del Estado*. Disponible en: <http://www.ernestojustiniano.org/2008/10/nueva-constitucion-politica-del-esta-do-de-bolivia/>
- CARVALHO, E. "*Paraíso terrestre*" ou "*Terra sem Mal*"? São Bernardo do Campo, Trabajo Final de Máster, UMSP, 2006, manuscrito inédito.
- COLOMBRES, Adolfo (org.). *Por la liberación del indígena*. Buenos Aires, Ediciones del Sol S/A, 1975.
- Geertz, Clifford. "O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa" In *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis, RJ, Vozes, 1998. pp. 249-356.
- GREGOR BARIÉ, C.. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: un panorama*, Bolivia, Instituto Indigenista Interamericano; Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas; Ecuador, Editorial Abya-Yala, 2003. Disponible en: <http://gregor.padep.org.bo>

- ____ “El debate actual sobre autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas”, In SEVILLA, R. y GREGOR-STRÖBEL, J. (org.), *Pueblos Indígenas - Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*, Weingarten (Oberschwaben), Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, pp. 32-56.
- HALL, Stuart. *A questão da identidade cultural*, Campinas, SP, IFCH/UNICAMP, 1998.
- LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre povos indígenas no Brasil de hoje*, Brasília, MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponible en: <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>
- LUNA PINEDA, Fabiola. *Un acercamiento a la interculturalidad*. s/d. Disponible en: <http://www.caaap.org.pe/archivos/interculturalidad.pdf>
- MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, Curitiba, Juruá, 2009.
- MOREIRA, Manuel. *La cultura jurídica Guaraní: aproximación etnográfica a la justicia Mbya-Guarani*, Argentina, Antropofagia, 2005.
- ____ “El concepto de cultura en el derecho”, *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, vol. 8 (3), 2008, pp. 466-481. Disponible, también, en: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4870>
- MORENO, I. & AGUIRRE, M. *La refundación del Estado en Bolivia*, Madrid, FRIDE, 2007. Disponible en: http://www.bolivia.de/es/noticias_imagenes/nueva_cpe_textofinal_compatibilizado_version_oct_2008.pdf
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de y FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A Presença Indígena na Formação do Brasil*. Vol. 2. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponible en: <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>
- PIOVESAN, Flávia. “Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos”, *Cadernos de Pesquisa*, v.35, nº.124, 2005, pp. 43-55.
- SAID, Edward. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*, São Paulo, Cia. das Letras, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- ____ *Democratização a democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.

- _____. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Santa Cruz de La Sierra, BOL, Alianza Interinstitucional CENDA - CEJIS - CEBID, 2007. Disponible en: http://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf
- STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. Colonia Polanco/MEX: UNESCO, 2008. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>
- _____. "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingui Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de mayo de 2011" *In Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2011. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_79_esp
- STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- SUESS, Paulo. *Em defesa dos Povos Indígenas – documentos e legislação*. São Paulo, Loyola, 1980.
- TAPIA, Luis. "Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional", *OSAL*, Buenos Aires, CLACSO, año VIII, n°. 22, 2007, pp. 47-63. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar//ar/libros/osal/osal22/D22Tapia.pdf>
- TUBINO ARIAS-SCHREIBER, F. "Interculturalizando el multiculturalismo" *Encuentro Internacional sobre Interculturalidad: intercultural balance y perspectiva*, Barcelona, Fundación CIBOD, 2001. Disponible en: www.cidob.org
- WOLKMER, Antonio. *Aportes críticos na reinterpretação da tradição do Direito na América Latina*. São Luís, 2008, manuscrito inédito.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999. Disponible en: <http://www.alertanet.org/b-pautas.htm>
- _____. "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos", *Revista Pena y Estado* # 4, Buenos Aires, INECIP y Editorial el Puerto, 2000. Disponible en: <http://www.alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>
- _____. "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", in BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2286360>
- _____. "De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento:

fundamentos, balance y retos para su implementación” in *Amazônica – Revista de Antropologia*.1 (2), 2009, pp.368-405.

Disponible en:

<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/artide/viewFile/294/459>

11

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: AVANCES JURÍDICOS Y BRECHAS DE IMPLEMENTACIÓN

José Aylwin

Universidad Austral de Chile

Resumen

El presente artículo da cuenta de las transformaciones introducidas en los ordenamientos jurídicos constitucionales de los estados de América Latina, a través de las cuales se ha dado reconocimiento a los pueblos indígenas y a sus derechos. Se analiza el desarrollo legislativo y político en la materia, en particular en cuanto a los derechos políticos (participación y autonomía) y territoriales (tierra, territorio, recursos naturales) de estos pueblos, constatándose la existencia de una brecha en la implementación de dichos ordenamiento en la mayoría de los estados, que afecta seriamente su vigencia efectiva en la realidad.

1. INTRODUCCIÓN

Con una población cercana a los 50 millones –agrupada en más de 600 pueblos (CEPAL 2006) –, de una población total hoy superior a 500 millones, los pueblos indígenas se han transformado en actores políticos gravitantes en América Latina. Esta actoría política se manifiesta en, entre otras formas, la creciente elección de indígenas en órganos de representación popular en todos los niveles de los estados. La “emergencia indígena”, como ha sido denominada por distintos analistas (Stavenhagen 1997; Bengoa 2000), es consecuencia de un largo proceso de toma de conciencia de los pueblos indígenas frente a su situación de opresión y discriminación política, económica y cultural al interior de los estados en que habitan. Como parte de este proceso quienes integran estos pueblos reivindican no solo los derechos individuales que les corresponden como personas, sino también un conjunto de derechos colectivos que les asisten como pueblos, entre ellos, derechos a la participación en las instancias de toma de decisión al

interior de los estados, y el derecho a la libre determinación y a la autonomía como expresión de dicha libre determinación¹.

Tal conciencia llevó a contar de la década de los ochenta al desarrollo en la región de procesos organizativos indígenas, desde el nivel local hasta el nivel estatal y supraestatal, dando en algunos casos lugar a lo que Van Cott (2005) denomina movimientos políticos étnicos, a través de los cuales estos pueblos han intentado participar en instancias de representación electiva pública.

La organización y movilización indígena en reclamación del reconocimiento de sus derechos colectivos fueron determinantes en las transformaciones jurídicas y políticas introducidas por la mayor parte de los estados a contar de los ochenta, en un proceso que ha sido conocido como la reforma del Estado (Assies 1999).

2. LOS CICLOS DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO

De acuerdo a Yrigoyen (2011), quien distingue tres ciclos de las reformas jurídico-políticas introducidas en la región en relación con los pueblos indígenas, en un primer momento, y en forma previa a la aprobación en 1989 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169)...

En Guatemala (1985), en Nicaragua (1987) y en Brasil (1988), adoptaron nuevas constituciones política (CP) en que reconocieron y protegieron la diversidad cultural indígena. También reconocieron a los pueblos indígenas derechos sobre la tierra, y en el caso de Nicaragua, formas de autonomía política territorial de carácter multiétnico.

Un segundo ciclo de reformas se desarrolló luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989. A través de ellas diversos estados reconocieron en sus CP a estos pueblos como sujetos colectivos, estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y de autonomía, así

¹ Según CEPAL (2006), en el caso de los pueblos indígenas que constituyen minorías demográficas en sus países, las demandas se centran en regímenes de autonomía para proteger sus territorios frente al asedio de los intereses económicos. En el caso de los pueblos que constituyen mayorías demográficas, sus demandas se orientan hacia la transformación del Estado y el establecimiento de regímenes democráticos plurales.

como también sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Ello además de derechos de carácter lingüístico y cultural.

Tales reformas constitucionales enfatizaron la naturaleza pluricultural, multicultural o multiétnica de los estados (Colombia, 1991; México 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998). De particular significación en este segundo ciclo, que ha sido caracterizado como el del constitucionalismo multicultural (Hale 2002 y Díaz Polanco 2006, en Burguete 2008a) o multicultural liberal (Aparicio 2011), fue el reconocimiento del derecho consuetudinario, tanto dentro de la jurisdicción del Estado como a través de los sistemas de justicia indígena (México, Ecuador, Colombia y Perú), así como de derechos de representación política especial indígena (Colombia y Venezuela). Junto a ello, derechos de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas, mediante diferentes figuras y en distintos niveles (resguardos, entidades territoriales indígenas, circunscripciones territoriales indígenas, municipios), fueron establecidos en las CP de Colombia, Ecuador y de México, como lo habían sido establecidos por Nicaragua en 1987.²

Dichas reformas multiculturales, sin embargo, si bien brindaron un reconocimiento formal a los pueblos indígenas hasta entonces marginados, vinieron a legitimar políticas económicas neoliberales y privatizadoras impulsadas en el contexto del consenso de Washington, las que impactaron negativamente a los pueblos indígenas. Por lo mismo, según Walsh (2008), no lograron transformar las estructuras uninacionales, monoculturales y hegemónicas de los estados.

Ello determinó la existencia de lo que el Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos indígenas (Stavenhagen 2006), denominó como la brecha de implementación. Ella se manifestó en, entre otros aspectos, la distancia entre las disposiciones constitucionales sobre estos pueblos y la normativa legal y reglamentaria vigente; la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente; y, en la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos.

Esta realidad dio origen a distintas estrategias indígenas en diversos contextos de la región, entre ellas, aquellas orientadas a disputar espacios políticos dentro de las instituciones políticas de los estados, incluyendo como estrategia central la de participación

² Las reformas constitucionales de los noventa en la región estuvieron influenciadas por el pensamiento liberal. Fue en ese período que filósofo canadiense Kymlicka (1996) promovió, con gran difusión en la región, la ciudadanía diferenciada o multicultural, así como la sustitución del estado-nación por el estado multinacional, y el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y grupos nacionales sub-estatales que los integran.

de los pueblos indígenas en procesos electorales (Burguete 2008a).

Fue en virtud de esta estrategia que en Ecuador y Bolivia se dio lugar a un tercer ciclo de reforma del Estado, el que ha sido denominado como constitucionalismo plurinacional (Yrigoyen 2011) o constitucionalismo dialógico e intercultural (Aparicio 2011). Ello a través de la aprobación, con la activa participación política de los pueblos indígenas, de nuevas CP el 2008 en Ecuador y el 2009 en Bolivia. Aunque diferentes en muchos aspectos, ambas CP tienen en común el que emanaron de asambleas constituyentes con representación de estos pueblos, y luego ratificadas mediante *referéndum*. Dichas CP, además, se vieron influenciadas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), aprobada por su Asamblea General el 2007.

Central a estas CP es el hecho que vienen a cuestionar el concepto de "Estado-nación", al reconocer la diversidad de pueblos y naciones y al definir los estados como plurinacionales, sin cuestionar, sin embargo, la unidad del Estado (artículo 1 CP de Ecuador; artículo 1 CP de Bolivia). La plurinacionalidad se ve enfatizada en el caso de Bolivia, al ser incorporada en la estructura y organización funcional del Estado a través de una Asamblea Legislativa Plurinacional, con circunscripciones especiales indígenas y con la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NPIOC) (artículos 145-147). También a través de un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter y composición, también con representación de estos pueblos (artículo 178).

Ambas CP, además, proponen la interculturalidad como forma de relación entre los pueblos diferenciados que integran los estados³. La CP de Ecuador, también, incluye un conjunto de derechos del buen vivir, entre los que se encuentran el derecho al agua y a la alimentación, al medio ambiente, a la comunicación e información al hábitat y vivienda, el trabajo, etc. (artículo 12 y sigts). En la misma la CP incluye los derechos de la naturaleza, los

³La interculturalidad se ve expresada en el deber del Estado de promover el buen vivir como legado cultural de los pueblos indígenas (*samak kawsay* en quichua) (Preambulo CP Ecuador) o de proteger principios ético-morales de la sociedad plural de los conceptos indígenas (quechua y guaraní entre otros), entre otros, el *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), el buen vivir o vida buena; la tierra sin mal (artículo 8 CP Bolivia).

que vienen a cuestionar el paradigma predominante de que solo los individuos o los grupos pueden ser sujetos de derecho⁴.

También relevante es el reconocimiento que la CP de Bolivia hace del derecho de las NPIOC a su libre determinación, el que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (artículo 2). En forma menos explícita, la CP de Ecuador reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias formas de organización y convivencia social y de generación y ejercicio de autoridad en sus territorios; derecho a conformar circunscripciones territoriales indígenas (artículo 60). Las mismas CP potencian el reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos en base a su derecho propio, dentro de su ámbito territorial (artículo 171 CP Ecuador) y la jurisdicción indígena originaria campesina, la que se ejerce por sus propias autoridades en base a sus normas y procedimientos (artículos 179 y 190 CP Bolivia).

Ambas cartas reconocen también a los pueblos indígenas un conjunto de derechos territoriales, incluyendo derechos de posesión y propiedad ancestral de sus tierras y territorios (artículo 57 CP Ecuador y artículos 2 y 30 CP Bolivia), así como derechos de usufructo, conservación y administración de recursos naturales (artículo 57 CP Ecuador); y de participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículo 30 CP Bolivia). Vinculado a estos recursos, y como una expresión de sus derechos políticos de participación en el Estado, la CP de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, a la participación en los beneficios de su explotación (artículo 57), y la de Bolivia; el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (artículo 30).

⁴ Se trata, según Zaffaroni (2009) de una contribución de las culturas andinas al constitucionalismo moderno y en general a la humanidad.

3. LAS IMPLICANCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

No puede dejar de subrayarse las implicancias que para el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas en la región ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos. En ello ha incidido, en primer término, el importante número de estados de América Latina que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT - 15 del total de 22 a nivel global-.

Este Convenio, como sabemos, reconoció a estos pueblos un conjunto de derechos colectivos de carácter político, incluyendo derechos de participación en el Estado (consulta de medidas legislativas o administrativas (artículo 6.1 a), participación en la adopción de decisiones en instituciones electivas (artículo 6.1 b), entre otros) y de autonomía (reconocimiento de derecho consuetudinario e instituciones propias (artículo 8 1 y 2) y del derecho a definir prioridades de desarrollo (artículo 71.1)). Asimismo les reconoció derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales (artículos 13 a 16). Ello además de un conjunto de derechos económicos sociales y culturales, incluyendo entre ellos derechos laborales vinculados al empleo, la seguridad social y salud, y la educación y acceso a medios de comunicación (artículos 20 a 31).

También ha incidido la adhesión que han hecho los estados de la región a la DNUDPI de 2007⁵, la que en materia de derechos políticos, reconoce a estos pueblos el derecho a la libre determinación (artículo 3), así como su derecho a la autonomía o al autogobierno, en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4). Como consecuencia de su libre determinación, ella reconoce el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado (CLPI) antes de que los estados adopten decisiones que les afectan⁶. La misma Declaración reconoce a estos pueblos el derecho que tienen *„a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen* en razón de la propiedad tradicional o que hayan adquirido de otra forma (artículo 26.2), así como a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido *„confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado* (artículo 28).

Finalmente, a la protección de estos derechos en la región ha contribuido de manera gravitante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) frente a las

⁵ Aunque Colombia se abstuvo de aprobarla el 2007, posteriormente adhirió a ella.

⁶ Entre las decisiones que según la DNUDPI requieren del CLPI de estos pueblos indígenas, se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (artículo 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (artículo 32.2).

denuncias que los pueblos indígenas han presentado por la violación de derechos humanos amparados en las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención).⁷ Ello en particular en materia de derechos políticos, al reconocerse el derecho de los indígenas a participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones en asuntos políticos, integrándose en los órganos estatales en forma proporcional a su población (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*, 2005). También en materia de derechos sobre la tierra y los recursos naturales, a través de fallos en que la Corte IDH ha reconocido la propiedad ancestral comunal de estos pueblos sobre las mismas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, 2001; sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005; y sentencia caso *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, 2006). A ello se agrega el establecimiento de la obligación de los estados de obtener el CLPI de estos pueblos, según sus costumbres y tradiciones, en caso de planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en sus territorios (Corte IDH, sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2007).

Los derechos de pueblos indígenas se han visto, además, reforzados por la incorporación de los derechos humanos de instrumentos internacionales referidos a ellos en los ordenamientos jurídicos internos de los estados. También por la recepción que estos derechos han encontrado en la jurisprudencia de los tribunales de justicia y/o de las instancias de control constitucional de los estados. Ello tanto por la vía de su incorporación explícita a través de disposiciones constitucionales⁸, como también a través de su aplicación directa por los tribunales de justicia o por las

⁷ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no cuenta con un instrumento específico referido a los pueblos indígenas y sus derechos. Un proyecto de Declaración Americana de Derechos de Pueblos Indígenas se debate en el seno de la Comisión Interamericana desde mediados de los noventa, pero aún no ha sido aprobado.

⁸ Varias CP de la región (Argentina, Chile, Colombia Costa Rica, Ecuador y Bolivia, entre otras) incorporan los derechos humanos de tratados internacionales en su ordenamiento jurídico interno, muchas veces al nivel jerárquico superior.

instancias de justicia constitucional⁹. Todo ha generado un nuevo escenario jurídico para las relaciones entre los estados y los pueblos indígenas en la región.

4. LOS AVANCES Y LAS BRECHAS DE IMPLEMENTACIÓN

Los reconocimientos constitucionales antes referidos, sin embargo, no siempre han ido acompañados de legislación que permita hacerlos efectivos. Tampoco se han traducido muchas veces en políticas públicas efectivas para asegurar los derechos indígenas. La brecha de implementación identificada tempranamente por el entonces Relator Especial de Derechos Indígenas Stavenhagen (2006), lamentablemente ha sido una característica común a la mayoría de los estados de la región. A continuación nos referiremos a los esfuerzos desarrollados por los estados de la región en la implementación de estos derechos en la práctica. Analizaremos los avances logrados a través del desarrollo legislativo y de las políticas públicas impulsadas para estos efectos, así como los obstáculos que aun impiden su ejercicio efectivo. Dada la amplitud de derechos nos centraremos en materia de derechos políticos a aquellos que corresponden a los pueblos indígenas a la participación en las instancias electivas de representación en los estados, así como a su derecho a la autonomía. En materia de derechos territoriales nos referiremos fundamentalmente a aquellos que se han impulsado por los estados en materia de derecho a la tierra y a de derechos indígenas sobre sus recursos naturales.

4.1. Derechos políticos

El derecho de los pueblos indígenas a participar en instituciones electivas de representación popular ha tenido

⁹ Así los tribunales de justicia (Corte Suprema) y órganos de control constitucional (Cortes o Tribunales constitucionales) de diversos estados han incorporado a través de su jurisprudencia no solo los tratados internacionales de derechos humanos, los que han pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad de dichos estados, sino también, la jurisprudencia de los órganos de tratado sobre estos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la Corte Suprema de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional Costa Rica, las que han aceptado en sus decisiones como parte de ese bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte IDH, incluyendo aquella recaída en casos referidos a derechos de pueblos indígenas.

desarrollo constitucional y legislativo, y/o desarrollo político en diversos estados en la región.

Así por ejemplo, en Bolivia, la CP de 2009 creó las circunscripciones especiales indígena originario campesinas (CEIOC), y la Ley del Régimen Electoral (LRE 026 de 2010) estableció 7 circunscripciones especiales para diputados indígenas, así como también escaños para la elección directa de los indígenas cuando fuesen minoría poblacional en otros niveles de la administración.

En las elecciones de 2009, el número de parlamentarios indígenas electos alcanzó a 38 (32 diputados y 6 senadores), representando el 22.89% del total. La misma tendencia se vio reflejada en las elecciones municipales y departamentales de abril de 2010 convocadas en base a la normativa de la CP de 2009 (Cárdenas 2011).

En Colombia, la CP de 1991 estableció un número adicional de 2 senadores, del total de 100, a ser electos por comunidades indígenas mediante una circunscripción nacional especial, así como circunscripciones electorales especiales para la Cámara de Representantes para permitir la participación de, entre otros, los grupos étnicos¹⁰.

Ello ha asegurado la representación indígena en estas instancias electivas, aunque no en forma proporcional a la población, (2% en el caso del Senado y no 3% del total de población que representan). La participación política indígena, además, se ha visto seriamente debilitada por el conflicto armado que vive este país, en especial en la parte andina y norte de Colombia¹¹.

En el caso de México, desde antes de la reforma de 2001, y con posterioridad a ella, se ha desarrollado legislación sobre participación política de los pueblos indígenas, en distintos niveles, incluyendo el Congreso de la Unión, los Congresos estatales y los municipios. En el primer nivel, el 2005, el Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE) aprobó una delimitación de los 300 distritos electorales federales en

¹⁰ La participación indígena en este último caso fue reglamentada por la Ley 649 de 2001, la que estableció un curul especial para las comunidades indígenas, además de dos para las comunidades negras

¹¹ Dicho conflicto, que enfrenta a fuerzas de la guerrilla, del narcotráfico con el Estado, ha provocado un número elevado de víctimas fatales indígenas - más de mil personas indígenas entre 1998 y el 2008 (Anaya 2010)- y el desplazamiento forzoso de muchas comunidades indígenas, debido a la expansión de la frontera agrícola y el establecimiento en los territorios indígenas de cultivos de coca (ONIC 2009).

que se divide el territorio mexicano incorporando criterios etno-lingüísticos. Dicha delimitación dio origen a un total de 28 distritos con un porcentaje de población indígena superior al 40%, los que son conocidos como "distritos indígenas" (Burguete 2010).

A raíz de ello, así como de las estrategias de inclusión preferencial voluntarias desarrolladas por los partidos políticos más relevantes, la representación indígena en el Congreso de la Unión se vio incrementada, pasando de 7 diputados indígenas electos el 2003, a 18 en 2006 y a 16 en 2009. De ellos 7, 17 y 10 legisladores fueron electos en las circunscripciones uninominales creadas por el IFE (Sonnleitner 2012). A nivel de los estados destaca Chiapas, el que en base a la Ley electoral de 1994, aumentó de 15 a 20 los distritos electorales uninominales, dando origen a 7 distritos electorales mayoritariamente indígenas (Burguete 2010). Aunque en 1995 los indígenas eligieron a 10 de 40 diputados, para el 2010 estos alcanzaron solo a 3 del mismo total (Sonnleitner, 2012).

En el caso de Perú, la CP de 1993 dispuso que la ley debía establecer porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, de comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales al igual que en los Consejos Municipales (artículo 191).¹² Leyes posteriores¹³ establecieron, para cada caso, que las listas de candidatos al Consejo Regional y la lista de candidatos a regidores debía estar conformada por un mínimo del 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios en cada región donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

Los resultados obtenidos por los pueblos indígenas a través de estas modalidades, no han sido los esperados. A nivel regional solo 14 de 258 candidatos indígenas fueron electos el 2010 en los consejos regionales. Al nivel provincial solo 34 de 482 candidatos indígenas a regidor fueron electos (JNE 2012). EL Congreso de la República, en tanto, no cuenta con escaños reservados para los indígenas. Las dificultades del sistema de cuotas para garantizar la participación política indígena en instancias electivas de representación ha motivado un debate involucrando a las

¹² Artículo modificado más tarde, el 2002, por Ley N° 27.680.

¹³ Ley de Elecciones Regionales N° 27.683 de 2002 y la Ley N° 27734 de 2002, que modifica la Ley de Elecciones Municipales (Ley N° 26.864 de 1997).

organizaciones indígenas y al JNE con miras a posibilitar dicha representación, incluyendo en el Congreso de la República.

La CP de Venezuela de 1999, junto con reconocer la existencia y derechos de los pueblos indígenas garantizó su representación en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena (artículos 125). Este derecho fue desarrollado el 2005 por la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) ...

...la que dispuso la creación de 3 curules para la representación indígena la Asamblea Nacional, cada uno de ellos elegido en una región-circunscripción diseñada para estos efectos. Garantizó, además, la representación de un diputado indígena en los Consejos Legislativos de 8 estados de ocupación tradicional indígena. A ello se agregó la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE) de 2009, la que estableció que los estados con más de 500 indígenas elegirían un integrante en Consejos Legislativos (artículo 151). La misma Ley dispuso la elección de un representante indígena en los municipios con 300 o más indígenas (artículo 152), y de otro en las parroquias con 180 o más indígenas (artículo 153). La ley no obligó a las organizaciones indígenas a constituirse como partidos políticos para participar en las elecciones sino como organizaciones civiles. Dada la realidad demográfica de los pueblos indígenas en Venezuela, la falta de recursos económicos, y la polarización de la política que existe en el país, los indígenas se han visto obligados a establecer alianzas con los partidos políticos que controlan la competencia electoral, lo que ha debilitado su representación política.

Junto a ello, en diversos estados de la región (Colombia, Bolivia, Panamá, Nicaragua y México) se ha reconocido, a través de distintas modalidades, el derecho de autonomía indígena.

Tal es el caso de las autonomías indígenas originaria campesina (AIOC) establecidas en la CP de Bolivia y en la Ley Marco de Autonomías (031 de 2010). De los 18 pueblos que el 2010 manifestaron su interés en convertirse en AIOC, solo 11 lograron conformarlas a través de la vía municipal, 9 en municipios de tierras altas y 2 en tierras bajas en el Chaco.

Tales autonomías también pueden ser establecidas también por las Tierras Comunitarias de Origen (TCO hoy TIOC)

establecidas en la CP de 2009 mediante un procedimiento especial. Sin embargo ello no ha ocurrido hasta la fecha.

En el caso de Colombia, en tanto, la CP estableció en su artículo 286 y 287 las entidades territoriales indígenas (ETI) como figura para el ejercicio de la autonomía indígena.

Tales ETI serían gobernadas por concejos indígenas en bases a usos y costumbres. Dichas instituciones no han sido desarrolladas hasta ahora por la legislación. Los resguardos indígenas, en cambio, figura de origen colonial establecida en la CP y en la ley, han sido crecientemente reconocidos como espacios de autonomía indígena¹⁴. En años recientes se han fortalecido las atribuciones de los resguardos en materia de salud y educación. A contar del 2001 participan de las rentas públicas, aunque a través de los municipios, lo que limita su independencia. La Corte Constitucional ha reafirmado el carácter autónomo de estas entidades, al reconocer que las comunidades indígenas son sujetos colectivos de derecho y que en virtud de ello tienen derecho a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, así como darse sus normas, costumbres, proyectos de vida y a adoptar las decisiones internas y locales que estimen necesarias para la consecución de esos fines, aún en contradicción con la de otros órganos públicos.¹⁵ Un claro obstáculo al ejercicio de la autonomía indígena a través de los resguardos, sin embargo, está constituido por el conflicto armado imperante en este país, que afecta críticamente a los pueblos indígenas.

Las experiencias de autonomía indígena más relevantes de la región, sin embargo, son las de Panamá y Nicaragua. En el caso de Panamá, esta encuentra su fundamento en un proceso histórico

¹⁴ Los resguardos son entendidos por el Decreto 2001 de 1998 como *una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales* (artículo 2).

¹⁵ En la sentencia C-921/07, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que en virtud de lo anterior, las decisiones del resguardo deben primar sobre las de la entidad municipal al existir discrepancia entre ésta y aquellos, en cuanto al uso de recursos para el desarrollo de sus competencias propias.

que antecede los ciclos de reforma de los estados antes analizados, pero que se ha visto fortalecida en los últimos años.

La figura a través de la cual se ejerce la autonomía indígena en Panamá es la de la comarca indígena. Dichas comarcas, la primera de las cuales - la de San Blas (hoy Kuna Yala)- data de 1953, tiene dos niveles de gobierno; el indígena y el del Estado, los que coexisten, aunque no sin dificultades y tensiones.

En el caso de Kuna Yala ello se ejemplifica en el hecho que el gobierno indígena se rige por la Ley Fundamental de la Comarca Kuna Yala, que establece el Congreso General Kuna como la máxima autoridad comarcal, así como su forma de elección y composición, y competencias, en tanto que el gobierno es regulado formalmente por el Decreto Ejecutivo 89 de 1983, el que establece al Intendente como la autoridad a cargo de la comarca, siendo este nombrado y removido por el ejecutivo. Otras comarcas reconocidas son la de Madungandí, cuya normativa (Ley N° 24 de 1996) reconoce a las autoridades y a las instituciones indígenas, incluyendo los congresos indígenas (general, regional y locales), y los caciques y *sáhilas* (artículos 5 a7). La Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé N° 10 de 1997, a su vez, establece la necesidad de contar con estudios de impacto ambiental previo a la realización de actividades que afecten los recursos naturales. Finalmente la Ley N° 34 de 2000 de la comarca Kuna de Wargandí, en tanto, dispone que el Congreso General Kuna de Wargandí, conjuntamente con las comunidades, elaborarán un plan de manejo y desarrollo de la región basado en la cultura kuna para garantizar el uso sostenible y la conservación de la biodiversidad. Dicho plan, sin embargo, debe ser aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) (artículo 9).

Uno de los mayores problemas que enfrentan las comarcas ha sido el de las estrategias gubernamentales orientadas a intervenirlas. Ello a través del impulso de figuras afines políticamente para los cargos tradicionales (Ospina 2011). También a través de la generación por los partidos políticos de divisiones internas en su interior entre la figura del presidente de los congresos indígenas -donde existen- con la de los caciques generales (Castillo 2007).

En el caso de Nicaragua, las autonomías encuentran su fundamento en la CP de 1987, la que reconoció a las comunidades de la Costa Atlántica el derecho a sus propias formas de organización social históricas y culturales (artículo 180), y a la libre elección de sus autoridades y representantes (artículo 180). El mismo año la Ley N° 28 reguló los alcances del régimen especial para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de esta parte de Nicaragua, estableciendo dos regiones autónomas en el departamento de Zelaya; la del Atlántico Norte (RAAN) y la del Atlántico Sur (RAAS) (artículo 6).

El Estatuto de Autonomía, sin embargo, otorgó a las regiones autónomas atribuciones muy generales, asignando al gobierno

central la mayor parte de las responsabilidades para hacer efectivo dicho mandato. Los Consejos Regionales establecidos en 1990, funcionaron sin reglamento hasta el 2003, año de su aprobación por la Asamblea Nacional (Decreto N° 3854). Este reglamento, junto con definir la naturaleza jurídica de las autonomías, concibiéndolas como espacios descentralizados dentro de la unidad del Estado, vino a corregir vacíos del Estatuto, estableciendo un mecanismo para la descentralización de los programas de salud, justicia, transporte y educación, y confirmando el poder de veto de los Consejos Regionales en materia de explotación de recursos naturales propuestos por el Estado en sus territorios.¹⁶ A ello se agregó la creación de un Fondo Especial de Desarrollo y la clarificación de los procedimientos de coordinación entre las autoridades regionales y nacionales, así como entre los municipios y las comunidades territoriales e indígenas en esta reconocida (González 2012). Cabe aclarar de todos modos, que la autonomía establecida en la CP y la ley, lejos de ser una autonomía indígena, como la que reclamaron en particular los miskito en la década de los ochenta, constituye una autonomía de base multiétnica que tiene por objeto permitir a los diferentes grupos étnicos que allí habitan, los que incluyen además de pueblos indígenas, a otros grupos étnicos, incluyendo dos pueblos afro descendientes (creoles y garífunas) y mestizos, participar e incidir en el gobierno de la región (Hooker 2010).¹⁷

Cabe señalar, sin embargo, que persisten muchos estados en la región donde no se reconoce a los pueblos indígenas derechos políticos.

Es así como en Argentina, Brasil y Paraguay, que tienen una demografía indígena menor (entre un 1%, y 3% de la población total según el BID (Sieder 2011), Chile, cuya población indígena alcanza al 11% de la población total (Censo de Población y Vivienda 2012), e incluso en Guatemala, cuya demografía indígena alcanza al 66% de la población total (Sieder 2011), los pueblos indígenas siguen en gran medida

¹⁶ Mediante reforma a la CP en 1995 se dispuso que los contratos de explotación racional de los recursos naturales en dichas regiones autónomas deberían contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente (artículo 181).

¹⁷ Tal situación estuvo determinada por el temor del gobierno Sandinista de la época a una hegemonía de los miskito, el grupo indígena más fuerte que se había enfrentado al régimen (Hooker 2010).

excluidos de las instancias de participación política en instancias electivas estatales. Tampoco se han establecido allí mecanismos para permitir la autonomía política o económica en sus territorios de propiedad legal o ancestral.

En el caso de Chile, por ejemplo, los pueblos indígenas no cuentan con representación política en ninguna de las dos cámaras del Congreso Nacional. Sus esfuerzos por estar representados en esta instancia, se han visto generalmente interferidos por los partidos políticos no indígenas, que se ven beneficiados por un sistema electoral binominal impuesto durante la dictadura de Pinochet, que excluye a los pueblos indígenas. Otro caso que llama la atención en este sentido es el de Guatemala, donde a pesar del significativo peso proporcional de la población indígena, esta tiene una representación minoritaria en el Congreso Nacional – 20 diputados (13%) del total de 158 en las elecciones de 2007- la mayor parte de ellos electos en listas por partidos políticos no indígenas (Soberanis 2011).

4.2. Derechos territoriales

Algunos estados han dado pasos importantes en la regulación jurídica y políticas públicas tendientes a identificar, demarcar y en algunos casos titular a favor de indígenas sus tierras y/o territorios.

Es el caso de Bolivia, el que con una población indígena mayoritaria, y en base a la CP de 1994 primero, la que reconoció a los pueblos indígenas sus tierras comunitarias de origen (TCO), y a la carta de 2009, más tarde, ha impulsado un proceso de saneamiento propietario de gran proporción.

Así entre 1996 y 2009 fueron saneadas 149 TCO (hoy TIOC) con una superficie total de 15.5 millones de hectáreas, que constituyen el 41.2% de la superficie saneada y titulada en el país, que en total suman 37.7 millones de hectáreas (Chumacero coord. 2010).¹⁸ En su mayor parte las tierras reconocidas como TCO corresponden a aquellas que el Estado considera fiscales, en las

¹⁸ Del total de 106 millones de hectáreas en proceso de saneamiento, 37.7 millones han sido saneadas, 13.3 millones están en proceso de saneamiento, y 55.6 millones están aún por sanear (Chumacero 2010).

que los pueblos indígenas tienen ocupación ancestral. Parte significativa de las TCO saneadas y tituladas corresponde a tierras bajas en el Chaco y Amazonía de Bolivia en contraste con aquellas localizadas en tierras altas en la zona andina donde vive la mayor parte de la población indígena (83 % del total) y el avance es mucho menor (*Ibíd*).

Los problemas que han encontrado los pueblos indígenas en el reconocimiento de los derechos de propiedad ancestral de sus tierras mediante la figura de las TCO- cuya conversión a TIOC propone la CP de 2009- sin embargo, no han sido pocos. Las tierras reconocidas a indígenas a través de esta modalidad han sido bastante menores a las demandadas, y muchas comunidades perdieron continuidad territorial al verse fragmentadas por la presencia de terceros en su interior. Es así como hoy se estima que alrededor del 50% de las TCO de tierras bajas son discontinuas en distintas proporciones, lo que además de afectar el reconocimiento propietario, dificulta su gestión y el control territorial indígena sobre las mismas (Salgado 2010).

La demora en el proceso de saneamiento de TCO ha facilitado la permanencia y consolidación de empresas de explotación de bosques tropicales, cuya actividad lesiona el derecho al uso y aprovechamiento sostenible exclusivo que la CP y la Ley forestal de 2006 (Nº 1700) aseguran a estos pueblos, sobre las tierras de ocupación indígena. Lo mismo ha ocurrido con las concesiones de hidrocarburos y mineras otorgadas por el Estado. Otro de los temas críticos en este sentido es el de la efectividad de la consulta y del CLPI de pueblos indígenas previsto frente a medidas administrativas que les afecten. Un ejemplo claro de ello es el del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS), el que a pesar de su doble status como TCO y área protegida, se encuentra amenazado por un proyecto carretero del gobierno de Evo Morales (Villa Turani- San Ignacio de Mojos) que lo atraviesa. Dicho proyecto ha sido resistido no solo por los pueblos que allí habitan, sino por los pueblos indígenas de Bolivia en general, por ser contraria a sus prioridades en materia de desarrollo y planes de vida. A pesar de la declaratoria de intangibilidad de este territorio por parte del gobierno el 2011 (Ley

180), el 2012 ha vuelto a insistir (Ley 222) en un proceso de consulta, cuestionado por los pueblos indígenas y entidades de derechos humanos por no garantizar los estándares internacionales, a objeto de imponer la carretera.

En el caso de Brasil, donde la población indígena es menor (0.4%), también se han impulsado procesos demarcatorios de tierras indígenas significativos.

En base a los procedimientos de la CP de 1988, al 2011 las tierras indígenas reconocidas por dicho Estado sumaban en total 672, ocupando una extensión de 110.387.058 hectáreas, representando el 13 % de la superficie total de Brasil. De ellas 396 tierras, con 97.405.142 hectáreas, habían finalizado el proceso de demarcación, encontrándose inscritas como tales en los registros correspondientes.

La mayor parte de estas tierras -409 con 108.720.018 hectáreas, que representaban el 21.67% del territorio amazónico y el 98.61 % del total de tierras indígenas del país- se concentraban en la Amazonia Legal, área que comprende 9 estados amazónicos. 288 de estas tierras indígenas, con 96.336.190 hectáreas se encontraban inscritas como tales en los registros correspondientes (Instituto Socioambiental 2011).¹⁹ Muchas de estas tierras, sin embargo, se siguen siendo objeto de invasiones por diversos grupos (poseedores, hacendados, madereros, garimpeiros, empresas nacionales y trasnacionales) muchas veces interesados en explorar los recursos naturales que hay en ellas. Tal situación afecta a muchos pueblos indígenas aislados (*isolados*) o en aislamiento voluntario, estimados en 70, a pesar de que muchos de ellos viven en tierras demarcadas (Anaya 2009). Al 2010 se identificaban 426 proyectos de inversión en desarrollo, fundamentalmente de explotación minera e hídrica, maderera, agroindustrial entre otros, afectando tierras indígenas, muchos de ellos apoyados u financiados por el gobierno federal e insertos dentro del PAC (Liebgott, 2010).

Otro tema crítico en el caso de Brasil es el que la propiedad de las tierras no pertenece a los pueblos indígenas, sino de

¹⁹ Antecedentes correspondientes al 4/11/2010, disponible en <http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje> [Consultada el 5 de enero de 2011]

acuerdo a la propia CP, a la Unión. Ello, lo mismo que las diferentes formas de tutelaje de la población indígena que habita en ellas por el órgano estatal encargado de políticas indígenas, limitan seriamente el derecho de los indígenas de definir sus prioridades en materia de desarrollo, y de asumir el control de sus vidas (Anaya 2009; Aylwin 2012)

Otro caso a destacar en esta materia es Colombia.

De acuerdo al Relator Especial de la ONU James Anaya para el 2007 existían un total de 710 resguardos que ocupaban una extensión de 34 millones de hectáreas, equivalentes al 29.8% del territorio colombiano (Anaya 2010).

Si bien se trata de una cifra significativa si se tiene en consideración que la población indígena de Colombia no supera el 3 % del total del país, a la misma fecha existían demandas pendientes de titulación por 1.6 millones de hectáreas en que habitan casi 400 mil indígenas (Anaya 2010). Al igual que en otros contextos, la proliferación de proyectos de inversión destinados a la explotación de recursos naturales renovables –forestales– y no renovables –hidrocarburos y minería– en territorios indígenas, muchos de ellos sin procesos de consulta adecuados, y sin su participación en los beneficios, contraviniendo expresamente la CP y el derecho internacional, constituye uno de los problemas más graves que afectan los pueblos indígenas (Houghton 2008; ONIC 2009). Ello ha llevado a los pueblos indígenas a impugnar dichos proyectos ante la Corte Constitucional de ese país, la que ha acogido 18 tutelas indígenas entre 1993 y 2006 reconociendo la violación del derecho al territorio por proyectos de inversión impulsados sin procesos de consulta adecuados (Anaya 2010). Como consecuencia de esta jurisprudencia dicha Corte ha dispuesto suspender el llenado de un embalse en territorio indígena; fumigaciones en áreas de cultivo ilícito; una exploración forestal en territorio de comunidades negras; y una exploración forestal y minera, mientras no se realice consulta previa (Due Process of Law Foundation, 2011).²⁰ Más recientemente, una

²⁰ Cabe señalar que la misma Corte se ha pronunciado además en relación a proyectos legislativos aprobados sin procesos de consulta de los pueblos indígenas. El caso más relevante es el de la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), el que fue declarado inconstitucional por no haber sido

sentencia de la misma Corte reafirmó esta jurisprudencia al ordenar realizar en forma debida la consulta buscando obtener el consentimiento previo, libre e informado en torno tres proyectos que afectaban al pueblo indígena *Embera Katío*: la construcción de una carretera, la interconexión eléctrica binacional Colombia-Panamá y una concesión minera. La sentencia ordenó también detener la ejecución de tales proyectos en tanto no se realizaran las consultas correspondientes a los pueblos indígenas afectados.²¹ A ello se agrega, como ha sido señalado, el conflicto armado que se vive el país, el que afecta seriamente el proceso de reconocimiento de las tierras indígenas, así como las posibilidades de un control territorial por parte de los pueblos indígenas.

En contraste con esos casos, el Estado chileno ha utilizado mecanismos de mercado para dar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas (11% población total) frente a la usurpación de sus tierras ancestrales y/o legales.

En efecto, en base a la Ley 19.253 de 1993 que creó un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), entre 1994 y el 2009 el estado chileno destinó US \$ 292 millones para la adquisición, traspaso o saneamiento de tierras en favor de indígenas. Del total de tierras supuestamente “ampliadas” en el período – 657 mil hectáreas-, solo 100 mil hectáreas constituyen ampliación efectiva, toda vez que las restantes corresponden a adquisición o saneamiento de tierras anteriormente pertenecientes a indígenas, o a traspaso de tierras fiscales, en su mayoría tierras ancestrales en poder del Estado (Aylwin 2012).

Cabe señalar que las tierras traspasadas a indígenas a través del FTAI no aseguran la protección y control indígena sobre los recursos naturales que se encuentran en ellas, los que de acuerdo a la ley, pueden ser concedidos por el Estado a terceros. Todo ello ha resultado en la expansión de las inversiones extractivas y productivas en territorios indígenas, ricos en recursos naturales, las que junto con incidir en la migración a los centros urbanos de la población que en ellos habitaba, y en su consiguiente empobrecimiento, ha generado procesos de protesta social

consultada adecuadamente con los pueblos indígenas (Anaya, 2010).

²¹ Corte Constitucional Colombia, Sentencia número T-129, de 3 de marzo del 2011.

indígena, en particular en el caso del pueblo mapuche, los que han sido criminalizados por el Estado (Anaya 2009).

5. REFLEXIONES FINALES

Como hemos podido observar, a pesar de los avances verificados en la región en las últimas décadas en el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas y de sus derechos, persisten muchos obstáculos para asegurar su vigencia efectiva en la realidad. Así en materia de derechos políticos, no se garantiza adecuadamente la representación indígena proporcional a su población en las instancias electivas de representación popular. En ningún Estado de la región los pueblos indígenas cuentan con una representación en las instancias legislativas (congresos, parlamentos, asambleas legislativas) que sea acorde con su peso demográfico. El caso más ilustrativo de las limitaciones persistentes en este sentido es el de Yatama, movimiento indígena de la Costa Atlántica de Nicaragua que, a pesar de estar organizado como partido político, fue impedido de participar en las elecciones municipales de 2004 por no cumplir con requisitos impuestos por la legislación electoral de ese país (Corte IDH, Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*, 2005). La legislación que impidió su participación aún no ha sido modificada, a pesar de las indicaciones de la Corte IDH al gobierno de Nicaragua.

Persisten también obstáculos para el ejercicio por parte de estos pueblos del derecho a la autonomía. En algunos estados, como Colombia, no se ha dictado la legislación para el desarrollo de este derecho constitucional. En otros, si bien existe legislación para la puesta en marcha de sistemas de autonomía indígena, esta no se ha aplicado, como en el caso de Ecuador, o ha sido aplicada en forma muy limitada, como en el caso de Bolivia. Entre los factores que inciden en ello destacan el temor de los gobiernos a que los pueblos indígenas asuman potestades que limiten o entren en conflicto con sus planes en materia de desarrollo económico. Los casos de Bolivia y Ecuador, donde la CP y las leyes reconocen a los pueblos indígenas derechos sobre los recursos naturales en los espacios autonómicos, parecen ser los más ilustrativos a este respecto. A ello se une la falta del financiamiento para los gobiernos autónomos, lo que debilita seriamente sus posibilidades

de ejercer este derecho. No es de extrañarnos entonces que los reclamos por transformaciones estatales para asegurar una efectiva representación política indígena, así como por la libre determinación y el autogobierno de sus pueblos, sigan siendo demandas centrales de los movimientos indígenas de la región²².

En materia de derechos territoriales, si bien cabe valorar los esfuerzos desarrollados por los estados se debe subrayar las limitaciones que las políticas por estos impulsados para asegurar el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, en particular los recursos del subsuelo, recursos que dichos estados consideran les pertenecen. Son frecuentes los proyectos de inversión extractivos de recursos naturales en tierras y territorios indígena impulsados sin procesos de consulta y sin el CLPI de estos pueblos. Dichos proyectos tampoco consideran la participación de estos pueblos en los beneficios que ellos generan, ni la compensación por los daños causados. Tales proyectos, como sabemos, han resultado en la mayor parte de los estados de la región, incluyendo en Ecuador y Bolivia, en procesos de criminalización de las protestas indígenas. Ello además de generar graves impactos sociales y ambientales que amenazan la sobrevivencia material y cultural de los pueblos indígenas.

Se trata de una situación que se agrava en la medida en que los gobiernos de la región siguen promoviendo un desarrollo orientado a la explotación de recursos naturales, la mayor parte de los cuales se encuentran en los territorios indígenas hasta ahora conservados por los pueblos indígenas. Los trágicos hechos de Bagua, Perú, donde la protesta indígena frente a decretos legislativos aprobados para facilitar el TLC con Estados Unidos fue aplacada el 2009, resultan demostrativos de los conflictos que las

²² Ella se ve nítidamente reflejada en la Declaración de *Mama Quta Titikaka*, de mayo de 2009, emitida por representantes de pueblos indígenas de toda América Latina reunidos en la Cumbre de los Pueblos Indígenas del *Abya Yala* en Puno. El ella se señala:

Construir Estados Plurinacionales Comunitarios, que se fundamenten en el autogobierno, la libre determinación de los pueblos, la reconstitución de los territorios y naciones originarias. Con sistemas legislativos, judiciales, electorales y políticas públicas interculturales, representación política como pueblos sin mediación de partidos políticos. Luchar por nuevas constituciones en todos aquellos países que aún no reconocen la plurinacionalidad. Estados Plurinacionales no solo para los pueblos indígenas, sino para todos los excluidos.

políticas públicas provocan cuando no son el fruto de proceso de diálogo respetuoso con los pueblos indígenas, sino de la imposición. Ello debiera llevar a los estados a repensar las estrategias hasta ahora impulsadas en relación a estos pueblos, para dar cabida a políticas que permitan hacer realidad los derechos que les han sido reconocidos en las últimas décadas, y que en muchos contextos siguen sin una vigencia efectiva.

6. BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, J., *Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil*, United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 agosto 2009

_____*La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile*, los días 5 al 9 de Abril de 2009, Naciones Unidas, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009

_____*La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, Naciones Unidas, A/HRC/15/34 8 de enero de 2010

APARICIO, M., "Pueblos indígenas y constitucionalismo: de la igualdad multicultural al diálogo entre iguales". En APARICIO, M., ed, *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, Barcelona, 2011, pp. 7-30.

ASSIES, W., "Pueblos indígenas y reforma del Estado", en ASSIES, W. et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. El Colegio de Michoacán, Zamora, Michoacán, 1999, pp. 21-55

AYLWIN, J., "Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: Situación jurídica y políticas públicas", en GARCÍA, J. coord., *Derecho Constitucional Indígena*, Con Texto Libros, Resistencia, Argentina, pp.17-66, 2012.

BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000

BURGUETE, A., "Gobernar en la diversidad en tiempos del multiculturalismo en América Latina", en LEYVA, X. et al. coords., *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor*, Ciesas, México D.F., 2008^a, pp. 15-64.

- ____ “Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México”. *Alteridades*, Vol. 18, Núm. 35 (enero-junio): 67-83. Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, México. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=74711467006> [consultada el 10 de marzo de 2012] 2008b
- ____ “La representación política indígena en Chiapas: brechas en la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Ponencia presentada en el coloquio *Participación Indígena en los Procesos de Independencia y Revolución Mexicana*, 22 de octubre de 2010, en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI). Inédito, 2010
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL), *Panorama social de América Latina*. CEPAL, Santiago, 2006. <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/0/27480/P27480.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl> [Consultada el 20 de marzo de 2013]
- CARDENAS, V. H., “Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en Bolivia”, en CARDENAS, V. H et. al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, La Paz, Bolivia, 2011, pp. 18-64.
- CASTILLO, B., “La participación política de los pueblos indígenas en Panamá: Una visión desde adentro”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos Coord., *Estudios sobre Participación política Indígena*. IIDH, San Jose, Costa Rica, 2007, pp. 111-36.
- CHUMACERO, J.P., “Trece años de reforma agraria en Bolivia. Avances, dificultades y perspectivas” en CHUMACERO, J. P. coord., *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia (Informe 2009)*, Fundación TIERRA, La Paz, 2010, pp. 11-38.
- DÍAZ POLANCO, H., *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Siglo XXI, México D.F., 2006.
- DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Due Process of Law Foundation, Washington DC., 2011
- GONZÁLEZ, M., *A Las Puertas de Una Reforma Contenciosa: La Autonomía Regional en la Costa Caribe de Nicaragua 25 años después*. Ponencia inédita presentada en el “VIII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)”, 22 al 26 Octubre 2012, en Sucre. Citada con autorización del autor, 2012.

- HALE, CH., "Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala". *Journal of Latin American Studies*, vol. 34: pp. 485-524.
- HOOKER, J. "De la autonomía multiétnica a...? Supervivencia cultural, relaciones inter-étnicas, autogobierno y el modelo de autonomía en la Costa Atlántica de Nicaragua", en GONZÁLEZ, M. et al. coords., *La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, Flacso, 2010, pp. 177-198.
- HOUGHTON, J., "La problemática de las tierras de los pueblos indígenas", en OBSERVATORIO INDÍGENA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESARROLLO DE DERECHOS ÉTNICOS, *La Tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*, CECOIN, Bogotá, 2008, pp. 83-143
- JURADO NACIONAL DE ELECCIONES, *Participación política de comunidades nativas y pueblos originarios del Perú*. Modulo de capacitación, Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2012.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996
- LIEBGOTT, R.A., "Um olhar sobre a cojuntura indigenista", en *Porantim*, 326, Junio/Julio 2010 p. 3.
- ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA-ONIC, *Estado de los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro*. (Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas), Bogotá, julio de 2009, disponible en <http://www.colombiassh.org/reh/spip.php?article472> [consultada el 14 de marzo de 2012]
- OSPINA, J. "Análisis crítico de las políticas dirigidas a los pueblos indígenas de Panamá: Una mirada desde la participación política y la extrema pobreza", en CÁRDENAS, V.H. et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer, La Paz, Bolivia, 2011, pp. 255-277
- SALGADO, J. M., "Gestión territorial Indígena en tierras bajas: ¿Autonomías Indígenas?", en CHUMACERO, J. P. Coord., *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia (Informe 2009)*, Fundación Tierra, La Paz, 2010, pp. 209-246.
- SIEDER, R., "Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina", en RODRIGUEZ, C. coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI Editores, México D.F., 2011, pp. 303-321.
- SOBERANIS, C., "Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en Guatemala", en CÁRDENAS, V.H. et

- al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, La Paz, Bolivia, 2011, pp. 216-235.
- SONNLEITNER, W., *La representación legislativa de los indígenas en México: De la representatividad descriptiva, a una representación de mejor calidad*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México. D.F., 2012
- STAVENHAGEN, R., "Las organizaciones indígenas en América Latina". En *Revista de la Cepal* N° 62 (agosto 1977): pp. 61-73.
- _____. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen** Addendum, United Nations, E/CN.4/2006/78/Add.5 17, Enero de 2006
- VAN COTT, D. L., *From movements to parties in Latin America. The evolution of ethnic politics*. Cambridge University Press, Nueva York, 2005.
- WALSH, C., *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad; Las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado*. 2008 www.revistatabularasa.org/numero_nueve/08walsh.pdf [consultada el 21 de marzo de 2012].
- YRIGOYEN, R., "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en RODRIGUÉZ, C. coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011, pp. 139-59.
- ZAFFARONI, E.R., "La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia", en CALIZAYA, A. y R. ZAFFARONI, *Nuevo constitucionalismo ambiental (Perspectivas desde lo plurinacional comunitario)*, Latinas Editores, Uru uru Marka, Bolivia, 2009, pp. 35-62.

7. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948
- Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989.
- Naciones Unidas, Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

8. SENTENCIAS

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-921/07
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia número T-129, de 3 de marzo del 2011.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso
Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001
- _____ Sentencia caso *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, 2006
- _____ Sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005
- _____ Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*, 2005

12

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Rosmerlin Estupiñán Silva & Juana María Ibáñez Rivas
 Universidad Paris 1 Panteón Sorbona^{***}

Resumen

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone en evidencia una interesante evolución en cuanto a la aproximación a los derechos humanos de los miembros de pueblos indígenas y tribales, y a los desafíos pendientes en lo que concierne al cumplimiento de las correspondientes obligaciones estatales de respeto y garantía. En ese sentido, el presente trabajo pretende aportar herramientas que resulten de utilidad en el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana desde dos perspectivas. La primera, referida al estudio de los métodos de interpretación del juez interamericano en materia de derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales y, la segunda, desde el contenido y alcance dado a dichos derechos humanos y las exigencias de su cristalización mediante el cumplimiento de las reparaciones.

1. INTRODUCCIÓN^{****}

Los tratados interamericanos no contienen ninguna especificidad cultural¹ debido a la influencia liberal del marco

^{***} Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona- Instituto de Investigaciones en Derecho Internacional y Europeo de la Sorbona (Paris, Francia) / *Groupe d'études en Droit international et Latino-américain de la Sorbonne - Institut de Recherche en Droit international et Européen de la Sorbonne (Paris, France)*. GEDILAS-IREDIES: <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/iredies/menu-haut-iredies/activites/gedilas/>

^{****} Abreviaturas utilizadas: AMDI: Anuario Mexicano de Derecho Internacional; art./arts.: artículo/artículos; coord.: coordinador; CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos; dir.: director; OEA: Organización de Estados Americanos; OIT: Organización Internacional del Trabajo; p./pp.: página/páginas; RTDH : Revista Trimestral de Derechos Humanos ; ss.: siguientes; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; vol.: volumen

¹ No podemos pasar por alto dos declaraciones que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La primera data de 1947 y es un reflejo de todos los prejuicios de una

jurídico americano². En consecuencia, no parece extraño que las primeras posiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH) no destaquen las particularidades de los pueblos indígenas en sus análisis³. El contexto social latinoamericano de mediados del siglo XX, el papel activo de los movimientos indígenas e indigenistas⁴ y la adopción progresiva del Convenio 169/1989 de la OIT por parte de los Estados del continente americano, marcarán la evolución de los trabajos de la CIDH y la consolidación de estudios especializados que, desde 1991⁵, sentarán las bases para los trabajos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH)⁶.

sociedad mestiza de pensamiento único que considera los pueblos aborígenes como un problema. En 1947, en el marco de la IX Conferencia Panamericana en Río de Janeiro, la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (Carta Internacional Americana de Garantías Sociales), consagró en su artículo 39 que: *En los países en donde exista el problema de la población aborígen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación*. El segundo texto, aprobado en 2011, es conocido como la Carta Democrática Interamericana y contiene dos artículos de interés: el artículo 9 como cláusula de no discriminación, que incluye la *promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas... y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa...* y el artículo 13, que se refiere, entre otras, al derecho a la educación de las *personas que pertenecen a las minorías*.

² Durante la redacción de la Carta de Naciones Unidas, no olvidamos la declaración de *Eleanor Roosevelt* en 1946, según la cual *if individual human rights are respected, there will be no need to proclaim the rights of minorities*. YACOUB, J., *Les minorités dans le monde : faits et analyses*, Desclée de Brouwer, Paris, 1998, p. 167.

³ Las primeras respuestas de la CIDH tratan los casos de las poblaciones indígenas como casos de sumatorias de individuos, sin considerar su carácter de pueblo o las consecuencias de los crímenes cometidos sobre el conjunto de la comunidad. v. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.32, doc. 3, rev. 2 (14-2-1974): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1973, caso del *Pueblo Guaibo c. Colombia*; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 20, corr. 1 (28-6-1976): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1975, caso de los *Pueblos indígenas Aché c. Paraguay*; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10, rev. 3 (29-11-1983): *Informe especial sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población de Nicaragua de origen miskito*.

⁴ Este tema se encuentra ampliamente documentado en el capítulo correspondiente al contexto latinoamericano de evolución de los derechos de los pueblos indígenas, a cargo de los profesores Jane Felipe Beltrão y Assis da Costa Oliveira, en esta obra colectiva.

⁵ CIDH, OEA/Ser.L/V/II.76, doc. 10 (18-9-1989): *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988-1989*, capítulo VI, II; OEA, AG/Res. 1022 (XIX-0/89) (18-11-1989): *Resolución de la Asamblea General relativa al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pár. 13. Desde 1990 existe un Relator especial sobre derechos de los pueblos indígenas en el seno de la CIDH y desde 1999, existe un Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA en materia de pueblos indígenas y tribales que se reúne regularmente.

⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 es el instrumento principal de la Corte IDH, cuya sede en San José de Costa Rica, comenzó a funcionar en 1979, cuando la

En esa misma línea de trabajo, desde 1997, se dirigen los esfuerzos de los Estados en la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷.

Este estudio concentrará su análisis en la jurisprudencia de la Corte IDH como intérprete legítima de los instrumentos jurídicos del sistema interamericano en casos que involucran alegadas violaciones a los derechos humanos de, *inter alia*, los pueblos indígenas y tribales. A partir de ello, otorgaremos una particular importancia a los conceptos y métodos de la decisión judicial en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: la Convención), concentrándonos en aquellos casos que han supuesto una relectura del derecho aplicable a la luz de principios ancestrales y de especificidades culturales.

Partimos de la definición aportada por la jurisprudencia interamericana de pueblos indígenas y tribales como grupos humanos en situación de vulnerabilidad⁸ y nos referimos a pueblos indígenas y tribales, incluyendo la jurisprudencia relativa a casos de comunidades afrodescendientes pues, a la fecha, la Corte IDH ha analizado los casos representativos de comunidades

Asamblea General de la OEA eligiera sus primeros siete jueces. La Corte IDH tiene una función consultiva bastante amplia en materia de interpretación de tratados y otros textos y una función contenciosa que depende de los casos que son llevados ante la Corte IDH a través de la Comisión.

⁷ Propuesta de Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, aprobada por la CIDH el 26 de febrero de 1997, en su 95 Período Ordinario de Sesiones, OEA/Ser/L/V/.II.95 Doc.6 (1997). http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=8

⁸ e.g. La jurisprudencia interamericana se ha referido a los pueblos indígenas y tribales como grupos humanos *en situación de debilidad o desvalimiento*, *en situación de vulnerabilidad y marginalidad* (Yatama, pár. 201 y 202), en *estado de vulnerabilidad* (Moiwana, voto Caçado Trindade, pár. 79), *en situación de especial vulnerabilidad* (Yakye Axa, pár. 63); *en situación de vulnerabilidad* (Saramaka, pár. 174). v. Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005 (en adelante: Yatama); Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005 (en adelante: Moiwana); Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005 (en adelante: Yakye Axa); Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 (en adelante: Saramaka).

afrodescendientes caracterizándolas como pueblos tribales que, en atención a la particular relación con sus tierras ancestrales, son susceptibles de compartir la misma protección que la de los pueblos indígenas⁹.

Con el ánimo de aportar herramientas de análisis que puedan ser utilizadas en futuras decisiones de la Corte IDH, abordaremos el estudio a partir de un análisis de los métodos de interpretación del juez interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, sus enfoques e innovaciones (1), para referirnos posteriormente al contenido de los derechos convencionales en la materia y a las modalidades de su aplicación (2) y avanzar algunos elementos de conclusión.

2. LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DEL JUEZ INTERAMERICANO

Para adaptarse a las situaciones y casos bajo estudio, la Corte IDH adoptará desde una época temprana, un *método dinámico* de interpretación que autores como el profesor Hennebel llamarán “dinámico” “sociológico” o “generoso”¹⁰ y que consistirá en interpretar el derecho aplicable en el contexto y en relación estrecha con la realidad del peticionario. Se trata de una mirada universal multicultural profunda **(2.1)** que hará florecer teorías y técnicas de interpretación novedosas a fin de adaptar la Convención al particularismo cultural **(2.2)**.

⁹ Para una aproximación crítica a la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la identificación de comunidades rurales afro-descendientes como pueblos tribales, véase DULITZKY, A., «Cuando los afrodescendientes se transformaron en pueblos tribales: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras», *El Otro Derecho*, n° 41, 2010, pp. 13-48.

¹⁰ HENNEBEL, L., «La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005», *RTDH*, n° 66, 2006, pp. 253-276, p. 254; HENNEBEL, L., «La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme», en HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (dir) *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, París, 2009, pp. 75-119, p. 80.

2.1. Los contornos de una sociedad multicultural interpretada por el juez interamericano

El uso del *método multicultural de interpretación* en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales tiene una consecuencia evidente: la apertura al universalismo jurídico, adoptando una mirada pluralista, capaz de incorporar el derecho consuetudinario indígena, los principios tradicionales de las comunidades autóctonas y tribales así como los componentes fundamentales de la cosmovisión indígena¹¹. Este enfoque ambicioso parte de un análisis multicultural en la perspectiva universal de los derechos humanos (2.1.1) y obliga a un enfoque pluralista, respetuoso de los particularismos, como garantía de efectividad de los derechos convencionales (2.1.2). El juez interamericano ha asumido el reto de proteger la especificidad sin, por lo tanto, perder la vocación universal de los derechos protegidos por el sistema.

2.1.1. El universalismo jurídico en el marco de una sociedad multicultural

La Corte IDH sentó las bases de un método de interpretación universal de muy largo alcance en el marco de su función consultiva [OC-1/1982]¹². En materia contenciosa, la jurisprudencia interamericana está marcada por la apertura hacia fuentes externas al sistema con fines de interpretación de la Convención¹³.

¹¹ RINALDI, K., *Les droits des sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Tesis doctoral de la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, Nice, 2012, p. 45.

¹² El juez interamericano no dudó en señalar que el artículo 64-1 de la Convención la faculta para pronunciarse acerca de la interpretación de cualquier tratado relacionado con los derechos humanos dentro de los Estados americanos [pár. 27], con independencia de que se trate de instrumentos ajenos al sistema interamericano [pár. 37] siempre que su función consultiva no desnaturalice su función contenciosa o vaya en detrimento de las víctimas presuntas [pár. 31]. Corte IDH, opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, OC-1/82, *“Otros tratados”*. Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Perú (en adelante: OC-1/1982).

¹³ El juez interamericano sigue de cerca la dinámica de otros sistemas regionales para mantenerse al día con el estado actual del Derecho Internacional, por lo que no extraña su espíritu de apertura que va más allá de lo establecido por el modelo europeo sin ser tan osado como el modelo africano. GARCÍA ROCA, J., et al (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y*

El universalismo jurídico del juez interamericano tiene fundamentos convencionales precisos: el artículo 1-1 consagra la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos convencionales, el artículo 2 establece el deber estatal de adecuar el derecho interno y el artículo 29 prohíbe expresamente una interpretación restrictiva de los derechos convencionales estableciendo la superioridad del principio *pro homine* (*pro personae*) o *favor libertatis*¹⁴. El uso de este principio explica la apertura hacia el respeto de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y tribales y rompe con el positivismo clásico de occidente para dotar de mayor eficacia a los mecanismos de protección¹⁵.

En materia de pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH hará uso de una amplia gama de fuentes que van desde instrumentos externos al sistema como el Convenio OIT 169/1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, hasta el derecho interno aplicable caso por caso.

Americano de Derechos Humanos, Civitas/Thomson, Madrid, 2012, 491pp.; BURGORGUE-LARSEN, L., «Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le système onusien», en DUBOUT, E.; TOUZE, S., (dir.) *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, París, 2010, pp. 91-115.

¹⁴ La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno. Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, 24 septiembre de 1999, párr. 42.

¹⁵ Para el profesor Hennebel la Corte IDH aplica una mirada *jusnaturalista*. HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 4. Para el profesor Ferrer McGregor, al mismo tiempo, los artículos 1-1, 2 y 29 de la Convención sirven como fundamento al control de convencionalidad que consolida el universalismo jurídico y sienta las bases del consenso regional a través de la regla del precedente judicial interamericano. Un análisis detallado en la materia puede encontrarse, por ejemplo, en el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer McGregor, en el asunto *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, de 26 de noviembre de 2010. Este mismo juez desarrollará ampliamente los postulados de la Corte IDH una obra reciente bajo su coordinación. FERRER MCGREGOR, E., (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte interamericana y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012. Un estudio crítico acerca de los problemas y las dificultades de coherencia asociadas al control de convencionalidad interamericano puede leerse en: CASTILLA JUAREZ, K., «Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados», AMDI n° XIII, 2013, pp. 51-97, p. 66.

La apertura al universo de fuentes de derechos humanos queda patente en la sentencia *Mayagna- Awas Tingni* que, sobre la base del principio *pro homine* [pár. 138] nos recuerda el deber estatal de ajustar el goce de los derechos de las comunidades indígenas y tribales “conforme al derecho consuetudinario, valores usos y costumbres”¹⁶.

En materia de fuentes, en el caso *Sarayaku*¹⁷, la Corte nos recuerda que “los tratados externos al sistema, ratificados por el Estado acusado y que contienen aspectos de derechos humanos”, “la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales” [pár. 161], “los principios generales de derecho internacional” [pár. 164], los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el sistema interamericano [pár. 161], son todos ellos elementos que integran el análisis jurídico de la Corte IDH, que va más allá, integrando el *soft law* en su análisis.

En efecto, el juez interamericano ha dejado sentado desde épocas tempranas el carácter obligatorio de la Declaración Americana de los derechos humanos [OC-10/89]¹⁸ y hace valer sistemáticamente la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 como derecho aplicable [*Sarayaku*, pár. 160 y nota 178].

En el caso *Saramaka*¹⁹, la Corte IDH se inspirará en el Convenio OIT 169/1989, instrumento externo al sistema interamericano no ratificado por Surinam, además de otros elementos, para identificar la consulta como inherente al derecho de propiedad comunal [párrs. 92-93, 129-134]. La Corte IDH hará valer la misma interpretación dinámica en *Sarayaku* contra el Ecuador, quien ha ratificado el citado Convenio, para afirmar que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” [párrs. 163-164].

¹⁶ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 (en adelante: *Mayagna-Awas Tingni*).

¹⁷ Corte IDH, caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 (en adelante: *Sarayaku*).

¹⁸ Corte IDH, opinión consultiva de 14 de julio de 1989, OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, solicitada por Colombia (en adelante: OC-10/1989).

¹⁹ Corte IDH, *Saramaka*, precitada.

Este proceso de enriquecimiento del derecho aplicable al sistema interamericano de derechos humanos existe, está siendo utilizado por la Corte IDH y permite ensanchar las fronteras de la Convención para, en palabras de la profesora *Burgorgue-Larsen*, mantener la Convención en movimiento²⁰. Efectivamente, si bien el universalismo es el contorno visible del derecho aplicable, la amplia gama de tonalidades se construye, caso por caso, en función de los particularismos que, sin perder la armonía del sistema, constituyen fuertes componentes de pluralismo jurídico (2.1.2).

2.1.2. La rehabilitación del pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico forma parte de toda sociedad democrática y multicultural. Su actualidad conceptual se hace evidente en dos aspectos fundamentales: en el hecho de que, a diferencia de su homólogo europeo²¹, el juez interamericano actúa basándose ampliamente en el derecho aplicable en el seno del Estado acusado [*Sarayaku*, pár. 160 y notas 183-185; *Saramaka*, pár. 129-134] y, en el hecho de que el pluralismo jurídico interamericano también se extiende al derecho indígena y tribal²².

²⁰ Hablando de la Corte Europea de Derechos Humanos, esta autora afirma: *El Tribunal renueva así el sentido y se pone al día con las tendencias normativas y jurisprudenciales a escala internacional. Haciendo esto, el Convenio se mantiene siempre in, jamás obsoleto, esclerótico, arcaico*: BURGORGUE-LARSEN, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, Porrúa, México, 2013, p. 72.

²¹ Para el juez europeo: *(...) no es necesario que el Estado defensor haya ratificado el conjunto de los instrumentos, aplicables en el sujeto preciso de que trata el asunto dado. Es suficiente para la Corte que los instrumentos pertinentes denoten una evolución continua de normas jurídicas y principios aplicados en el Derecho Internacional o en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y certifiquen, sobre un aspecto preciso, un entendimiento mutuo en las sociedades modernas (...)* CEDH, *Demir y Baykara c. Turquía*, Gran Sala, sentencia de 12 de noviembre de 2008, petición n.º 34503/97, pár. 86 (traducción libre de la versión en francés).

²² No podemos abstraernos, en este aspecto, del completo análisis de los profesores Jane BELTRÃO y Assis da Costa OLIVEIRA que, en esta obra colectiva, constatan la existencia de un fuerte constitucionalismo multicultural latinoamericano que data de finales del siglo XX y cuya evolución última (e.g. Bolivia y Ecuador) va más allá, planteando la construcción de constituciones plurinacionales. Tampoco podemos dejar de recomendar el análisis del profesor José AYLWIN, en esta obra colectiva, que se refiere a las brechas de implementación de este constitucionalismo multicultural que acompañó la adopción del Convenio 169/1989, cuyos contenidos de liberalismo económico impactaron adversamente a los pueblos indígenas, obligándoles a buscar respuestas internacionales para el respeto de sus derechos.

De toda evidencia, así lo entendió la Corte IDH, cuando en 2000, en el asunto *Bámaca Velásquez (Fondo)*²³, hizo valer la cosmovisión indígena para valorar las consecuencias culturales de una desaparición forzada más allá de las repercusiones sobre las víctimas directas o indirectas individualmente consideradas²⁴. La unidad del género humano entre los vivos y los muertos y la relevancia central de este vínculo en el seno de la cultura maya fueron la puerta de entrada de un análisis pluralista de los derechos a la luz de la identidad cultural [pár. 145-f]²⁵.

Más tarde, en 2005 y 2006, en los asuntos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, la Corte IDH encontrará que los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1-1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) de la Convención suponen la obligación de interpretar y aplicar la normativa interna en materia de procedimiento administrativo efectivo y plazo razonable (recurso judicial efectivo) para la reivindicación de tierras de los pueblos indígenas y tribales y de reconocimiento de la personalidad jurídica como pueblo “tomando en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”²⁶.

No escapa al tribunal esta valoración, en materia de derechos de participación política, en el asunto *Yatama*, cuando la ley electoral del Estado impone prácticas de participación política no

²³ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000 (en adelante: *Bámaca Velásquez (Fondo)*).

²⁴ *Ibid.*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, pár. 3. Como recordaremos, en 1991 la sentencia de fondo en el caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, relativa a la masacre perpetrada contra víctimas pertenecientes al pueblo tribal saramaka no ofreció ningún análisis en materia de multiculturalismo. Solo la sentencia posterior de reparaciones y costas permitió deliberar acerca de las costumbres y la organización tradicional (matrilineal y poligámica) como base para establecer el listado de causahabientes, víctimas indirectas de la masacre y como fundamento mismo de reparaciones no pecuniarias que anunciaban tímidamente la jurisprudencia a venir. Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de fondo, 4 de diciembre de 1991; Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de reparaciones y costas, 10 de septiembre de 1993 (en adelante: *Aloeboetoe (Reparaciones)*), párs. 17-20, 64.

²⁵ En 2005, esta reflexión recibe una atención especial en el análisis de las tradiciones tribales de la comunidad N_ juka. Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 99-100.

²⁶ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 51; Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, (en adelante: *Sawhoyamaya*), párs. 59-60, 89, 95.

adaptadas culturalmente a una comunidad tradicional cuyos líderes se ven excluidos de las listas de candidatos, privando a la comunidad de la posibilidad de elegir a quien “contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y tribales” [pár. 227-229]. La incorporación de la identidad cultural como principio jurídico da prueba de un pluralismo jurídico rehabilitado que será la base del examen profundo de cuestiones relativas a la noción de “persona” como individuo y “persona” como sujeto multitud, marco característico sustancial de las comunidades indígenas y tribales²⁷.

En 2010, la Corte IDH ira más allá al proclamar en *Xákmok Kásek*, que la identificación como comunidad es un hecho histórico social que forma parte de su autonomía y que no corresponde al Estado o a los tribunales determinar [pár. 37]²⁸. ¿Alusión indirecta al respeto del derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres invocados en *Yakye Axa* [pár. 63]? o ¿indicación indirecta del carácter inherente de la evolución de la identidad cultural y de la intangibilidad de la cultura comunitaria evocada en *Moiwana* [párs. 86.6-86.10]?. Probablemente la Corte IDH reenvía a fuentes universales, pues recordaremos que la *conciencia de la identidad cultural* que guarda cada sociedad tradicional es, conforme al artículo 1-2 del Convenio 169/1989, el aspecto fundamental a la hora de determinar su carácter indígena o tribal.

El enfoque de apertura no se detiene en las fuentes de derecho universales y en el pluralismo jurídico, pues como lo hemos evocado, *Sarayaku* muestra claramente la tendencia a evocar jurisprudencia nacional e internacional, como fundamento de un consenso jurídico universal, más allá del consenso interamericano en materias indígenas y tribales [pár. 164, notas

²⁷ Corte IDH, *Yatama*, precitada, voto concurrente del juez Sergio Ramírez García, pár. 7. El lector encontrará un estudio de los derechos políticos desarrollados a partir de este caso en BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 641 et s. Un comentario actualizado hasta 2011 de las misma autoras se encuentra en : *The Inter-American Court of Human Rights. Cas Law and Comentary*, Oxford, OUP, 2011, pp. 589 et s. (cap.23)

²⁸ Corte IDH, caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010 (en adelante: *Xákmok Kásek*).

190-215]²⁹. En efecto, la Corte IDH ha venido perfilando un consenso regional en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales de amplias repercusiones (2.2).

2.2. Florecimiento conceptual en el seno del sistema interamericano

A fin de que la Convención pueda aplicarse de manera armoniosa en ordenamientos internos con obligaciones diferentes en materia de pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH hizo evolucionar su jurisprudencia valiéndose de la teoría de las obligaciones positivas (2.2.1) y de la inclusión de contenidos culturales inherentes (2.2.2.).

2.2.1. Las obligaciones positivas de los Estados

La teoría de las obligaciones positivas derivadas de disposiciones convencionales ha sido la piedra angular de la interpretación del juez interamericano, desde el primer fallo de la Corte IDH [*Velásquez Rodríguez*, 1988]³⁰ y, en particular, en lo que concierne a obligaciones estatales, amparada en una lectura combinada de los derechos protegidos con los artículos 1-1 (obligación de respetar y garantizar), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 de la Convención (principio *pro homine o pro persona*)³¹.

La Corte IDH determinará que las obligaciones positivas exigen concretamente de las autoridades nacionales una acción, que consiste en tomar las medidas necesarias para la salvaguarda de un derecho o, de modo todavía más preciso, adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los individuos [*Velásquez Rodríguez* (Fondo), pár. 164-167].

²⁹ En *Sarayaku* la Corte IDH no se contenta con ampliar la mirada más allá de los Estados bajo su competencia y evocar la incorporación de los estándares internacionales en el derecho interno en el marco de los Estados miembros de la OEA (e.g. Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela). Además, el juez interamericano se refiere a la jurisprudencia de estos y otros Estados del continente americano (e.g. Canadá, Bélgica) y evoca los desarrollos jurisprudenciales de Nueva Zelanda.

³⁰ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988 (en adelante: *Velásquez Rodríguez* (Fondo)).

³¹ Las obligaciones positivas han sido fuente para el análisis sobre los elementos que componen la desaparición forzada como violación de naturaleza continua que han sido incluso acogidos por la jurisprudencia europea. BURGORGUE-LARSEN, L., *El diálogo judicial. op. cit.*, pp. 23-26.

La Corte IDH identificará claramente una serie de obligaciones de carácter material y de carácter procesal en el caso de los pueblos indígenas y tribales.

El Estado tendrá la obligación material de efectividad de los derechos convencionales: la vida en su dimensión multicultural, la propiedad de los territorios comunales o la participación política de las comunidades. El Estado, tendrá igualmente obligaciones positivas procesales, estrechamente ligadas al goce efectivo de los derechos convencionales [*Sawhoyamaxa*, pár. 143; *Sarayaku*, pár. 164]. Estas obligaciones pueden ser jurídicas (e.g. establecimiento de marcos jurídicos pertinentes para garantizar la consulta, adaptación cultural de la protección judicial), administrativas (e.g. de reconocimiento de personería jurídica, de reconocimiento de títulos de propiedad), judiciales (e.g. persecución y sanción de responsables, establecimiento de garantías judiciales adaptadas culturalmente) o de orden político en particular en materia de reparaciones no pecuniarias (e.g. disculpas públicas).

La teoría de las obligaciones positivas ha llevado a la Corte IDH a desarrollar igualmente, los efectos horizontales de los derechos protegidos por la Convención.

En materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, el juez interamericano ha consagrado la responsabilidad de otorgar una protección reforzada a las comunidades indígenas y tribales cuando sus derechos entran en conflicto con los derechos de terceros [*Mayagna- Awas Tingni*, pár. 164; *Sarayaku* párs. 145, 167]. Desde la sentencia fundadora, *Mayagna - Awas Tingni*³² hasta *Masacres de Río Negro* (última sentencia en 2012)³³, la Corte IDH afirmará como jurisprudencia consolidada que el Estado adquiere la responsabilidad por las violaciones cometidas por particulares contra los pueblos indígenas y tribales, en la medida

³² e.g. El lector encontrará un estudio de esta sentencia y, mas allá, de toda la jurisprudencia en materia de pueblos indígenas hasta 2008 en: BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., pp.532 et s., y hasta 2011 en: BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *The Inter-American Court of Human Rights. Cas Law and Comentary*, op. cit.

³³ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012 (en adelante: *Masacres de Río Negro*), pár. 174.

en que una falla en el deber estatal de proteger pueda verificarse y esta falla consiste en una acción defectuosa de los poderes públicos [Yakye Axa], una intervención negligente [Sarayaku] o una acción inexistente en presencia del deber de proteger [Saramaka].

Junto a las obligaciones positivas, la Corte IDH hace uso de criterios contextuales, sociológicos y antropológicos³⁴, es decir, del expreso “reconocimiento de la relevancia de la identidad y la diversidad culturales para la efectividad de la norma jurídica”³⁵ así como del principio *pro homine* (*pro personae*)³⁶ para desarrollar por vía jurisprudencial ciertos artículos a partir de contenidos inherentes que se refieren fundamentalmente a aspectos sustanciales del derecho a la propiedad, la vida, los derechos políticos y el acceso a la justicia (2.2.2).

2.2.2. Los contenidos multiculturales inherentes

Los contenidos inherentes han sido evocados progresivamente por el juez europeo de derechos humanos³⁷. En el contexto interamericano, con una historia marcada por violaciones graves de los derechos humanos, el juez interamericano ha seguido otros caminos³⁸ y no ha evocado expresamente el recurso a este método particular de

³⁴ No puede extrañarnos que desde el asunto *Mayagna-Awas Tingni*, hayan sido llamadas numerosas experticias antropológicas y sociológicas, además de jurídicas. Los estudios multidisciplinarios serán la puerta de entrada del análisis multicultural de los derechos en el sistema interamericano. Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, precitada, párs. 64-66, 75 (nota 1), 83-c, 83-d, 83-e, 83-f, 83-j.

³⁵ Corte IDH, *Bámaca Velásquez* (Fondo), precitada, opinión separada del juez *Antônio Cançado Trindade*, pár. 24.

³⁶ Artículo 29-b: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados(...).

³⁷ En 1975, en el asunto *Golder c. Reino Unido*, la CEDH señaló que “el principio según el cual todo litigio civil debe poder ser llevado ante un juez se cuenta entre los principios fundamentales de derecho universalmente reconocidos” y juzgó que “el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho que enuncia el artículo 6-1” (subrayado fuera del texto). CEDH, *Golder c. Reino Unido*, Sala plena, sentencia de 21 de febrero de 1975, petición n.º. 4451/70, párs. 35-36 (versión en inglés/francés).

³⁸ e.g. algunas reflexiones sobre la historia y los caminos del juez interamericano: CANÇADO TRINDADE, A., *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris 2012.

interpretación. No obstante, la autoridad del juez se ha venido manifestando a partir de una interpretación *pro homine* multicultural centrada en la identidad cultural como principio transversal de interpretación que dota de contenidos renovados y adaptados culturalmente a cada uno de los derechos convencionales, enriqueciendo sensiblemente el contenido de los derechos aplicables a los pueblos indígenas y tribales.

En primer lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH procederá a la reinterpretación de la *persona* como un concepto que no se agota en la noción de individuo y que va más allá de los integrantes de una comunidad tradicional para asentarse en el sujeto colectivo ...

la comunidad en sí misma como sujeto de derechos de propiedad tradicional, de personalidad jurídica, de autodeterminación y de existencia, que se manifiesta a través de medidas de reparación cuyo destinatario es el grupo, como víctima indirecta de la violación de los derechos de uno de sus miembros. En su evolución última, la sentencia *Sarayaku* [pár. 231], sin desconocer los derechos de los miembros de las comunidades, señalará que el goce colectivo de derechos es inherente a la cosmovisión indígena y tribal y que el Derecho Internacional les reconoce como sujetos colectivos de derechos más allá de los individuos. Era menester tomar nota de la cosmovisión indígena y tribal, para comprender el vínculo estrecho entre los individuos y entre ellos y sus territorios [*Sawhoyamaxa*]³⁹.

En segundo lugar, la Corte IDH procederá a una reinterpretación del contenido de los derechos convencionales haciendo uso de la mirada transversal de la identidad cultural como una aplicación del principio *pro homine* en sociedades multiculturales.

Veremos en detalle más adelante como la identidad cultural está presente como elemento rector de la reconceptualización convencional⁴⁰.

³⁹ Para una mayor comprensión de dicha evolución, véase, Corte IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre 2004 (en adelante: *Masacre Plan de Sánchez*), voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 5, y Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi.

⁴⁰ e.g., de la integridad moral (art. 5) (e.g. en el dolor causado a la comunidad por la pérdida de uno de sus miembros), de las medidas de reparación culturalmente adaptadas, de la protección de

Es precisamente esta mirada multicultural inherente la que lleva a identificar los usos y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, como elementos constitutivos del derecho a la vida que redefinen la vida misma en función trans-generacional, trans-temporal y holística como consecuencia de la relación hombre-comunidad-naturaleza (art. 4 de la Convención)⁴¹.

En efecto, un tema privilegiado de desarrollo de conceptos multiculturales inherentes será el derecho a la propiedad (art. 21 de la Convención)⁴², estrechamente ligado al vínculo cultural y espiritual que une a los pueblos indígenas y tribales con los territorios que reclaman [*Mayagna- Awas Tingni*, párs. 144, 149, 151; *Moiwana*, pár. 129; *Sawhoyamaxa*, pár. 131; *Yakye Axa*, párs. 137, 146, 154; *Saramaka*, pár. 82; *Sarayaku*, pár. 145]. El juez interamericano afirmará su construcción multicultural de los contenidos del derecho a la propiedad cuando señala que no es posible imponer las definiciones de propiedad del derecho romano a las nociones indígenas y tribales de propiedad [*Mayagna- Awas*

la relación de las comunidades con el territorio a través de la restitución de territorios (art. 21), del derecho a vivir en sus territorios tradicionales (art. 22); del respecto de la organización tradicional (art. 23), y, en general del respeto al derecho a vivir de acuerdo con una cultura (art. 4), a aprenderla (art. 17), y transmitirla a los menores (art. 19). El desarrollo de los contenidos culturales (multiculturales) inherentes de los derechos convencionales permite al juez interamericano hablar de otras protecciones posibles, relativas a los derechos sociales, en particular en materia de saneamiento, salud, educación y medio ambiente sano cuando identifica a un grupo humano como vulnerable en razón de su situación dentro de la sociedad.

⁴¹ Esta mirada de los contenidos multiculturales inherentes del derecho a la vida, incluye, sin ser restrictiva: *el restablecimiento del vínculo entre los vivos y los muertos* [*Bámaca Velásquez* (Fondo), precitada, pár. 145-f], *el derecho a enterrar sus muertos* y a completar el ciclo místico que les une a los vivos dentro de la comunidad tradicional [*Moiwana*, párs. 99-100], *la vida digna* como el goce de los derechos de propiedad de los territorios tradicionales [*Mayagna- Awas Tingni*, precitada, párs. 116-118; *Sarakayu*, pár. 145] y tribales [*Saramaka*, precitada, párs. 120-122] e incluso, *la conservación medioambiental*, como consecuencia de la armonía entre la vida humana y la naturaleza, porque para las comunidades indígenas y tribales el territorio es sagrado para los vivos y los muertos, sus ancestros y sus divinidades, y la conservación es importante para preservar el legado de las generaciones pasadas y asumir las responsabilidades frente a las generaciones futuras [*Mayagna-Awas Tingni*].

⁴² Al filo de las sentencias, la Corte IDH ha elaborado una serie de características inherentes, aún en movimiento, de los bienes que integran la noción de propiedad privada del artículo 21 de la Convención y que podrían anunciar la construcción de una noción autónoma en la misma línea de interpretación que ha usado largo tiempo atrás su homólogo europeo, e.g. Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001, pár. 122; Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itá vs. Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, pár. 174.

Tingni, párs. 147-153]⁴³. En este proceso de construcción de contenidos multiculturales inherentes, veremos como elementos relevantes: el uso del derecho consuetudinario indígena [*Mayagna-Awas Tingni*, pár. 151; *Yakye Axa*, pár. 151], la noción de cosmovisión ancestral de los territorios tradicionales [*Yakye Axa*, párs. 135-147], la identificación de formas de propiedad tradicional y de derechos preexistentes que trascienden a aquellos territorios sobre los cuales las comunidades indígenas y tribales han perdido toda posesión y tenencia pero guardan profundos lazos espirituales [*Moiwana*, pár. 132; *Sawhoyamaxa*, pár. 128] y la extensión del vínculo espiritual comunitario más allá de la tierra, hacia los recursos naturales de uso tradicional [*Mayagna-Awas Tingni*, párs. 116-118; *Sarakayu*, pár. 145; *Saramaka*, párs. 120-122]⁴⁴.

En nuestro análisis hemos puesto de presente que la utilización del método multicultural de interpretación trae consigo una apertura al universalismo de fuentes, una rehabilitación del pluralismo jurídico culturalmente adaptado y el uso de métodos de interpretación precisos, en particular, la reinterpretación de obligaciones positivas multiculturales y la mirada de los derechos convencionales a la luz de contenidos multiculturales inherentes. Creemos que esta interpretación pluralista y multicultural, a la hora actual, forma parte de la jurisprudencia constante de la Corte IDH⁴⁵. En la práctica, el juez interamericano ha asumido el desafío de reinterpretar la Convención para hacer efectivos los derechos

⁴³ Nos recordará el juez García Ramírez, que tal transposición, desde la colonia hasta la constitución de los Estados modernos ha sido la base del despojo y de la dispersión de las comunidades indígenas. Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, opinión separada del juez Sergio García Ramírez, pár.13.

⁴⁴ En los últimos desarrollos del concepto multicultural de propiedad privada, la Corte IDH concluye, para escándalo de los puristas del Derecho, que la indivisibilidad de los derechos forma parte de los puntos de partida, que el derecho a la propiedad tradicional de las comunidades indígenas y tribales no puede comprenderse sin un goce razonable y equitativo de los recursos del territorio, como garantía económica, social y cultural para preservar de la extinción de las comunidades indígenas y étnicas. ¿Se trata de una nueva alusión universalista a la Declaración de Viena de 1993 sobre la indivisibilidad de los derechos humanos?, lo cierto es que, en el momento actual, los derechos sociales, económicos y culturales forman parte de la construcción de los contenidos multiculturales inherentes del derecho a la propiedad privada [e.g. *Saramaka*, párs. 121; *Sarakayu*, pár. 230].

⁴⁵ Hasta abril de 2013, siete sentencias específicas (todas precitadas en este documento) en materia de derechos territoriales de las comunidades indígenas así lo confirman: *Mayagna-Awas Tingni*, *Moiwana*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa*, *Saramaka*, *Xákmok Kásek* y *Sarakayu*.

convencionales en el seno de sociedades multiculturales, plurinacionales, con identidades culturales diversas⁴⁶ y, por supuesto, este ejercicio de interpretación trae consigo una riqueza inusitada y coherente en el desarrollo de los derechos convencionales reinterpretados por la Corte IDH **(3)**, con un contenido y alcance renovados **(3.1)** y con una vocación de goce efectivo **(3.2)**.

3. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Teniendo en cuenta los métodos de interpretación adoptados por la Corte IDH en el análisis de los casos que involucran pueblos indígenas y tribales, a continuación presentamos brevemente el contenido y alcance de los derechos de los miembros de dichos pueblos desarrollados en su jurisprudencia **(3.1)**, así como las correspondientes medidas de reparación ordenadas a los Estados responsables de las violaciones a tales derechos **(3.2)**.

3.1. Contenido y alcance de los derechos

En lo que concierne a los derechos de los miembros de pueblos indígenas y tribales, es posible afirmar que la jurisprudencia de la Corte IDH presenta dos situaciones específicas: La primera, cuando los derechos tradicionales contenidos en la Convención son interpretados desde una perspectiva dinámica multicultural (3.1.1). Y, la segunda, cuando se desarrollan derechos innominados, es decir, cuando se define el contenido y alcance de un derecho no previsto expresamente en el texto de la Convención (3.1.2).

⁴⁶ Es interesante tener en cuenta por ejemplo, cómo la privatización de la tierra, es decir, el ejercicio del derecho de propiedad como derecho individual fue uno de los instrumentos centrales de asimilación cultural que buscaron sustituir, durante la colonia española y durante la formación de las repúblicas independientes, la comunidad ancestral por la nación y eliminar la identidad cultural comunitaria sustituyendo cualquier intermediación entre el individuo y el Estado. IRUROZQUI, M & V. PERALTA, V., ¶I. Elites y sociedad en América andina: de la república de ciudadanos a la república de la gente decente; 1825-1880, en LUMBRERAS, L. G., (coord.) *Historia de América Andina: Creación de las repúblicas y formación de la nación vol. 5*, Universidad Andina Simón Bolívar/Libresa, Quito, 2003, pp. 93-140, p. 98.

3.1.1. Los derechos expresamente previstos en la Convención Americana

En este punto destacamos doce (12) derechos reconocidos en la Convención que han sido analizados desde una perspectiva indígena-tribal.

- a) El **derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 CADH)**.- resalta el derecho de los miembros de pueblos indígenas y tribales a acceder a sus documentos de identidad como elementos esenciales “para la determinación de derechos civiles”. En cuanto a los pueblos como tal, la Corte IDH ha señalado la importancia de otorgarles la personalidad jurídica a nivel interno para hacer efectivos los derechos que estos ya poseen y que vienen ejerciendo históricamente como comunidad⁴⁷.
- b) El **derecho a la vida (artículo 4 CADH)**.- el concepto de “vida digna” es aplicado al considerar que los miembros de pueblos indígenas y tribales son “personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁴⁸. Así, ha quedado establecido que el acceso a una vida digna para los pueblos indígenas y tribales exige el goce de los derechos a la salud, a la alimentación, al agua limpia, vivienda, y servicios sanitarios, todo lo cual determina “las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”⁴⁹, y exige la necesaria relación de dichos pueblos con sus tierras y el goce y disfrute de sus recursos naturales. En esa misma línea, la Corte IDH ha señalado que el incumplimiento de la

⁴⁷ Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 186-194; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, pár. 251; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 171.

⁴⁸ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 162. En estos casos, la Corte ha sustentado el concepto de “vida digna” a partir de una lectura sistemática de la Convención (artículos 1.1, 4.1, 26 y 29.b) y del contenido y alcance de ciertos derechos económicos, sociales y culturales – desde el Protocolo de San Salvador y las disposiciones del Convenio 169 de la OIT-.

⁴⁹ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 167.

obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal puede crear una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida y la integridad de los miembros de una comunidad⁵⁰.

- c) El derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH).**- resalta, *inter alia*, la necesidad de que existan traductores que puedan tomar las declaraciones de una persona víctima de violación sexual en el marco de una investigación, valorando que “las agresiones sexuales son un tipo de delito que aquélla no suele denunciar” “por las particularidades tanto culturales como sociales” que debe enfrentar (rechazo de la propia comunidad, miedo, represalias)⁵¹. La Corte se ha referido también a la afectación de la cultura y condiciones de vida que representa para los miembros de los pueblos indígenas y tribales el desarraigo o la falta de restitución de sus tierras tradicionales⁵².
- d) La libertad de conciencia y de religión (artículo 12 CADH).**- interpretada con relación al artículo 5 de la Convención, destaca el reconocimiento del derecho a enterrar los muertos y celebrar los ritos funerales de acuerdo a las creencias religiosas del pueblo indígena o tribal⁵³.
- e) La libertad de pensamiento y expresión (artículo 13 CADH).**- el derecho a usar la propia lengua es

⁵⁰ Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 155; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, párs. 248-249.

⁵¹ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, párs. 184-198 (en adelante: Fernández Ortega y otros); Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, pár. 95 (en adelante: Rosendo Cantú y otra), y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, párs. 131-135. En el caso *Masacres de Río Negro*, la Corte analizó la violación al artículo 5 de la Convención conjuntamente con el artículo 11 sobre la protección de la honra y la dignidad en casos de violación sexual.

⁵² Corte IDH, *Moiwana*, precitada, pár. 97; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, pár. 244, y *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 164.

⁵³ Corte IDH, *Moiwana*, precitada, pár. 100; Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, párs. 155 y 157.

desarrollado entendiendo que una restricción sobre el ejercicio del mismo afecta la dignidad personal de un individuo como miembro del pueblo al que pertenece. Sobre el particular, la Corte ha reconocido que la lengua es “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”⁵⁴.

- f) El **derecho a la familia (artículo 17 CADH)**.- resalta el significado especial de la convivencia familiar para los pueblos indígenas y tribales, la cual comprende a distintas generaciones y a la propia comunidad⁵⁵.
- g) Los **derechos de los niños (artículo 19 CADH)**.- destaca la obligación especial del Estado de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas⁵⁶. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que “los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”⁵⁷.
- h) El **derecho a la propiedad (artículo 21 CADH)**.- ha sido consolidado el reconocimiento del derecho comunal sobre las tierras o territorios ancestrales o tradicionales de dichos pueblos⁵⁸. Dicho derecho

⁵⁴ Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, párs. 164, 166-169, 170-174.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de mayo de 2010, pár. 159 (en adelante: Chitay Nech y otros)

⁵⁶ Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 261-263, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 143.

⁵⁷ Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 169, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 144.

⁵⁸ Cfr. Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, párs. 148-149; Corte IDH, *Yakye Axa*, párs. 131, 135, 136, 137, 143; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 217; Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 160. El caso Mayagna Awas Tingni fue el primero en el que la Corte desarrolló el contenido del derecho a la propiedad sobre la tierra para el caso de pueblos indígenas. En dicho caso el Estado no había demarcado las tierras comunales ni había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho de propiedad sobre dichas tierras y sus recursos. En la sentencia, la Corte señaló entonces que a partir del artículo 21 de la Convención el derecho a

comprende los recursos naturales ligados a la cultura de los pueblos que se encuentren en las tierras, “así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos”⁵⁹. De acuerdo con la Corte IDH, la propiedad indígena-tribal sobre los territorios no se sustenta en el “reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”, de manera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, “existen sin un título formal de propiedad”⁶⁰. No obstante ello, en cuanto a la acreditación del dominio sobre la tierra, la Corte IDH – tomando como referencia el propio derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales⁶¹– ha derivado la obligación estatal de reconocer el derecho sobre dichas tierras; adoptar medidas para su respectivo registro, y garantizar su goce efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación, evidenciando que no se trata de un “reconocimiento meramente abstracto o jurídico”⁶².

la propiedad comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Asimismo, que existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la

estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

⁵⁹ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pág. 137; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pág. 118; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pág. 122. Los recursos naturales protegidos en el marco del artículo 21 de la Convención son aquellos que los pueblos indígenas o tribales han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de [el] pueblo.

⁶⁰ Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, precitada, pág. 151; Corte IDH, *Moiwana*, precitada, págs. 133; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pág. 128; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pág. 96.

⁶¹ Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, pág. 151.

⁶² Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, pág. 153; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pág. 143; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pág. 128; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, págs. 115, 194; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, págs. 93-107.

Por otro lado, frente a los casos en que las tierras comunales se encuentren en manos de terceros que actuaron de buena fe, la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado el derecho de reivindicación o restitución de las tierras, en aplicación del denominado “juicio de proporcionalidad”⁶³.

De esta manera, un caso puede exigir el pago de la justa indemnización para el perjudicado tercero de buena fe o, por el contrario, el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en tierras alternativas⁶⁴, contando con el consenso de estos en un proceso que respete sus valores, usos y derecho consuetudinario⁶⁵.

- i) **El derecho a las garantías judiciales⁶⁶ (artículo 8 CADH).**- destaca la obligación estatal de asegurar que los miembros de pueblos indígenas y tribales “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”.

Asimismo, la obligación estatal de garantizar, en la medida de lo posible, que aquellos no tengan que hacer “esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación”⁶⁷.

- j) **El derecho de circulación y de residencia (artículo 22 CADH).**- pone de relieve la importancia de que el Estado brinde las condiciones y los medios que permitan a los miembros de un pueblo desplazado “regresar voluntariamente, en forma segura y con

⁶³ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 144; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 128, 131-132; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 111, 116.

⁶⁴ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 144-149, 217; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 135, 136-140, 212; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada pár. 146.

⁶⁵ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 151; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 117-121, 286.

⁶⁶ En casos que involucran a pueblos indígenas y tribales la Corte también se ha referido al derecho a ser asistido por un defensor, sin embargo no ha precisado ninguna especificidad en cuanto al alcance de dicho derecho cuando se trata de miembros de dichos pueblos. Cfr. Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 117 y 119.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2008, pár. 100. (en adelante: *Tiu Tojín*).

dignidad, a sus tierras tradicionales⁶⁸, así como la obligación de adoptar medidas que mitiguen los efectos del desplazamiento⁶⁹. Al respecto, el Tribunal ha establecido que el desplazamiento forzado de pueblos indígenas o tribales provoca una ruptura con su identidad cultural, afectando el vínculo con los familiares, el idioma y el pasado ancestral, colocándolos en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural genera riesgo de extinción, física o cultural⁷⁰.

- k) Los derechos políticos (artículo 23 CADH) y la igualdad ante la ley (artículo 24 CADH).**- ha sido particularmente desarrollado el derecho a la participación política en procesos de elección de autoridades. Así el Tribunal ha señalado que los miembros de pueblos indígenas y tribales deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización que no les es propia. Ello supone que puedan participar “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”⁷¹. Por otro lado, la Corte ha declarado la responsabilidad del Estado por violación a los derechos políticos al verificar que una comunidad indígena quedó privada de la representación de uno de sus líderes⁷², impidiendo así

⁶⁸ Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 120-121.

⁶⁹ Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 183.

⁷⁰ Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, párs. 145-147, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 177.

⁷¹ Corte IDH, *Yatama*, precitada, párs. 194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

⁷² Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 108.

el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de éste en las estructuras del Estado...

...donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.⁷³

- I) El derecho a la protección judicial (artículos 25 y 2 CADH).**- destaca la necesidad de que exista un procedimiento específico a nivel interno, adecuado y efectivo, para la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por los pueblos indígenas y tribales⁷⁴, que tome en cuenta “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁷⁵.

3.1.2. Los derechos no previstos expresamente en la Convención Americana

En este punto destacamos dos derechos que si bien no están expresamente previstos en el texto convencional, han sido analizados por la Corte IDH a partir de la lectura conjunta de más de un artículo de la Convención, dotándolos de nombre y contenidos propios para el caso de los pueblos indígenas o tribales. Precisamente por ello, este tema ha sido y es materia de intenso debate en la doctrina y, claro está, a nivel de los Estados declarados responsables por la violación de los mismos.

- a) El derecho a la consulta libre, previa e informada (artículos 1.1, 2 y 21 CADH)** ha sido derivado de la obligación estatal de asegurar la participación efectiva de los miembros de un pueblo indígena o tribal en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o

⁷³ Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 113

⁷⁴ Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, párs. 123, 124, 131, 134, 135, 138; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 95-98, 104; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 97,108.

⁷⁵ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 63; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 83, 104-108; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 179; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 264.

extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. De acuerdo con la Corte IDH, la consulta debe realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo de que se trate, de manera que éste decida quién o quiénes lo representarán en el proceso⁷⁶. La consulta debe realizarse de buena fe teniendo como fin llegar a un acuerdo⁷⁷. Dicha consulta debe ser *previa* de manera que se realice durante las primeras etapas del proceso y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”; *libre* para garantizar una participación voluntaria, e *informada* para que los miembros de los pueblos indígenas o tribales tengan conocimiento de los posibles riesgos -incluidos los ambientales y de salubridad- que corren en caso se materialice la concesión⁷⁸.

En el marco de la emisión de las concesiones, el Estado está obligado a compartir los beneficios que se generen, garantizar estudios de impacto ambiental y social por entidades independientes y técnicamente capaces bajo su supervisión, y a no afectar la sobrevivencia del pueblo⁷⁹. Finalmente, la Corte IDH ha sentado jurisprudencia particular para los casos de planes o proyectos de inversión a gran escala señalando que, en dichos supuestos, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de los miembros de los pueblos concernidos, según sus costumbres y tradiciones⁸⁰.

b) El derecho a la identidad cultural (artículos 1.1, 21, 29.b. CADH).- ha sido definido como “ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir,

⁷⁶ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam Interpretación de la Sentencia, 12 de agosto de 2008, párs. 11, 18. (en adelante: Saramaka (Interpretación))

⁷⁷ Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 133.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*, párs. 129, 139, 143.

⁸⁰ *Ibíd.*, pár. 134. Ruiz Chiriboga y Donoso hacen un análisis crítico de dicho derecho a partir de las fuentes que la Corte ha utilizado para postular una diferenciación entre consulta y consentimiento, poniendo bajo cuestionamiento la existencia de un derecho al veto de los miembros de pueblos indígenas y tribales en casos de concesión de proyectos a gran escala. CHIRIBOGA RUIZ, O., & DONOSO, G., “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones”, en: AA.VV. Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2012 [en proceso de edición], pp. 74-80.

respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos⁸¹ de los pueblos indígenas. En ese sentido, de acuerdo con la Corte IDH, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Así, una falta de consulta a los miembros de un pueblo implica una afectación a dicho derecho en la medida que supone una intervención y destrucción del patrimonio cultural y, por ende, una falta grave al respeto debido a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir⁸².

Por tanto, constatamos que el juez interamericano ha asumido el reto de probar que los instrumentos clásicos de protección de derechos humanos pueden adaptarse para proteger especificidades culturales y hacer que los derechos de los pueblos indígenas y tribales sean garantizados más allá de los principios teóricos que contienen los derechos de los individuos.

De hecho, los procesos de interpretación, el razonamiento y la argumentación utilizada por la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales han sido objeto de una evolución vertiginosa que ha llevado al desarrollo de derechos y enfoques de derechos innovadores que van desde su definición sustancial hasta su puesta en práctica. No sin riesgo, el sistema interamericano intenta reconceptualizar los derechos humanos en el marco de un sistema democrático y multicultural.

3.2. La cristalización de los derechos: Reparaciones y su cumplimiento

La reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH resulta de una riqueza particular en atención a la intención de que ésta sea “integral”. Y esto no es excepción para el caso de aquellas reparaciones ordenadas en supuestos que involucran a miembros

⁸¹ Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, párs. 213

⁸² Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 147; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, párs. 213, 217, 220.

de pueblos indígenas o tribales en las que, adicionalmente, se toman en consideración las características particulares de los beneficiarios⁸³. Dicho esto, a continuación destacamos las principales reparaciones ordenadas en estos casos, organizadas en tres grandes grupos⁸⁴.

3.1.1. Sobre el derecho de propiedad comunal sobre las tierras o territorios ancestrales o tradicionales,

la Corte IDH ha ordenado la adopción de medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de los pueblos, siempre acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. En la implementación de cualquier mecanismo de delimitación, demarcación y titulación deben participar y consentir de manera informada las víctimas, a través de sus representantes, así como los miembros de las demás aldeas y comunidades vecinas⁸⁵. Asimismo, la Corte ha ordenado que proceda, cuando corresponda, la entrega de tierras alternativas⁸⁶. A mayor

⁸³ La Corte ha ordenado también medidas de reparación de otra naturaleza en las que, sin embargo, no ha hecho una consideración especial por tratarse de beneficiarios miembros de pueblos indígenas o tribales, como por ejemplo aquella referida a la investigación de los hechos, la identificación y, en su caso, la sanción a los responsables de las violaciones de derechos humanos, así como la referida a la búsqueda de personas desaparecidas.

⁸⁴ Al respecto, tomamos como referencia a Nash cuando afirma que las reparaciones ordenadas por la Corte en casos de pueblos indígenas destacan tres elementos: el realce que tiene el tema de la tierra, la vinculación de medidas reparadoras que busquen paliar la situación de vulnerabilidad económica y social de las comunidades indígenas y la consideración de aspectos culturales al momento de diseñar una política de reparaciones. NASH, Claudio. *Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, RIEDH, vol. 1, no 1, 2008, p. 84.

⁸⁵ Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, p. 164; Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 209-210; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, p. 210; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, p. 217; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, p. 194; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, párs. 282-283.

⁸⁶ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 215-218; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 210-214; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, párs. 282-288. En el caso *Xámok Kásek* cabe destacar que la Corte otorgó al Estado un plazo de tres años, prorrogable por un año a solicitud fundada del Estado, para cumplir con la obligación de restituir las tierras o entregar territorios alternativos. El Tribunal advirtió que no concedería la prórroga si, a su criterio, el Estado no realizaba suficientes acciones y gestiones para cumplir con esta medida de reparación. Dispuso, además, que si en dicho plazo el Estado no entregaba las tierras tradicionales, o en su caso las

abundamiento se ha ordenado, inter alia, la creación de mecanismos eficaces para la “reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁸⁷; medidas específicas para garantizar la consulta⁸⁸; la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes capacitadas para ello⁸⁹, y el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad para garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad⁹⁰.

3.2.2. En lo que concierne a la mejora de las condiciones de vida de los beneficiarios,

la Corte ha ordenado, inter alia, la entrega de suministros básicos en tanto se resuelve la cuestión de la tierra⁹¹; la creación de fondos de desarrollo comunitario para la subsistencia a largo plazo⁹²; becas para la educación de los hijos de las víctimas⁹³ o creación o fortalecimiento de centros de educación⁹⁴; atención médica y psicológica para las víctimas y sus familiares -incluida la provisión de medicamentos- atendiendo “las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, en especial sus costumbres y tradiciones”⁹⁵; implementación de sistemas de

tierras alternativas, debería pagar a los líderes e la Comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad de US\$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por cada mes de retraso.

⁸⁷ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 225; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 235; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 194; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 310.

⁸⁸ Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 194.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 221; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 229-230; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, párs. 301-305.

⁹² Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 205; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 224.

⁹³ Corte IDH, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, pár. 170 (en adelante: *Escué Zapata*); Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 264, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 257.

⁹⁴ Corte IDH, *Aloeboetoe* (Reparaciones), precitada, punto resolutive 5, y Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 267-270.

⁹⁵ Corte IDH, *Escué Zapata*, precitada, pár. 173; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 256; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 252; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár., 306; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 260. En el caso *Xámok Kásek* la Corte Interamericana ordenó al Estado que estableciera en el lugar donde se asentaba la

comunicación en casos de emergencia en salud⁹⁶; creación de programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad⁹⁷ (fondos de desarrollo comunitario), y la implementación de un programa de registro y documentación para que las víctimas puedan registrarse y obtener sus documentos de identidad⁹⁸.

3.2.3. En cuanto a medidas para garantizar la no repetición de los hechos violatorios,

la Corte ha ordenado, *inter alia*, la reforma de legislación electoral que regule claramente la participación electoral de miembros de pueblos indígenas⁹⁹; medidas para la conservación y la preservación de la memoria colectiva¹⁰⁰; programas de capacitación a funcionarios públicos estructurados sobre derechos humanos en general y, en particular, sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales¹⁰¹.

A mayor abundamiento, en la determinación de reparaciones la Corte ha tomado particular consideración a los elementos culturales de los miembros de los pueblos indígenas y tribales para efectos de la organización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad en el idioma de dichos pueblos, con la participación de sus líderes y tomando en cuenta sus tradiciones y costumbres¹⁰²; la publicación y difusión de la sentencia en idioma

Comunidad un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada. Por su parte, en el caso Rosendo Cantú ordenó que el centro de salud en la localidad donde se encontraba la víctima sea fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me'phaa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado.

⁹⁶ Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 232; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 306.

⁹⁷ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, párs. 105, 110; Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 205-206, 214-215; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 202-203; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 224-225; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, párs. 200-201; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 323.

⁹⁸ Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 231; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 308.

⁹⁹ Corte IDH, *Yatama*, precitada, pár. 258.

¹⁰⁰ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, pár. 104; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 251; Corte IDH, *Moiwana* (Fondo), precitada, pár. 218.

¹⁰¹ Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, párs. 260, 262, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, párs. 246 y 249.

¹⁰² Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, pár. 101; Corte IDH, *Moiwana* (Fondo), precitada, pár. 216; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, párs. 243-244; Corte IDH,

indígena¹⁰³, así como para la determinación de las indemnizaciones compensatorias por daño material¹⁰⁴ e inmaterial¹⁰⁵.

Por todo lo expuesto, queda en evidencia que el goce y ejercicio del derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales y tradicionales de los pueblos indígenas o tribales es esencial para el correspondiente goce y ejercicio de otros derechos, de manera que el cumplimiento de las medidas orientadas a la reparación de la violación de aquél resulta de la mayor relevancia.

Al respecto, cabe destacar la importante tarea que realiza la Corte IDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de las sentencias que emite, sobre todo actualmente, en que dicha actividad se ha convertido en una de las más demandantes en la medida que cada año se incrementan considerablemente el número de casos activos, en cada uno de los cuales la Corte da un seguimiento detallado y puntual a cada una de las reparaciones ordenadas¹⁰⁶.

En el caso concreto de los pueblos indígenas y tribales, el Estado de Nicaragua constituye un ejemplo al haber dado

Yakye Axa, precitada, pár. 226; Corte IDH, *Escué Zapata*, precitada, pár. 177; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, pár. 297; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 248; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 226; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 305.

¹⁰³ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, pár. 102; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 227, 414; Corte IDH, *Yatama*, precitada, pár. 252; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 236; Corte IDH, *Escué Zapata*, precitada, pár. 174; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 197; Corte IDH, *Tiu Tojín*, precitada, párs. 106 a 108; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 298-299; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, párs. 244-245; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 247, Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 229,; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 308.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Moiwana (Fondo)*, precitada, párs. 186-187; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 194; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 217; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 317 y 318; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 199; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, párs. 265, 266, 269-272, y Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 286.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Aloeboetoe (Reparaciones)*, precitada, pár. 83; Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, pár. 167; Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, párs. 81, 82, 83; Corte IDH, *Moiwana (Fondo)*, precitada, párs. 195.a, 195.b, 195.c; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 221; Corte IDH, *Saramaka (Interpretación)*, precitada, pár. 200; Corte IDH, *Yatama*, precitada, párs. 246, 247, 248; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 276; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 293, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 279.

¹⁰⁶ Corte IDH, doc. s/n (2012): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012*, p. 19, http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf [consultado: 30-4-2013].

cumplimiento a todas las medidas de reparación ordenadas en la sentencia del caso Mayagna- Awas Tingni¹⁰⁷.

Sin embargo, a modo de referente, la situación de incumplimiento se mantiene en los tres casos paraguayos que involucran a pueblos indígenas. Así, la Corte IDH se vio en la necesidad de convocar a una audiencia temática de supervisión de cumplimiento en noviembre de 2011 sobre la medida de reparación que ordena la identificación, entrega y titulación de las tierras ancestrales con el fin de poder escuchar la información y observaciones de las partes concernidas e intentar concretar compromisos¹⁰⁸. No obstante ello, hasta el momento, el cumplimiento de dicha medida no ha logrado materializarse y continúa representando un obstáculo para el goce y ejercicio pleno de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En ese sentido, el trabajo pendiente en la supervisión de cumplimiento de las sentencias que involucran pueblos indígenas y tribales es significativo, ya que mientras el tema de las tierras ancestrales o tradicionales no haya sido resuelto el eventual cumplimiento de otras medidas puede resultar insuficiente para que los miembros de dichos pueblos sean y se sientan auténticamente reparados.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

4.1. Libros

- BURGORGUE-LARSEN, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, Porrúa, México, 2013.
- BURGORGUE-LARSEN, L. UBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, L. UBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, OUP, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, A., *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris 2012.

¹⁰⁷ Corte IDH, caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

¹⁰⁸ Lo anterior se debe a que, en el año 2010, la Corte inició la práctica de realizar audiencias de supervisión relativas a un mismo Estado, pero referentes a más de un caso cuando se trata de medidas de reparación que guardan semejanza temática entre sí. Corte IDH, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, precitado, p. 14.

- FERRER MC-GREGOR, E., El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte interamericana y los jueces nacionales, Fundap, México, 2012.
- GARCÍA ROCA, J., et al (eds.) El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, Civitas/Thomson, Madrid, 2012, 491pp.
- HENNEBEL, L., La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés, Bruylant, Bruselas, 2007
- RINALDI, K., Les droits des sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Tesis doctoral de la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, Nice, 2012.
- SALMÓN, E., Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción, GTZ, Lima, 2010.
- YACOUB, J., Les minorités dans le monde: faits et analyses, Desclée de Brouwer, París, 1998, p. 167.

4.2. Artículos y capítulos de libros

- BURGORGUE-LARSEN, L., «Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'», en DUBOUT, E. ; TOUZE, S., (dir.) *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, París, 2010, pp. 91-115.
- CASTILLA JUAREZ, K., "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados", AMDI n° XIII, 2013, pp. 51-97.
- DULITZKY, A., "Cuando los afrodescendientes se transformaron en 'pueblos tribales': El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras", *El Otro Derecho*, n° 41, 2010, pp. 13-48.
- DULITZKY, A., "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *Revista IIDH*, n° 26, 1998, pp. 137- 188.
- HENNEBEL, L., «La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme», en HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H, (dir) *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, París, 2009, pp. 75-119.
- HENNEBEL, L., «La protection de l'"intégrité spirituelle" des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005», *RTDH*, n° 66, 2006, pp. 253-276.
- IRUROZQUI, M & V. PERALTA, V., "II. Elites y sociedad en América andina: de la republica de ciudadanos a la republica de la gente

decente; 1825-1880" en LUMBRERAS, L. G., (coord.) *Historia de América Andina: Creación de las repúblicas y formación de la nación vol. 5*, Universidad Andina Simón Bolívar/Libresa, Quito, 2003, pp. 93-140, p. 98.

NASH ROJAS, C., "Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos", RIEDH, vol. 1, no 1, 2008, pp. 61-86.

RUIZ CHIRIBOGA, O & DONOSO, G., "Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones", en: AA.VV. *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2012 [en proceso de edición].

5. DOCUMENTACIÓN

Carta Democrática Interamericana de 2011.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.32, doc. 3, rev. 2 (14-2-1974): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1973, caso del *Pueblo Guaibo c. Colombia*.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 20, corr. 1 (28-6-1976): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1975, caso de los *Pueblos indígenas Aché c. Paraguay*.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10, rev. 3 (29-11-1983): *Informe especial sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población de Nicaragua de origen miskito*.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.76, doc. 10 (18-9-1989): *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988-1989*, capítulo VI, II.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II. doc. 56/09 (30-12-2009): Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm> [consultado: 27-2-2013].

Corte IDH, doc. s/n (2012): Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, p. 19, http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf [consultado: 30-4-2013].

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (Carta Internacional Americana de Garantías Sociales) de 1947.

OEA, AG/Res. 1022 (XIX-0/89) (18-11-1989): *Resolución de la Asamblea General relativa al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pár. 13.

6. JURISPRUDENCIA

- Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de fondo, 4 de diciembre de 1991.
- Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de reparaciones y costas, 10 de septiembre de 1993.
- Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, 24 septiembre de 1999.
- Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000.
- Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001.
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001
- Corte IDH. caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre 2004.
- Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006.
- Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, caso *Escué Zapata vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007.
- Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia, 12 de agosto de 2008.
- Corte IDH, caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2008.
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

- Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de mayo de 2010.
- Corte IDH, caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros. vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012.
- Corte IDH, caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012.
- Corte IDH, opinión consultiva de 14 de julio de 1989, OC-10/89, "*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*", solicitada por Colombia.
- Corte IDH, opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, OC-1/82, "*Otros tratados*". Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Perú.
- STEDH, *Golder c. Reino Unido*, Sala plena, sentencia de 21 de febrero de 1975, petición n°. 4451/70.
- STEDH, *Demir y Baykara c. Turquía*, Gran Sala, sentencia de 12 de noviembre de 2008, petición n° 34503/97.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS

- Corte Internacional de Justicia: www.cij.org
- Organización de Naciones Unidas: www.un.org
- Consejo de los derechos humanos: www2.ohchr.org/french/bodies/hrcouncil/
- Consejo de Europa: www.coe.int
- Corte europea de derechos humanos: www.echr.coe.int
- Comisión interamericana de derechos humanos: www.cidh.org
- Corte interamericana de derechos humanos: www.corteidh.or.cr
- Corte africana de derechos humanos y de los pueblos: <http://www.african-court.org/fr/>

8. OTROS RECURSOS ELECTRÓNICOS

Anuario Mexicano de Derecho Internacional:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/resentacion.htm>

Biblioteca de derechos humanos de la Universidad de Minesota:
www.umn.edu

Revista trimestral de derechos humanos: www.revtrdrh.be

Actualidad de Derecho Internacional: www.ridi.org

QUINTA PARTE

DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD SEXUAL

13

DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD SEXUAL: CONTEXTO GENERAL

Fernando Muñoz León*
Universidad Austral de Chile

Resumen

El presente texto presenta un contexto general de los desafíos a la vigencia de los derechos humanos en materia de diversidad sexual. Con tal propósito identifica los criterios a partir de los cuales se comprende en la actualidad las características de los grupos que integran la diversidad sexual, y analiza las fuentes de amenazas a los derechos humanos de dichos grupos examinando los bienes fundamentales que las mismas afectan. Este análisis es hecho a la luz de algunos pensadores políticos clásicos cuya obra es central en la filosofía política moderna.

1. INTRODUCCIÓN: LA SEXUALIDAD, UNA FUENTE DE DIVERSIDAD

La sexualidad es una fuente de diversidad y, por lo tanto, de riqueza humana.

Sin embargo, en lugar de entenderlo así, a menudo ella es vista como una fuente de amenazas, derivando en la existencia de prejuicios y, con ello, de amenazas para quienes tienen una sexualidad diferente a la socialmente aprobada, que es a menudo la de la mayoría de quienes componen la sociedad en cuestión.

Por esto, la diversidad sexual es un asunto de la mayor importancia desde la perspectiva de los derechos humanos, ya que el rechazo a la diversidad sexual se convierte en una grave amenaza a los derechos humanos de quienes tienen una sexualidad distinta.

¿Quiénes son dichos sujetos, los protagonistas de la diversidad sexual? ¿Qué amenazas se ciernen sobre ellos en Europa, las Américas y el resto del mundo? ¿Y de qué manera será posible que dichas amenazas lleguen a su fin?

* Los contenidos expuestos aquí forman parte de la Investigación N° 11121191 del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico del Gobierno de Chile.

En estas páginas, y a fin de introducir el análisis jurídico que seguirá a continuación, examinaremos ambas preguntas de una manera amplia, que intentará hacer un panorama general de la situación contemporánea de la diversidad sexual.

Un importante punto de partida lo constituye reflexionar sobre la multiplicidad de sujetos que integran eso que hemos llamado aquí la diversidad sexual. Esto, pues si bien el pasado el foco de la atención estaba puesto en la homosexualidad masculina, hoy el avance en inclusión y visibilización de las variadas realidades en materia de diversidad sexual han evidenciado que existen muchas otras expresiones, enfrentadas a sus propias experiencias y desafíos. Esto incluye, desde luego, a la homosexualidad femenina, más conocida como *lesbianismo*; pero también a una amplia variedad de otras formas de vivir la sexualidad. Así, también existe la *bisexualidad*, orientación consistente en sentir atracción amorosa o sexual hacia hombres y mujeres. Existe también la *asexualidad*, término empleado para describir la condición de quienes carecen de deseo sexual. Otra expresión consiste en la identidad transgénero, concepto que a su vez engloba diversas identidades tales como la *transexualidad*, correspondiente a quienes se identifican con el sexo opuesto al que les ha sido asignado al nacer, ya sea biológicamente o a través de cirugías, y desean que su autopercepción prevalezca y sea socialmente aceptada; y la intersexualidad, correspondiente a quienes tienen genitales u otras características sexuales que escapan de una nítida diferenciación entre lo masculino y lo femenino.

Para intentar reflejar esta diversidad, hoy se acostumbra hablar de los grupos LGBT (lesbianas, gay, bisexual, trans), sin perjuicio de que existan otros acrónimos que intentan visibilizar la diversidad que existe dentro de aquello que aquí caracterizamos como lo trans.

Es importante, a fin de comprender la anterior clasificación, que la *orientación sexual* y la *identidad de género* son dos cosas distintas.

La orientación sexual se refiere al objeto de atracción amorosa o deseo sexual que un individuo siente, en relación con su propia sexualidad. Así, es posible reconocer cuatro variantes: heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad (o pansexualidad) y asexualidad. La identidad de género tiene que ver no con el deseo o atracción, sino con la autopercepción del sujeto; con la coincidencia o divergencia entre la percepción que aquél tiene de sí mismo y la identidad que la sociedad –o sus padres y sus médicos, en nombre de ella– le ha atribuido.

A continuación hablaremos de algunos de los problemas que enfrentan en el mundo contemporáneo los grupos que forman parte de la diversidad sexual. A fin de comprender la importancia de estos problemas, lo haremos tematizándolos en torno a los planteamientos de importantes teóricos políticos modernos, cuyas reflexiones evidencian la gravedad de los asuntos aquí discutidos.

2. SEGURIDAD: AGRESIONES Y OMISIONES QUE MATAN

¿Cuál es el fin del Estado? Thomas Hobbes [1588 – 1679], filósofo que marca los inicios del pensamiento político moderno, consideraba que el fin del Estado no es ni más ni menos que proteger la vida y la seguridad de las personas. Y sin embargo, hasta el día de hoy, en una gran cantidad de países la vida y la seguridad de las personas LGBT corren riesgo debido a las agresiones de que son víctima, así como debido a su falta de acceso a fuentes de trabajo, a tratamiento médico, u otros importantes bienes sociales, todo lo cual se agrava con la inacción de los estados.

Veamos qué sostenía Hobbes. Nuestro pensador consideraba que el derecho fundamental de todas las personas, lo que él denominaba su “derecho de naturaleza”, correspondía a “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida”.¹ Ahora bien, ¿qué ocurre cuando no existe un órgano autorizado para, en nombre de todos los integrantes de la

¹ HOBBS, T. *Leviatán, o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 106.

sociedad, proteger dicho interés? Según Hobbes, “durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos”.² Hobbes deliberadamente plantea esta imagen de la *guerra de todos contra todos* como una metáfora para explicar la situación generada por la inexistencia de un poder civilizador o por su ineficacia. Así, explica que “todo aquello que es consustancial a un tiempo de guerra, durante el cual cada hombre es enemigo de los demás, es natural también en el tiempo en que los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia invención pueden proporcionarles. En una situación semejante... existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.”³ Con el fin de prevenir esta situación “se crea ese gran *Leviatán* que llamamos *república* o *Estado* (en latín *civitas*) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido”.⁴ La justificación del Estado, su razón de ser, es entonces poner fin a la sensación de inseguridad que prevalece en su ausencia.

¿Cumple con su finalidad el Estado respecto de la población LGBT? Lamentablemente, en muchos lugares del mundo, incluso en Europa y las Américas, la respuesta a esta pregunta es negativa. Los prejuicios contra la diversidad sexual se expresan a menudo en agresiones físicas contra las personas debido a su condición sexual.

Los casos de violencia incluyen golpizas, lanzamiento de objetos, cercenamiento de miembros, tortura y asesinato; y se dirigen indiscriminadamente contra jóvenes y adultos, gays y lesbianas. Esta amenaza afecta de una manera particularmente dramática al mundo transgénero.

² HOBBS, T. *Leviatán, o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 102.

³ HOBBS, T. *Leviatán, o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 103.

⁴ HOBBS, T. *Leviatán, o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 3.

Las trabajadoras sexuales transgénero, quienes a menudo ejercen su actividad de noche y en la vía pública, en sectores con bajos niveles de protección, están más expuestas a sufrir una muerte violenta que el promedio de las personas.

En este caso, suele existir un círculo vicioso que lleva del prejuicio contra la diferencia, en este caso el prejuicio contra la identidad trans, a la discriminación en el acceso a oportunidades laborales, lo que a su vez lleva a la vulnerabilidad socioeconómica y, con ello, al trabajo sexual en condiciones de desprotección y peligro.

En los casos, a menudo el Estado falla doblemente. En primer lugar, falla en prevenir la realización de agresiones en contra de la población LGBTI. En segundo lugar, frecuentemente falla en identificar y enjuiciar a quienes cometen estas agresiones. Esto último, a su vez, representa un fracaso de los consabidos fines de la política criminal: el castigo justo por el delito perpetrado, la prevención de nuevos ilícitos por parte de otros, y la reformación de las conductas del agresor.

Como lo sugiere el caso de las trabajadoras sexuales transgénero, el problema no se reduce a un asunto de policías en las calles.

La primera fuente de peligros para la diversidad sexual consiste, como diremos en estas páginas, en la existencia de prejuicios en su contra. Dichos prejuicios son la fuente de otras amenazas que también ponen en riesgo la seguridad y la vida de la población LGBT. Durante los primeros años de la epidemia del VIH, los prejuicios llevaron a la inexistencia de políticas de salud eficaces en la prevención de esta enfermedad. La distinta intensidad que pueden tener los prejuicios, así como la mayor o menor visibilidad de la orientación sexual o de la identidad de género de cada sujeto, puede llevar a distintos niveles de carencia de oportunidades educacionales, profesionales, laborales, e incluso románticas, generando repercusiones negativas en la autoestima del individuo, e impidiendo su realización personal en condiciones de autonomía.

En esta materia, resulta una vez más particularmente dramática la situación de aquellas personas transgénero que desean someterse a una cirugía de reasignación de sexo, pero que no pueden alcanzar dicho objetivo debido a que carecen de los recursos económicos necesarios.

En el mundo de hoy, muy pocos sistemas de salud pública contemplan los recursos públicos necesarios para hacer realidad este deseo, el cual frecuentemente es percibido como un lujo o una extravagancia por quienes no experimentan la disforia de género o disonancia entre la identidad de género y el sexo biológico. Las personas transgénero también presentan demandas al sistema jurídico, exigiendo que su identidad de género sea legalmente reconocida, en un contexto en que muchos sistemas “biologizan” esta decisión acomodando solamente los cambios quirúrgicos de sexo y descartando la autopercepción como una fuente de atribución identitaria.

En resumen, una parte importante de la población LGBT vive en condiciones que hacen cuestionable que los Estados en los cuales residen estén cumpliendo las obligaciones morales que los justifican.

3. LIBERTAD: LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIZACIÓN

La diversidad sexual no sólo se enfrenta cotidianamente a la violencia física. También lleva siglos enfrentándose a la violencia jurídica, expresada en la forma de la criminalización de diversas conductas sexuales.

Uno de los primeros en cuestionar dicha criminalización fue el filósofo inglés Jeremy Bentham [1748–1832], quien escribió un texto, durante largo tiempo no publicado, sobre la justificación de la prohibición legal de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. El prisma desde el cual Bentham argumentaba era el utilitarismo, corriente de la cual él fue iniciador y que planteaba, polemizando con la moral tradicionalista que todavía imperaba en Europa, que las instituciones sociales debían ser constantemente reformadas a fin de aumentar el bienestar social, y más específicamente la utilidad de cada uno de los integrantes de la sociedad.

Uno de los planteamientos centrales de la filosofía utilitarista en materia penal consistía en sostener que “[n]o será correcto emplear ningún castigo: 1. si el perjuicio resultante del castigo es igual o superior al daño del delito, ni 2. si hubiese algún medio de lograr el mismo fin justo sin el costo del castigo”.⁵ En este sentido, el problema de la criminalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, a juicio de Bentham, es que ella carecía de justificación pues afectaba un supuesto delito donde no había ningún daño. Como observaba nuestro autor, este tipo de conducta “es evidente que no produce daño ninguno en nadie. Por el contrario, produce placer... Los participantes consienten ambos. Si alguno de los dos no consintiera, el acto no sería el que tenemos en mente aquí; sería un delito totalmente diferente en su naturaleza o efectos, un daño personal, una especie de violación”.⁶

¿Y qué justificaba entonces el uso del castigo penal para sancionar a quienes realizaran dichas prácticas sociales? En opinión de Bentham, nada:

“Llevo años atormentándome por descubrir, si es posible, un fundamento suficiente para tratarlas con la severidad con la que han sido tratadas hasta el momento por todas las naciones europeas; mas, basándome en el principio de utilidad, no puedo encontrar ninguno”.⁷

Lo que explicaba –sin lograr, desde luego, justificar– dicho castigo penal no era otra cosa sino el prejuicio, disfrazado detrás de una moral tradicionalista y supersticiosa: “en este caso, como en muchos otros casos, la disposición a castigar parece no haber tenido más fundamento que la antipatía con la que las personas que tenían el castigo a su disposición trataban al ofensor”.⁸ Para Bentham, “[e]n personas de mente débil, todo aquello que es extraño y al mismo tiempo desagradable físicamente es susceptible de excitar la pasión del odio. El odio, una vez excitado, de modo

⁵ BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 103.

⁶ BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 76.

⁷ BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 75.

⁸ BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 104.

natural busca su satisfacción por medio del tormento o la destrucción del objeto que lo excitó”.⁹

Ahora bien, el uso del castigo penal servía tradicionalmente para reforzar la estigmatización social de las conductas sexuales que se apartan de la norma.

En ese sentido, constituía una importante arma en el arsenal de aquello que se denomina como *heteronormatividad*; es decir, la transformación de la heterosexualidad en un patrón con el cual medir la moralidad y la legalidad de toda forma de expresión sexual y erótica.

Veamos un par de ejemplos. En 1884, en la ciudad de Iquique, al norte de Chile, se realiza un juicio criminal por “sodomía” contra los ciudadanos Ramón Cifuentes y Belisario González. Los habitantes del cuarto contiguo a Cifuentes, al oír sonidos que delataban la realización del acto sexual en cuestión y comprobar la efectividad de sus sospechas observando por entre medio de unas rendijas, acuden a la policía, con el resultado de que la habitación es allanada y la pareja, arrestada. Ambos inculpados reniegan de la conducta que les ha llevado a esta situación, imputándola a una situación de enajenación producida por la embriaguez del alcohol. Así, Cifuentes señala lo siguiente: “perdí de tal modo el uso de mis facultades de hombre, que llegaron a dominarme por completo los instintos animales poderosamente activados por los efectos de la bebida. Tengo la seguridad firme de que, al no haber mediado la embriaguez, jamás y por ningún motivo habría descendido a acción tan degradante, con cuyo solo pensamiento me lleno de vergüenza, dándome como única explicación de haberlo ejecutado el encontrarme ebrio”.¹⁰ Este auténtico “auto de fe” teatraliza performativamente la heteronormatividad imperante a través del rechazo, por parte del imputado, de la conducta que lo ha situado, como un *objeto* antes que un *sujeto*, en un estado de *corrupción*.

⁹ BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 123.

¹⁰ GONZÁLEZ, C., “Sodomía en Chile decimonónico: el caso de Ramón Cifuentes y Belisario González, Iquique, 1884”, *Revista de Filosofía* (Universidad de Chile), vol. 23, 2002.

El famoso litigio doble que involucró en 1895 a Oscar Wilde constituye también un ejemplo de esta dramatización pública de la heteronormatividad. La historia se inició mediante un juicio donde el escritor intentó infructuosamente procesar por injurias al Marqués de Queensberry, padre de un joven enamorado de Wilde y quien debido a su furia con la relación entre ambos le había calificado en público como “sodomita encubierto”. El recurso de Queensberry a la *exceptio veritatis* llevó a la exposición en público de múltiples detalles de la vida íntima de Wilde, a través de los cuales se le presentó como un hombre que seducía a jóvenes mediante regalos y otras fruslerías. Wilde, por cierto, no se hubiese expuesto a esta imprudencia si no fuera porque la acusación pública de Queensberry no le permitía otra cosa; de no haber demandado por difamación, habría concedido la acusación, y por lo tanto habría sido igualmente materia de un juicio. Su desesperado intento de zafarse de la condena lo llevó a la quiebra, pues al retirar su acusación de difamación debió pagar los costos de la defensa de Queensberry además de los propios y, por si fuera poco, enfrentar un juicio por “indecencia mayor”. El resultado fue su paso durante dos años por la prisión de Reading, y un recrudecimiento de la persecución y la intolerancia en toda Europa hacia la homosexualidad.

En general, en Europa y las Américas la despenalización se ha ido dando de manera paulatina.

En Inglaterra, dicha despenalización fue propuesta por el *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, un informe conocido como *Wolfenden Report* debido al nombre de su director, hecho público el 4 de Septiembre de 1957. El *Wolfenden Report* fue en sí mismo el producto de diversos escándalos que incluyeron la condena por homosexualidad a diversas figuras públicas inglesas. El *Wolfenden Report* encarnó el paradigma de una política pública ilustrada, afirmando que para llegar a sus conclusiones los miembros de dicha comisión “tomaron en cuenta los hechos científicos, el sentimiento de la comunidad, la sabiduría de expertos jurídicos y científicos, la estructura del

derecho, y los ideales de una sociedad civilizada”.¹¹ La necesidad de este despliegue retórico se hace evidente si tomamos en cuenta el desafío que planteaba para la sociedad inglesa este Informe: despenalizar la prostitución y las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Finalmente la despenalización se llevó a cabo mediante una ley del 27 de Julio de 1967, titulada *An Act to amend the law of England and Wales relating to homosexual acts*, cuya sección 1 decía así: “un acto homosexual en privado no será constitutivo de delito en cuanto las partes consintieren en él y hayan alcanzado la edad de veintiún años”. En otras partes, este proceso tomó más tiempo. En Estados Unidos, la prohibición penal de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo fue declarada inconstitucional recién en 2003 mediante la sentencia *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558), aboliendo la legislación de aquellos estados que aún mantenían dicho castigo. En Chile, este proceso se llevó a cabo mediante la Ley N° 19.617, de 2 de julio de 1999.

La criminalización de las conductas homosexuales, cuya revocación es de reciente o, incluso, recientísima data, es reflejo de una mentalidad histórica que, como ya lo evidenciara Bentham hace dos siglos, transforma a la diferencia en un motivo de odio, escarnio y negación.

Los efectos residuales y persistentes de dicha mentalidad son visibles todavía en muchos sectores de las sociedades contemporáneas. La modificación de esta mentalidad es una tarea que requiere una educación en el respeto por la diferencia, y por los derechos humanos.

4. IGUALDAD: MENOS DERECHOS QUE LOS DEMÁS

El pensamiento igualitario encuentra sus orígenes en Jean Jacques Rousseau [1712–1778], filósofo francés que dedicó su pluma a criticar las desigualdades existentes en la sociedad del Antiguo Régimen.

¹¹ WOLFENDEN, J., *The Wolfenden Report: Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, Stein and Day, New York, 1964, p. 5.

En una época en que el pensamiento prevaleciente sostenía que las diferencias sociales se sustentaban en la naturaleza o incluso en la voluntad divina, Rousseau tuvo la claridad y la valentía de afirmar que ellas provenían de las costumbres y las instituciones sociales.

Las costumbres y las instituciones, entonces, pueden ser en sí mismas una fuente de tratamientos desiguales entre los integrantes de la sociedad, de tratamientos privilegiados para algunos y desfavorables para otros.

Ahora bien, el poder de las costumbres y las instituciones es que ellas pueden moldear el pensamiento de las personas para *naturalizar* las desigualdades, para hacerles creer que estas diferencias odiosas eran justificables, a veces inculcando en sus mentes explicaciones que justificaban el estado de opresión y marginalización en que algunos estaban postrados. Rousseau afirmaba que “fácil es ver que entre las diferencias que distinguen a los hombres, muchas que pasan por naturales son únicamente obra del hábito y de los diversos géneros de vida que adoptan en la sociedad”.¹² De allí, su conclusión era que “[d]e la extrema desigualdad de las condiciones y de las fortunas, de la diversidad de las pasiones y de los talentos, de las artes inútiles, de las artes perniciosas, de las ciencias frívolas, formaríanse multitud de prejuicios igualmente contrarios a la razón, a la felicidad y a la virtud”.¹³

Tal realidad ha afectado a la diversidad sexual durante largo tiempo. Las costumbres e instituciones, tradicionalmente, han servido para marginalizar sus orientaciones e identidades, y han alimentado mentalidades discriminadoras y represivas que no sólo fomentan la violencia sino también deniegan derechos, entendidos como oportunidades para participar de las instituciones formales de la sociedad.

Uno de los ámbitos contemporáneos de la sociedad donde se discute este tratamiento desfavorable hacia la diversidad sexual es el del matrimonio.

¹² ROUSSEAU, J.J., *El Origen de la Desigualdad entre los Hombres*, Leviatán, Madrid, 2004, p. 55.

¹³ ROUSSEAU, J.J., *El Origen de la Desigualdad entre los Hombres*, Leviatán, Madrid, 2004, p. 86.

El concepto del matrimonio tiene contornos difusos cuya especificación se produce en el contexto sociológico y cultural. La forma en que los textos jurídicos son aplicados depende precisamente del contexto social en el cual ellos son aplicados. Por esto, su aplicación debe responder a las necesidades, características e idiosincrasia propia de una sociedad en un momento histórico dado.

Privar hoy de la posibilidad de contraer matrimonio a algunos es privar a una parte de la sociedad de la misma consideración y respeto de que goza el resto de la comunidad nacional.

Sin embargo, la legislación de la mayor parte de Europa y las Américas aún no reconoce el derecho de las personas gay o lesbianas a casarse.

La privación de derechos de la que es víctima la población LGBT no sólo se expresa en la imposibilidad de alcanzar el vínculo matrimonial. También, a menudo, se traduce en menores derechos en otras materias de familia. Es conocido el caso de Karen Atala, abogada y jueza chilena, quien fue privada de la tuición de sus hijas por la Corte Suprema de Justicia de Chile, atentado que resultó en una condena al Estado de Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de febrero de 2012.

La condena de la Corte Interamericana refleja la desaprobación de ese órgano ante la argumentación provista por la Corte Suprema de Chile en su decisión de 31 de mayo de 2004. Allí este órgano expresó que Atala, “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas”. Esto pues, a juicio de la Corte, dicha convivencia puede tener efectos “en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas” ya que “la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino” puede generarles una “confusión de roles sexuales”, y “situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social” dado “que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del

que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”.

En conclusión, una desigual distribución de derechos dentro de la sociedad es reflejo de la desigual consideración que merecen los distintos grupos.

Los grupos de la diversidad sexual deben contar no sólo con la protección efectiva de su seguridad por parte del Estado, sino que también deben gozar de la autonomía para decidir sus modelos de vida, pudiendo acceder a instituciones como el matrimonio y la paternidad/maternidad que en nuestra tradición cultural revisten una importancia innegable.

5. FRATERNIDAD: UNA CULTURA INCLUSIVA

Lamentablemente, la diferencia de todo tipo ha sido históricamente una fuente constante de rivalidad y agresión entre grupos humanos. Sin embargo, es un hecho que ciertos procesos históricos han tenido un efecto civilizador, disminuyendo la agresión. Esto no equivale a afirmar, quizás demasiado optimistamente, que la humanidad vive en un constante estado de progreso; tan sólo quiere decir que **bajo ciertas circunstancias, es posible convivir en paz dentro de la diferencia.**

Uno de los esfuerzos más tempranos por definir qué principio debía regir en dichas circunstancias lo debemos a John Locke [1632–1704], filósofo inglés que frente a las guerras religiosas de su época, libradas entre distintas confesiones cristianas, reivindicó el valor de la tolerancia. Así argumentaba Locke: “estimo que la tolerancia es el distintivo y la característica principal de la verdadera iglesia... si carecen de caridad, mansedumbre y buena voluntad hacia la humanidad, y aun hacia aquellos que no son cristianos, ciertamente estarán muy lejos de ser verdaderos cristianos”.¹⁴ Según Locke, “[s]i damos crédito al Evangelio y a los apóstoles, nadie podrá ser cristiano si carece de caridad y de aquella fe que no actúa mediante la fuerza, sino a través del amor.”¹⁵

¹⁴ LOCKE, J., «Carta sobre la tolerancia», *Revista Estudios Públicos*, nº 28, 1987, p. 3.

¹⁵ LOCKE, J., «Carta sobre la tolerancia», *Revista Estudios Públicos*, nº 28, 1987, p. 3.

La solución de Locke consiste en promover una cultura de la aceptación, sustentada en el mandato bíblico del amor al prójimo.

Sin embargo, su mensaje, que en el contexto de la época tiene un valor innegable, también se nos revela premonitorio en otro sentido; pues si bien Locke promovía la aceptación dentro de la diversidad religiosa, también promovía otros tipos de persecución e intolerancia, intentando reemplazar la división religiosa mediante esta nueva fuente de unidad entre cristianos en la persecución de quienes vivían de modo distinto.

Así, Locke escribió que “aunque las divisiones entre las sectas serán permitidas, nunca tales divisiones debieran obstruir permanentemente la salvación de las almas; sin embargo, el adulterio, la fornicación, la impureza, la lascivia, la idolatría y demás cosas similares, no pueden dejar de considerarse como obras de la carne; el apóstol dijo explícitamente que ‘aquellos que las consientan, no heredarán el reino de Dios’ (Gálatas 5, 21.)”.¹⁶

La cita a la Biblia nos recuerda la argumentación de muchos líderes religiosos contemporáneos que, buscando de manera descontextualizada fundamentos en textos milenarios para justificar el prejuicio y la discriminación, arengan a sus seguidores a fin de unirlos en torno a la persecución de formas de vida distintas.

El mundo contemporáneo debe hacer extensivo el planteamiento de Locke, destinado al círculo de las diversas confesiones cristianas, a toda la diversidad sexual y religiosa que legítimamente existe en la sociedad contemporánea.

6. CONCLUSIÓN: LA VIGENCIA PLENA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Estos párrafos introductorios permiten conectar la problemática de la diversidad sexual con otras muchas temáticas. Una muy cercana a aquella es la de la discriminación de género. Baste con examinar estas palabras de Bentham para ver las múltiples intersecciones entre ambas:

¹⁶ LOCKE, J., «Carta sobre la tolerancia», *Revista Estudios Públicos*, nº 28, 1987, p. 4.

“De acuerdo con las ideas de los antiguos, había algo degradante en el papel pasivo que no existía en el activo. Era someterse al placer –porque así hemos de llamarlo– de otro sin participar en ello; era convertirse a uno mismo en la propiedad de otro hombre; *era adoptar el papel de la mujer; era, por consiguiente, inhumano*”.¹⁷

A través de ellas vemos cómo la representación del mal que, a juicio de la mentalidad tradicional, reside en la diferencia sexual, recurre ni más ni menos que a la mujer como significación de lo inhumano.

Esto nos remite a la antigua observación de la teoría feminista, recogida por la teoría *queer*, que identifica como una constante en la tradición occidental moderna la ‘alterización’ –la identificación de un ‘otro’ que es tal respecto del sujeto que ocupa una posición hegemónica en el contexto en cuestión– a través de su corporalización y eventual somatización. Mientras que el sujeto hegemónico occidental es pura razón, y por lo tanto es genuinamente libre y puede asumir el rol demiúrgico de constituir por sí mismo ‘la norma’ y ‘lo normal’, el ‘otro’ está marcado por su diferencia, que lo define y lo aparta de lo normal. Tal diferencia encuentra su correlato en su corporalidad, sea ésta femeneidad, negritud, sexualidad desviada, enfermedad evidente, miseria, entre muchas otras formas de alteridad.

Así, el otro es física y moralmente débil, inferior, perverso, corrupto, miserable, abyecto. Jurídicamente, esto tiene diversas consecuencias: puede que el otro sea civilmente incapaz, que carezca de derechos políticos, o bien que esté impedido de acceder a instituciones tales como el matrimonio.

Al ‘otro’ su diferencia lo determina, lo limita, lo circunscribe; le impide acceder a la razón ordenadora y por lo tanto gobernante. Todo ello justifica, desde la perspectiva hegemónica, su propia marginalidad y, en última instancia, su desventaja y su vulnerabilidad, las que ni siquiera llegan a ser percibidas como tales por el sujeto hegemónico. No es libre, ni normal, ni ‘medida de todas las cosas’ porque no puede; porque no está en condiciones.

¹⁷ BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 83-84.

En contraste con estas diferenciaciones hegemónicas, la cultura de los derechos humanos promueve la aceptación horizontal e inclusiva de las diferencias. Es a dicha cultura que, a través de estas páginas, los invitamos.

7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BENTHAM, J., *De los delitos contra uno mismo*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.
- BUTLER, J., *Deshacer el género*, Piados, España, 2006.
- FIGARI, C., "El movimiento LGBT en América Latina: institucionalizaciones oblicuas", en MASSETTI, A.; VILLANUEVA, E. Y GÓMEZ, M. (comps.), *Movilizaciones, protestas e identidades colectivas en la Argentina del bicentenario*, Nueva Trilce, Buenos Aires, 2010, pp. 225-240.
- FOUCAULT, M., *Historia de la Sexualidad*, Siglo XXI Editores, Ciudad de México, 1999.
- GONZÁLEZ, C., "Sodomía en Chile decimonónico: el caso de Ramón Cifuentes y Belisario González, Iquique, 1884", *Revista de Filosofía* (Universidad de Chile), vol. 23, 2002.
- HART, H.L.A., *Derecho, libertad y moralidad*, Dykinson, Madrid, 2007.
- LOCKE, J., "Carta sobre la tolerancia", *Revista Estudios Públicos*, nº 28, 1987, pp. 1-41.
- ROUSSEAU, J.J., *El Origen de la Desigualdad entre los Hombres*, Leviatán, Madrid, 2004.
- WOLFENDEN, J., *The Wolfenden Report: Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*, Stein and Day, New York, 1964.

8. FUENTES ELECTRÓNICAS

- Federación Argentina LGBT (Argentina): <http://www.lgbt.org.ar>
- Grupo Gay da Bahia (Brasil): <http://www.ggb.org.br>
- Asociación Civil de Desarrollo Social y Promoción Cultural "Libertad" (Bolivia): <http://libertadglbt.org>
- Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Chile): <http://www.movilh.cl>
- Colombia Diversa (Colombia): <http://www.colombiadiversa.org>
- Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (España): <http://www.felgtb.org>
- Somos Gay (Paraguay): <http://www.somosgay.org>
- Movimiento Homosexual de Lima (Perú): <http://www.mhol.org.pe>

14

LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Ascensión Elvira Perales
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

La protección frente a cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual o de identidad sexual se ha ido afianzando en el ámbito internacional, primero a través de su inclusión en el reconocimiento genérico del principio de igualdad y, en fechas más recientes, mediante la inclusión explícita de la interdicción de discriminación por esos motivos. Una muestra de la esa evolución la encontramos en la protección ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un significativo paso a favor de la igualdad lo constituye el reconocimiento del matrimonio a personas homosexuales que se ha abierto paso en los últimos años.

1. INTRODUCCIÓN

La lucha contra la discriminación y contra la desigualdad es uno de los objetivos que han protagonizado el último tercio del siglo XX y los inicios del siglo XXI. Entre los diferentes motivos de discriminación encontramos la orientación sexual o la identidad sexual, circunstancias que provocaron -y aun provocan- tratos discriminatorios, cuando no directamente vejatorios e incluso contrarios no ya a la dignidad humana, sino a cualquier sentimiento de humanidad.

Como ejemplo del tratamiento dado a la orientación sexual, recordemos que fue solo el 17 de mayo de 1990 cuando la Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad de su listado de enfermedades mentales. Por lo que se refiere a la transexualidad, la Organización Mundial de la Salud la califica como un trastorno de identidad sexual, caracterizado por la incongruencia entre el sexo anatómico y la identidad sexual,

entendiendo por tal la conciencia de pertenecer a un sexo determinado, y definido como la disociación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona, de tal modo que la conducta resultante del sujeto se dirige, bien hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica, bien hacia el ocultamiento completo del sexo operante adaptando el vestido y los modales del sexo opuesto¹. La cuestión de la transexualidad presenta diversas facetas, una de ellas que si bien la disforia sexual es aceptada desde el punto de vista médico, sin embargo no se conocen aun con certeza las causas que llevan a la misma, a lo que se añade que no existe una pauta común en todos los casos.

La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual o de identidad sexual solo empieza a recogerse de manera expresa en declaraciones de derechos recientes, de tal manera que su defensa se planteaba de dos maneras: una, entendiendo que la referencia al sexo no solo recogía la alusión a hombres y mujeres, sino que englobaba las causas motivadas por razón de orientación o identidad sexual; otra, incluyéndola dentro de la cláusula genérica, presente en buena parte de los preceptos dedicados a la igualdad, expresada como «cualquier otra circunstancia personal o social», o alguna otra fórmula parecida, o simplemente dando al precepto una interpretación comprensiva.

Esta discriminación comparte con los supuestos clásicos de discriminación que supone una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a las personas y colectivos afectados en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad humana tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social². Todo ello ha conducido a que la orientación sexual y la identidad sexual como motivo de discriminación ocupen la atención en ámbitos internacionales y supranacionales, junto a otros motivos más tradicionalmente reconocidos de discriminación, como puedan ser la raza, el sexo o la posición social, incluso con mayor fuerza

¹ Organización Mundial de la Salud, *CIE-10, ob. cit.*, pág. 266; Asociación Americana de Psiquiatría, *DSM-IV. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995, p. 550, citado por ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 33. En la actualidad los transexuales luchan para que la transexualidad desaparezca de la lista de patologías de la OMS.

² En este sentido se pronunciaba el Tribunal Constitucional español con respecto a la orientación sexual en la Sentencia 41/2006, de 13 de febrero, fundamento jurídico 3º.

que otros que han logrado ya un consenso más generalizado en la defensa de otros supuestos de discriminación, pues restan importantes objetivos por cumplir. En este sentido, no está de más recordar cómo la homosexualidad todavía se castiga con la pena de muerte en al menos 5 Estados³ y con penas de prisión u otras sanciones –en bastantes casos graves– en 76⁴. Incluso en algunos Estados del ámbito occidental, las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales recibieron hasta fechas recientes un trato legal distinto al de las relaciones sexuales consentidas entre heterosexuales, por ejemplo estableciendo una edad superior para consentir estas relaciones o vetando la homosexualidad en algunos medios (la prohibición de la homosexualidad en el ejército ha sido algo habitual). Los logros en defensa de los derechos del colectivo LGTBI no han de hacernos olvidar no solo los datos a los que acabamos de hacer referencia, sino los riesgos de involución, presentes incluso en Estados en los que se han conseguido mayores avances, riesgo que aparece ligado a distintas corrientes de fundamentalismo religioso o a movimientos políticos de carácter autoritario o totalitario (cuando no a ambos factores conjuntamente⁵).

Los motivos de discriminación son muy variados, todos comparten su carácter odioso y ser contrarios a un Estado social democrático de derecho; no obstante, la discriminación por razón de orientación sexual contiene algunas características específicas. En primer lugar, cabría señalar su ‘contemporaneidad’, dado que sólo en fechas recientes se ha incluido este motivo como causa específica de discriminación, En segundo lugar, sólo en los últimos años asistimos a un reconocimiento de la igualdad en aspectos que afectan a la vida familiar, como pueda ser la posibilidad de contraer matrimonio para parejas del mismo sexo o la posibilidad de adoptar hijos.

³ En algún Estado, como Nigeria se aplica en algunas zonas del país.

⁴ Las cifras están recogidas del Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, presentado en noviembre de 2011.

⁵ Con frecuencia los cambios normativos o la actividad represora de los poderes públicos viene auspiciada por movimientos religiosos de fuerte implantación entre la población o con significativos vínculos entre su clase dirigente.

Conviene subrayar un aspecto que diferencia la lucha contra la discriminación en el ámbito LGTBI: la **frecuente invisibilidad**. Esta invisibilidad se plantea de manera inicial por el ocultamiento de la orientación o identidad sexual, lo que resulta perfectamente legítimo, pero que puede suponer en sí una merma de derechos si ese ocultamiento se efectúa para evitar un trato discriminatorio por parte de terceros. Por otra parte, la invisibilidad se traduce en la ausencia de denuncias ante la previa existencia de conductas discriminatorias o lesivas de los derechos de personas LGTBI.

Lo anterior nos conduce a otra característica de este tipo de discriminaciones que consiste en que su alegación deja al descubierto aspectos de la vida privada, aspectos que afectan directamente a la intimidad de las personas, lo que no sucede en otros supuestos. La alegación de este tipo de discriminación desvela una característica de la personalidad que podría quererse mantener oculto y que, en su caso, incluso podría desembocar en ulteriores discriminaciones por parte de otras personas. Por este motivo, a la hora de buscar garantías y en el momento de proceder a la reparación de los derechos vulnerados habrá de procurarse que esa reparación no provoque otra vulneración de derechos, aunque sea involuntariamente.

2. LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Si tenemos en cuenta el factor reseñado de que las más antiguas declaraciones de derechos no contenían referencia expresa la interdicción de discriminación por razón de orientación o identidad sexual, en el ámbito de las Naciones Unidas, **el Comité de Derechos Humanos ha considerado incluida la orientación sexual dentro de la interdicción de discriminación que establece el art. 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos** y, en las observaciones generales núms. 14 y 20, el Comité de derechos sociales económicos, sociales y culturales expuso que los arts. 2 y 3 del Pacto también prohíben toda discriminación en el acceso a la salud por razón de orientación sexual o de identidad de género.

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, en el asunto *Toonen c. Australia*⁶ puso de relieve que toda distinción entre las personas por razones de su orientación sexual y su identidad de género equivale a una violación de artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación, en este caso, con el derecho a una vida privada (art. 17). En otro asunto -*Fedotova c. la Federación Rusa*⁷-, el Comité aprecia una vulneración de la libertad de expresión y derecho a igualdad ante la ley (arts. 19 y 26 PIDCP), por imposición de una sanción por haber efectuado manifestaciones públicas a favor de la homosexualidad.

Las Naciones Unidas han profundizado su lucha contra esta discriminación a través de resoluciones y estudios, como la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 4 de junio de 2012 (AG 2721, XLII-O/12), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, en la cual insta a los Estados a luchar contra estas causas de discriminación y, en particular, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a estudiar la situación en los Estados americanos; o el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, de 17 de noviembre de 2011 (A/HRC/19/41), donde se hace un análisis de los diferentes supuestos de discriminación por esos motivos, desde los más graves, como la penalización de las prácticas homosexuales (llegando a la pena de muerte) a las discriminaciones en diversos ámbitos -del empleo a las prestaciones sociales-, aunque también resalta los logros y mejoras introducidas en los últimos años. El informe concluye con unas recomendaciones (no exhaustivas) a los Estados miembros para erradicar estos tipos de discriminación, medidas entre las que no solo figura la derogación de la normativa discriminatoria, sino la adopción de todo tipo de medidas encaminadas a erradicar esa discriminación, como pueda ser la investigación de las denuncias de violencia por razón de orientación o identidad sexual o la ejecución de programas de capacitación para funcionarios que por

⁶ <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/d22a00bcd1320c9c80256724005e60d5>.

En el asunto se hacía referencia a la prohibición de relaciones homosexuales impuesta en Tasmania.

⁷ Comunicación N°. 1932/2010. Sesión de 31 de octubre de 2012.

sus tareas van a tener un mayor contacto con situaciones potencialmente discriminatorias.

Un capítulo importante lo ocupan los *Principios de Yogyakarta*, principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género,

redactados por un grupo de especialistas en derechos humanos reunidos en Yogyakarta (Indonesia) del 6 al 9 noviembre de 2006⁸, donde lo que se hace es poner el acento en la especial problemática LGTB con respecto a los derechos humanos tradicionalmente protegidos y algún otro de carácter más novedoso, como el derecho a participar en la vida cultural (principio 26), acompañándose de una serie de recomendaciones a los Estados para evitar o poner fin a las discriminaciones. Estos principios ponen de relieve un aspecto importante: la diversidad de derechos que pueden verse afectados debido a la discriminación por razón de orientación sexual o identidad sexual, de tal forma que en los derechos universalmente reconocidos como pueden ser derecho a la seguridad personal, a las libertades de expresión o manifestación, requieren un reconocimiento específico o una especial protección por parte de los poderes públicos para lograr que estas personas no vean vulnerados derechos debido precisamente debido a su orientación o identidad sexual. Además algunos derechos están específicamente destinados al colectivo

⁸ www.yogyakartaprinciples.org. Antes de la elaboración de los citados Principios, en 2003, se había presentado ante la ONU una primera propuesta para emitiera una resolución sobre los derechos de homosexuales y transexuales, formalizándose por la Misión Permanente de Brasil un proyecto de *Resolución «Sobre los derechos humanos y la inclinación sexual»* en la Comisión de Derechos Humanos el 17 de abril de 2003, conocida como la *Resolución Brasileña*, a la que después siguieron otras. Resultan de interés las *Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles* (Noviembre 2007. Anotaciones efectuadas en el marco de University of Nottingham Human Rights Law Centre, bajo la dirección del Prof. Michael O'Flaherty. Investigador principal: Gwyneth Williams LLM), en las que se vinculan esos principios con diferentes declaraciones y con resoluciones de organismos y tribunales internacionales, normativa estatal y textos de expertos; también O'Flaherty, Michael y Fisher, John: «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles», en *Human Rights Law Review* 8:2 (2008), pp. 207-248 (ambos accesibles en www.yogyakartaprinciples.org). En este último se critican también los puntos débiles de estos principios, como son la menor fuerza de los mandatos o recomendaciones en un cierto número de ocasiones cuando afectan al ámbito privado, o la falta de precisión de alguno de sus puntos.

LGTBI como el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica o el derecho de protección frente a los abusos médicos.

En el ámbito regional europeo, en el marco del Consejo de Europa⁹, podemos referirnos en primer lugar al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH), en el cual la orientación o identidad sexual como motivo de discriminación se han entendido comprendidas en su art. 14.

De un modo más particular, el Consejo de Ministros adoptó el 30 de marzo de 2010 una recomendación (CM/Rec(2010) 5) sobre medidas para combatir la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género, de la que cabe destacar la afirmación de que ese tipo de discriminaciones o el '*hate speech*' por los mismos motivos no podrán justificarse amparándose en valores tradicionales, culturales o religiosos, ni en las normas de una cultura dominante, con lo que se procura negar o reducir el margen de apreciación de los Estados ante estas situaciones. A estas resoluciones se unen informes periódicos (el último publicado en septiembre de 2011: *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender identity*), que resaltan la preocupación del Consejo de Europa por estos problemas.

En la Unión Europea¹⁰, por su parte, se introdujo la orientación sexual expresamente como una de las causas de discriminación en el Tratado de la Comunidad Europea, conforme a la modificación que introdujo el Tratado de Ámsterdam en 1996 (art. 13).

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, junio, de establecimiento de un marco general para el empleo y la ocupación, se refiere específicamente a la orientación sexual entre los motivos por los que hay que luchar contra la discriminación

⁹ El Consejo de Europa es una organización internacional cuya finalidad es la defensa y promoción de los derechos humanos y de la democracia. El Consejo de Europa posee un carácter independiente de la Unión Europea, si bien todos los Estados miembros de ésta lo son también del primero.

¹⁰ La Unión Europea tiene su origen en las Comunidades Europeas, pero ha ido aumentando sus competencias (perdiendo así su carácter marcadamente económico), a medida que se aprobaban nuevos tratados. Por otro lado, a medida en que se fortalecía la Unión, su naturaleza pasaba a considerarse de carácter transnacional más que puramente internacional.

(junto con la religión o convicciones, la edad, y la discapacidad)¹¹. No obstante, a pesar de que esta directiva tiene un alcance más limitado que otras tendentes igualmente a eliminar otros motivos de discriminación, deja patente que para la Unión Europea, se ha de proteger en el trabajo frente a ese tipo de discriminación o de acoso al igual que frente a cualquier otro de los motivos considerados 'odiosos'. Así mismo, merece subrayarse que el Tribunal de Justicia precisó la eficacia directa de la Directiva con respecto a los supuestos de orientación sexual, una vez agotado el plazo de transposición¹².

En la actualidad, no obstante, la referencia de mayor calado la constituye la **Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, art. 21.1)**, donde se recoge la interdicción por razón de orientación sexual.

Conviene recordar que la Carta posee igual valor jurídico que los Tratados¹³ y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento no solo para todas las instituciones y organismos de la Unión sino para los Estados cuando ejecutan y aplican el Derecho de la Unión Europea. Por otra parte, la Agencia de la Unión Europea para los derechos fundamentales también ha realizado estudios en este campo, así el recientemente publicado *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender Survey (2013)*¹⁴

La Unión Europea continúa la promoción de la igualdad, como muestra la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, en la cual se insta a los Estados a promover las medidas necesarias para lograr la plena igualdad para homosexuales y transexuales. Por último, merece citar cómo, en una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados

¹¹ A ella hay que añadir las mencionadas en la propia Sentencia y que se refieren a diferentes aspectos de relaciones con terceros países o sus nacionales.

¹² Asunto *Römer*, C-147/08, STJUE 10 de mayo de 2011.

¹³ La CDFUE fue primero solemnemente proclamada con ocasión de la cumbre de Niza de diciembre de 2000, pero fue el Tratado de Lisboa, el que le otorgó igual validez que a los Tratados originarios, es decir le confirió plena eficacia jurídica. El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

¹⁴ <http://fra.europa.eu/en/event/2013/presenting-findings-largest-ever-lgbt-hate-crime-and-discrimination-survey>.

miembros como es el asilo, en 2010, 23 Estados reconocían la persecución a LGTB como motivo para otorgar ese derecho¹⁵.

Si pasamos al continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es el art. 24 el que recoge el derecho a la igualdad y lo hace en términos genéricos, lo que puede facilitar la inclusión de la interdicción de la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad sexual.

Cabe llamar la atención al hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya incluido una unidad para los derechos de las personas LGTBI¹⁶. Por lo que se refiere a los asuntos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es preciso hacer mención del caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*. No nos extendemos sobre estos puntos puesto que son objeto de un estudio separado.

En el ámbito regional africano, la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos recoge en su art. 2 la interdicción de discriminación por sexo u otro status, entre otras, mientras que en su art. 3 prescribe la igualdad en la ley y ante la ley;

sin embargo, las vulneraciones de derechos por razón de orientación sexual o identidad sexual carecen de protección en muchos de los Estados africanos¹⁷ y algunos de ellos se encuentran entre los que imponen graves penas (incluso la muerte) por esos motivos, situación agravada en muchas ocasiones debido a las creencias religiosas de parte de la población, de tal manera que, en la práctica, es Sudáfrica el Estado que cuenta con una significativa protección interna.

¹⁵ European Union Agency for Fundamental Rights: *Annual Report, Fundamental Rights: Challenges and Achievements*, 2010. En él se mencionan los avances en la protección de los derechos LGTB en distintos Estados y también las situaciones que aun mantienen la discriminación.

¹⁶ <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>

¹⁷ El único caso presentado a la Comisión africana para los derechos humanos y de los pueblos en relación con vulneraciones de derechos a homosexuales, asunto *William A. Courzon c. Zimbabwe*, fue retirado por el actor.

Por último, en Asia en el marco del Foro Asia-Pacífico, el Consejo Asesor de Juristas, el cual, elaboró en **2010 un Informe sobre Derechos humanos, orientación sexual e igualdad de género**¹⁸, donde se analizaba la situación en la región y se recogían toda una serie de recomendaciones.

3. LA HOMOSEXUALIDAD EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género. Por lo que respecta a la orientación sexual han sido variados los motivos que han dado lugar a pronunciamientos por parte del TEDH en relación con diferentes derechos recogidos en el Convenio¹⁹:

- Art. 3 (**prohibición de tratos inhumanos o degradantes**), asunto *X c. Turquía*; con respecto al art. 8 CEDH (**derecho a la vida privada y familiar**), *Dudgeon c. el Reino Unido*, *R.H. c. Austria* y *Norris c. Irlanda*, *Modinos c. Chipre*²⁰ (todos ellos por penalización de comisión de actos sexuales consentidos entre adultos), L. y V. c. Austria (diferencia de en la edad de consentimiento para mantener relaciones sexuales), *Karner v. Austria* (derecho a seguir en el que había sido el domicilio común tras el fallecimiento de la pareja), *Salguero da Silva Mouta c. Portugal* (derechos parentales), *Smith y Grady c. Reino Unido*, *Perkins y R. v. Reino Unido* y

¹⁸ Informe presentado en el 15º encuentro del Foro Asia-Pacífico de instituciones nacionales de derechos humanos. http://www.asiapacificforum.net/support/issues/acj/references/sexual-orientation/downloads/Human_Rights_Sexual_Orientation_and_Gender_Identity_Final_Report.doc.pdf

En el Foro participan Estados tan dispares como Nueva Zelanda o Afganistán, por lo que las medidas de protección real varían mucho de país a país. .

¹⁹ El art. 14 CEDH inicialmente recogía la discriminación sólo en relación con la vulneración de otros derechos recogidos en el Convenio y no de manera independiente. Con la aprobación del Protocolo núm. 12 y su entrada en vigor en 2005 se admite ya la alegación en exclusiva de la discriminación, siempre que el Estado correspondiente haya ratificado dicho Protocolo.

²⁰ En el asunto *Sutherland c. Reino Unido* el fallo dicta el archivo de la causa al haberse producido un cambio en la legislación interna despenalizando los supuestos de relaciones homosexuales antes sancionados.

Beck, Copp y Bazeley c. el Reino Unido (expulsiones de la Fuerzas Armadas provocadas por la condición de homosexual), *E.B. c. Francia* (adopción por parte de homosexuales);

- Arts. 11 y 13 CEDH (**derecho de reunión y a un recurso efectivo**), *Bączkowski y otros c. Polonia* (prohibición de celebración de manifestación para reivindicar la no discriminación contra diversas minorías), *Alexeïev c. Rusia* (detención con ocasión de la celebración de una marcha del orgullo gay);
- Art. 1 del Protocolo adicional (**derecho a la propiedad privada**), *Grant c. Reino Unido*; *Kozak c. Polonia* (discriminación en derechos sucesorios) o *P.B. y J.S. c. Austria (cobro de seguro de accidentes)*²¹.

Una **mención especial merecen los asuntos planteados en torno a la adopción por parejas homosexuales**, el TEDH ha rechazado la vulneración del Convenio en algún supuesto de discriminación por razón de orientación sexual, por ejemplo, en el asunto *Fretté c. Francia*²², en relación con el intento de adopción de un niño por un homosexual (aunque si se condena por vulneración del art. 6 CEDH), mostrando la especial controversia existente en estos asuntos. En el asunto *E.B. c. Francia*, el TEDH se pronuncia a favor de un acceso igual a la adopción simple por toda persona, con independencia de su orientación sexual. Sin embargo en los asuntos *Gas y Dubois c. Francia* o *X y otros c. Austria*²³ ha desestimado la alegada vulneración del art. 14 en relación con el art. 8 (derecho a una vida privada y familiar) porque la prohibición de adopción para la pareja de dos personas que no hubieran contraído matrimonio afectaba por igual a parejas

²¹ Asuntos *X c. Turquía*, S. 9 octubre 2012; *Dudgeon c. R.U.*, S. 22 octubre 1981; *R.H. c. Austria*, S. 19 enero 2006; *Modinos c. Chipre*, S. 22 abril 1993; *L. y V. c. Austria*, S. 9 enero 2003; *Karner c. Austria*, S. 24 julio 2003; *Salgueiro c. Portugal*, S. 21 diciembre 1999; *Smith y Grady c. R.U.*, S. 27 septiembre 1999; *Perkins y R. c. R.U.*, S. 22 octubre 2002; *Beck, Copp y Bazeley c. R. U.*, S. 22 julio 2003; *E.B. c. Francia*, S. 22 enero 2008; *Bączkowski y otros c. Polonia*, S. 3 mayo 2007; *Alexeïev c. Rusia*, S. 21 diciembre 2010; *Grant c. R.U.*, S. 19 mayo 2005; *Kozak c. Polonia*, S. 2 marzo 2010; *P.B. y J.S. c. Austria*, S. 22 julio 2010.

²² S. 26 febrero 2002.

²³ Respectivamente, SS. 15 marzo 2012 y 19 febrero 2013.

homosexuales y heterosexuales, a pesar de la diferencia existente por la imposibilidad de contraer matrimonio para las parejas homosexuales en los países afectados. Este tipo de casos deja en evidencia también la falta de acuerdo en torno a la igualación de derecho a la adopción por parte de parejas homosexuales.

En esta enumeración, no exhaustiva, de asuntos relacionados con vulneraciones de derechos por razón de orientación sexual, cabe destacar, en primer lugar, que no solo se figura como derecho vulnerado el respeto a la vida privada o familiar, sino muy diversos derechos.

En líneas generales puede observarse una evolución, paralela a la de la sociedad, tendente a una defensa cada vez mayor de los derechos de las personas LGTBI.

No obstante, el TEDH se muestra más cauto y ofrece un mayor margen de apreciación a los Estados en los temas más controvertidos como puedan ser el reconocimiento del matrimonio o la adopción por parte de parejas del mismo sexo, aunque en el primero de estos casos incide en la necesidad de arbitrar instituciones, como el partenariado, que pueda dar cauce a la convivencia afectiva continuada de parejas del mismo sexo.

En segundo lugar, puede observarse que los Estados denunciados han sido no solo Estados de reciente experiencia democrática e incipiente defensa de los derechos humanos, sino también las democracias europeas más asentadas. Sin embargo, mientras que en estas la tendencia se orienta al desarrollo de los cambios normativos pertinentes para lograr el máximo respeto al colectivo LGTBI, en los Estados con democracias menos asentadas comprobamos cómo los poderes públicos incurren en diversos tipos de conductas discriminatorias (prohibición de manifestación, limitaciones a la libertad de expresión...).

Por su parte, en los primeros asuntos en los que el **Tribunal de Justicia de las (entonces) Comunidades Europeas (TJCE)** se pronunció sobre discriminación por razón de orientación sexual²⁴, en los que se solicitaban ventajas sociales atribuidas a los

²⁴ Asunto Lisa Grant, C-249/96, de 17 de febrero de 1998. Asuntos auspiciados por un funcionario comunitario y por el Reino de Suecia C-122/99 y C-125/99, S. 31 de mayo de 2001.

cónyuges para las parejas homosexuales, no atendió a las alegaciones de las partes, sino que las desestimó por considerar que no se producía discriminación al tomar como término de comparación a las parejas heterosexuales no casadas, que recibían un igual tratamiento, sin que entrara a valorar la imposibilidad de matrimonio para las parejas homosexuales en el momento en que se conocieron los hechos.

Sin embargo, en pronunciamientos posteriores **ha adoptado una postura favorable al reconocimiento de la igualdad derechos para los homosexuales**, como por ejemplo derechos económicos de parejas del mismo sexo en el asunto *Römer* antes citado (derecho a recibir una pensión compensatoria de jubilación) o en asunto *Maruko* (pensión de viudedad)²⁵; o vulneración en el ámbito laboral en el asunto *Asociația Accept*, por exclusión de contratación por razón de orientación sexual²⁶.

4. MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Tal como se menciona en la introducción, si la lucha contra la discriminación de las personas LGTBI es **un fenómeno reciente**, aún lo es más **la dimensión familiar** del fenómeno, iniciándose **primero la posibilidad de reconocer uniones civiles para las parejas homosexuales y después, ya en el siglo XXI la posibilidad de contraer matrimonio.**

Desde un punto de vista legislativo el Estado pionero a la hora de ampliar el matrimonio a las personas homosexuales fueron los Países Bajos (2000), a los que siguieron, en Europa, Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (Ley de 2010), Dinamarca (2012), Francia y Reino Unido (2013), lo que lleva a un reconocimiento generalizado en Europa occidental.

En América, el pionero fue el Estado de Massachusetts en Estados Unidos (Sentencia de la *Supreme Judicial Court, Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004), siguiéndole luego Canadá (*Civil Marriage Act* de 2005), Argentina (Ley de 2010), Ciudad de México (Ley de 2009) Uruguay (2013), y en varios

²⁵ C- 267/06, S. 1 de abril de 2008.

²⁶ C- 81/12, S. de 25 de abril de 2012.

Estados de Estados Unidos de América, ya por acción del legislador o por interpretación judicial: Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), New Hampshire (2010), Distrito de Columbia – Washington- (2010), y New York (2011); a ese reconocimiento hay que sumar las Sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América de 26 de junio de 2013²⁷, en las que declara inconstitucionales las diferencias de tratamiento entre el matrimonio de personas heterosexuales y homosexuales y que afectará la legislación de varios Estados de la Unión. En otros continentes, Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006) y Nueva Zelanda (2013) son los Estados que se han sumado a esta corriente.

A ello hay que sumar aquellos Estados que reconocen algún tipo de partenariado, de uniones civiles entre parejas del mismo sexo a las que se reconocen diferentes derechos, sin llegar a establecer una equiparación con el matrimonio, lo que precisamente ha dado lugar en diferentes ocasiones a demandas por este motivo, al entender que se discrimina a las parejas homosexuales.

Las diferencias más importantes suelen ser las parentales, puesto que con frecuencia se les impide la adopción o la inseminación artificial. En general la equiparación se refiere a aspectos concernientes a la igualdad en el régimen impositivo, las cotizaciones a la seguridad social y las pensiones, y así mismo a la obtención de un permiso de residencia y a la ciudadanía, cuando la pareja es extranjera, a la no obligación de testificar en contra, al estatuto de pariente para asuntos médicos, a la transmisión de alquiler a la muerte de la pareja y a la donación de órganos.

Con respecto a la doctrina del TEDH con respecto al matrimonio, el Tribunal de Estrasburgo estima que no existe una obligación de reconocimiento del matrimonio para parejas homosexuales, sino lo deja a la apreciación de los legisladores estatales, aludiendo a la disparidad de regulaciones en los diferentes países miembros²⁸, como expone en el caso *Schalk y*

²⁷ *U.S. v. Windsor*, 570 U.S._ (2013); *Hollingsworth et al. v. Perry et al.*, 570 U.S._ (2013).

²⁸ Es práctica habitual del TEDH permitir un margen de apreciación a los Estados en supuestos controvertidos, mientras que una vez que se llega a un consenso más o menos generalizado el TEDH asume la protección del derecho o vertiente del derecho controvertido, como sucediera con algunos derechos de los transexuales.

*Kopf c. Austria*²⁹, en la que se pronuncia sobre los efectos del partenariado. Este asunto resulta reseñable por otro motivo: a partir de él (§95), el TEDH admite no solo que una pareja homosexual goza del derecho a la ‘vida privada’ como había apreciado hasta entonces, sino también que gozan del derecho a la ‘vida familiar’, lo cual supone un salto cualitativo significativo, pues supera la concepción individualista para asumir el pleno reconocimiento de la vida en pareja de personas homosexuales y de los derechos que de ese reconocimiento puedan derivarse (si bien las consecuencias que extrae por el momento sean limitadas y permita un margen de apreciación al Estado).

En la Unión Europea merece la pena destacar que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión³⁰ al recoger el derecho al matrimonio y a fundar una familia lo hace sin recurrir a la tradicional referencia al hombre y a la mujer (art. 9 de la Carta)³¹, lo cual supone un apoyo a la hora de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales o a los transexuales (en particular en los casos en los que no hayan culminado su transformación).

Esa apertura ha hecho que la Carta haya sido invocada tanto por el TEDH como los tribunales nacionales a la hora de defender las uniones entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, aunque en la Unión Europea la regulación del matrimonio es competencia de los Estados, cabe citar cómo el Abogado General Jääskinen afirmaba que “en el supuesto de que un Estado miembro no admitiese ninguna forma de unión legalmente reconocida abierta a las personas del mismo sexo cabría considerar que existe una discriminación por motivos de orientación sexual, porque puede deducirse del principio de igualdad, puesto en relación con el deber de respetar la dignidad humana de las personas homosexuales, una obligación de reconocer a éstas la facultad de vivir una relación afectiva duradera en el marco de un compromiso consagrado

²⁹ S. 24 junio 2010.

³⁰ La Carta, recordemos, goza de igual valor jurídico que los Tratados, de acuerdo con el art. 6 del Tratado de la Unión europea (TUE) en la redacción dada por el Tratado de Lisboa. La interdicción de discriminación se contiene en el art. 21.

³¹ Eso sí, se añade “según la leyes nacionales que regulen su ejercicio”, como por otra parte es lógico al tratarse de una competencia estatal.

jurídicamente”.³². Estas palabras muestran una tendencia que debería servir para impulsar el reconocimiento de las uniones de las personas homosexuales.

5. TRANSEXUALIDAD

La transexualidad merece un tratamiento diferenciado, puesto que en no nos enfrentamos aquí a la posibilidad de trato discriminatorio, sino que para lograr un pleno respeto de los derechos de los transexuales es preciso que los Estados adopten medidas que abarcan tanto el acceso a tratamientos médicos como la adopción de medidas legislativas que permitan la adecuación registral a la nueva realidad personal.

A los problemas médicos a los que aludíamos al inicio del trabajo, se suma el que, desde un punto de vista legal, no existe acuerdo sobre en qué momento o con qué condiciones haya de reconocerse jurídicamente a una persona como transexual, si bien este derecho no puede desconocerse, dada, en particular, la estrecha vinculación de la identidad sexual con la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad; de otra forma se verían limitados los derechos de los transexuales: el problema radica de establecer unas pautas que permitan ese reconocimiento con el mínimo riesgo para la seguridad jurídica y, en su caso, para proteger a terceros.

A la hora de reconocer el cambio de sexo, será preciso conciliar los derechos de los transexuales con la protección del orden público u otros bienes generales³³, principalmente aquellos derechos derivados de la situación anterior al reconocimiento del cambio de sexo, como pueden ser los deberes paterno-filiales, pero también el de cualesquiera relaciones jurídicas producidas con anterioridad.

³² Conclusiones presentadas el 15 de julio de 2010 en el Asunto *Jürgen Römer*, C-147/08. Aunque añadía: “No obstante, este problema, relacionado con la regulación del estado civil, queda fuera, en mi opinión, de la esfera de intervención del Derecho de la Unión” (§ 76).

³³ En relación con estos aspectos se adoptará la noción generalmente aceptada de orden público (con un carácter restrictivo) y se aplicarán las reglas generales en caso de conflicto entre derechos o entre estos y otros intereses públicos protegidos.

Al margen de aspectos compartidos con la discriminación por razón de orientación sexual, es preciso volver a la mención de los **Principios de Yogyakarta**, pues en ellos **encontramos algunos específicamente concebidos para la protección de los transexuales como lo son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Pº 3) o que adquieren una especial incidencia con respecto a los transexuales como el relativo a la protección frente a los abusos médicos (Pº 18).**

En Europa, la problemática de los transexuales desde el punto de vista jurídico comienza a plantearse en los años 70 y va evolucionando a medida en que lo hacen la sociedad y la ciencia, de tal manera que de forma paralela a la revolución sexual iniciada en los años sesenta, se desarrollan los avances médicos que permitirían la aproximación del sexo físico de los transexuales al de su identidad social. Será en los años noventa cuando la cuestión alcance mayor visibilidad en buena medida con la llegada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de asuntos que afectan a diversos derechos de los transexuales y que obligarán a este tribunal a una toma de postura que tendrá sus correspondientes repercusiones en los Estados, no solamente en los Estados demandados, sino en todos Estados sometidos al TEDH, por el carácter interpretativo de sus resoluciones, y ante el hecho de que hasta entonces se ofrecía una significativa disparidad legislativa entre Estados.

Precisamente ese diferente grado de protección en los diferentes ordenamientos jurídicos llevó a que dos instancias regionales, el Parlamento Europeo y la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa³⁴ dictaran sendas resoluciones instando a un acercamiento en las legislaciones de los diferentes Estados. El Parlamento Europeo mediante una resolución adoptada el 12 de septiembre de 1989 (D.O.C.E nº C 256, 9.10.1989, p. 33) y poco después la Asamblea consultiva del Consejo de Europa aprobó la recomendación 1117 (1989) de 29 de septiembre de 1989³⁵. En la primera de ellas se invitaba a los Estados miembros a desarrollar

³⁴ El Parlamento Europeo es una institución de la Unión Europea (antes Comunidades Europeas); La Asamblea consultiva, por su parte, es un órgano del Consejo de Europa.

³⁵ Posteriormente se aprobó la Recomendación 211 (2007) sobre la libertad de reunión y expresión de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales, de 26 de marzo de 2007: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1099699&Site=Congress&BackColorInternet=e0cee1&BackColorIntranet=e0cee1&BackColorLogged=FFC679>.

una legislación que reconociera el derecho de los transexuales a cambiar de sexo mediante tratamientos endocrinos, cirugía plástica y tratamientos estéticos, estableciendo los procedimientos adecuados e impidiendo toda discriminación en contra de los transexuales, garantizando, especialmente, un reconocimiento jurídico: cambio de nombre, rectificación de la mención del sexo en la partida de nacimiento y en los documentos de identidad. La recomendación de la Asamblea parlamentaria contiene demandas similares. En ambos casos sus decisiones mostraban claramente que para una amplia mayoría de la opinión pública los transexuales habían de gozar del derecho a obtener el pleno reconocimiento de su nueva identidad sexual en el terreno jurídico.

A ellas hay que sumar otras resoluciones posteriores de carácter más general, como las ya citadas Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2010 o la Resolución de 28 de septiembre de 2011 del Parlamento Europeo, en la que, con respecto a los transexuales, insta a los Estados a una simplificación en la tramitación del cambio de identidad y la cobertura médica por parte de la seguridad social y, así mismo, solicita que la transexualidad deje de estar incluida entre los trastornos mentales y del comportamiento en los listados de la OMS y sea recalificada como trastorno no patológico³⁶

6. LOS TRIBUNALES EUROPEOS Y LA TRANSEXUALIDAD

Como el propio TEDH se ha encargado de señalar (en buena medida para justificar cambios en su doctrina), han sido los cambios sociales, seguidos de cambios legislativos en diferentes Estados integrantes del Consejo de Europa los que han propiciado un cambio jurisprudencial más favorable al reconocimiento de los derechos de los transexuales³⁷.

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en la Naciones Unidas. La resolución se aprobó por 442 votos a favor, 104 en contra y 40 abstenciones.

³⁷ A estos cambios no han sido ajenos los avances médicos que han permitido una equiparación de los transexuales con las personas del sexo adquirido y que han permitido realizar los exámenes pertinentes para comprobar la seriedad del cambio que desea efectuarse.

Al abordar estas cuestiones, el TEDH se ha planteado las causas del transexualismo, en particular, sobre si sus orígenes son enteramente psicológicos o si se vinculan a algún tipo de diferenciación en el cerebro, sin que se haya llegado a ninguna conclusión determinante; El TEDH asume que la transexualidad constituye un estado médico justificativo de un tratamiento destinado a ayudar a las personas afectadas. En el asunto *I. c. Reino Unido* destacaba la consideración de que el hecho de sufrir las numerosas y penosas intervenciones que entrañan la cirugía pertinente y el grado de determinación y de convicción requerido para cambiar de rol sexual en la sociedad, no permite creer que exista arbitrariedad o irreflexión en la decisión de una persona de sufrir una conversión sexual³⁸. Merece resaltar así mismo la importancia que el TEDH otorga a los peritajes y criterios médicos a la hora de enjuiciar la pertinencia de los tratamientos y operaciones destinados a lograr una plena identidad sexual, como ha puesto de manifiesto en los asuntos *Van Kück c. Alemania*³⁹ o *Schlumpf c. Suiza*⁴⁰.

La jurisprudencia del TEDH, por otra parte, es una buena muestra de la variedad de situaciones que afectan a los transexuales, tanto desde el punto de vista personal como de los derechos que estiman vulnerados, y del diferente tratamiento que ofrecen los ordenamientos nacionales. De este modo, a la hora de abordar vulneraciones de derechos de personas transexuales, varios han sido los derechos del CEDH invocados

El primero ha sido la **vulneración del respecto a la vida privada** (art. 8 CEDH), y, en torno a él, uno de los motivos frecuentes ha sido la necesidad de aportar documentos en los que figurara el sexo originario y la negativa por parte del Estado a cambiar la inscripción de nacimiento (y los derechos que, en su caso, derivarían de dicha inscripción), sobre este supuesto cabe

³⁸ Asunto *I. c. Reino Unido*, Sentencia de 11 de julio de 2002, § 69.

³⁹ S. de 12 de septiembre de 2009. En este asunto, el juez Ress recuerda en su voto particular que en virtud del Derecho constitucional alemán, los derechos fundamentales gozan de eficacia directa en las relaciones entre particulares y que igual sucede con respecto a los derechos reconocidos en el Convenio, debiendo los Estados poner los medios necesarios para asegurar esa protección.

⁴⁰ S. de 8 de enero de 2009.

citar, a modo de ejemplo, el caso *B c. Francia, o I c. Reino Unido*, en el que el TEDH se hace eco de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 1996 en el asunto *P. v. S. y Cornwall County Council*, en la que el TJCE consideraba que una discriminación fundada en el cambio de sexo equivaldría a una discriminación fundada en el sexo.

En otros supuestos, el motivo invocado (con frecuencia unido al anterior) fue el **derecho al matrimonio** (art. 12 CEDH, solo o conjuntamente con el derecho a una vida privada y familiar, art. 8 CEDH), cuestionándose en estos casos si el rechazo para permitir que un transexual operado se casara con una persona opuesta a su nuevo sexo suponía vulneración del precepto citado. En las primeras sentencias sobre la cuestión –como en los asuntos *Rees* y *Cossey*⁴¹–, el Tribunal entendió que la vinculación a un concepto tradicional de matrimonio permitía que el Estado defensor continuara aplicando un concepto de matrimonio vinculando a criterios biológicos en lo que se refiere a la determinación del sexo de una persona a esos efectos, pues estimaba que el art. 12 del CEDH garantiza el derecho al matrimonio entendido como el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto, sobre la base de que el objetivo perseguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio en tanto que fundamento de la familia, concluyendo que correspondía a los Estados la regulación de esta institución. En el asunto *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*⁴², el TEDH constata la evolución producida a partir de mediados de los años ochenta en los Estados que entonces formaban parte del Consejo de Europa, con mención expresa de la resolución adoptada por el Parlamento europeo el 12 de septiembre de 1989 y la recomendación 1117/1989 de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, tendentes, como antes decíamos, a alentar la armonización de las leyes y prácticas en esa materia; sin embargo no deja de señalar las grandes divergencias entre los Estados, lo que le lleva a recurrir a la referencia habitual en este tipo de supuestos, es decir al margen

⁴¹ Asunto *Rees c. Reino Unido*, S. de octubre de 1986; Asunto *Cossey c. Reino Unido*, S. de 27 de septiembre de 1990.

⁴² S. de 30 de julio de 1998.

de apreciación de los Estados, aunque invitaba a estos a un examen permanente de la cuestión. En el fallo, no obstante, no llega a declarar vulneración de los derechos invocados (arts. 8, 12 y 14).

El cambio en la doctrina del TEDH se produce con el asunto *Christine Goodwin*⁴³, cuando interpreta que los términos utilizados en el artículo 12 – el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio–, no podían ya entenderse de tal forma que el sexo hubiera de determinarse por motivos exclusivamente biológicos, puesto que después de la adopción del Convenio (1950), la institución del matrimonio se había visto alterada por la evolución de la sociedad, e invoca el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea en apoyo de su argumentación. Todo lo cual le lleva a considerar que **impedir a un transexual operado casarse con su nueva identidad sexual supone una violación del art. 12 del Convenio.**

También en relación con el matrimonio se plantean otros asuntos de diferente carácter: *Parry c. Reino Unido* y *R. y F. c. Reino Unido o H. c. Finlandia*⁴⁴. En estos casos se trataba de parejas compuestas por personas de ambos sexos en las cuales el varón se convertía en transexual de sexo femenino como consecuencia de la correspondiente operación. En estos casos, el problema derivaba de que los demandantes se veían obligados a poner fin a su matrimonio en contra de sus deseos, para que el cambio de sexo tuviera un pleno reconocimiento. El TEDH rechazó en estos casos la demanda al estimar que correspondía a los Estados la regulación acerca del matrimonio y el reconocimiento o no del matrimonio homosexual o, en su caso, del partenariado, institución que supondría un reconocimiento proporcional al matrimonio.

En algunas ocasiones el derecho invocado ha sido **el derecho a la propiedad privada del art. 1 del Protocolo adicional**, en ocasiones conjuntamente con el art. 14 CEDH –el derecho a no sufrir discriminación–, como sucediera en el asunto *Grant c. Reino Unido*⁴⁵, en el que afirmaba que la negativa al reconocimiento de la correspondiente pensión a una transexual significaba una falta de reconocimiento pleno de la nueva realidad jurídica. El mismo

⁴³ S. 11 julio 2002.

⁴⁴ Asuntos *Parry c. R.U.*, S. 28 noviembre 2011; *R y F. c. R.U.*, S. 28 noviembre 2006; *H. C. Finlandia*, S. 13 noviembre 2012.

⁴⁵ S. de 23 de mayo de 2006.

derecho se alegaba en el asunto *Schlumpf c. Suiza*, ya citado, en este caso con respecto a la obligación por parte del Estado de sufragar los gastos de la operación de cambio de sexo.

El TEDH ha tenido también ocasión de pronunciarse en relación con el **régimen de visitas a los hijos**, así en el asunto *P.V. v. España*⁴⁶, donde el TEDH rechaza la violación por entender que las limitaciones al régimen de visitas inicialmente fijado se debía a la inestabilidad emocional del demandante, provocada por estar en pleno proceso para lograr una plena conversión sexual de hombre a mujer, constatándose que el juez había aumentado los periodos de visitas a medida que había mejorado su estado.

La opinión actual del TEDH se ponía de manifiesto en el asunto *I. c. Reino Unido*: «En el siglo XXI [...] la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente ni a un sexo ni a otro, no puede mantenerse» (§ 70).

En la Unión Europea, por su parte, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones en asuntos relacionados con la transexualidad: en el asunto *P./S.*⁴⁷ se preguntaba al Tribunal mediante una cuestión prejudicial si el despido de un trabajador transexual motivado por su cambio de género constituía discriminación por razón de sexo, lo que condujo a un respuesta afirmativa, pues –afirmó– tolerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene, a la vez que declaró aplicable a este tipo de asuntos la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y las condiciones de trabajo.

En el asunto *K.B.*⁴⁸, el TJ declaró que el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea se oponía, en principio, a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de

⁴⁶ S. de 30 de noviembre de 2010.

⁴⁷ **C-13/94**, Sentencia de 30 de abril de 1996.

⁴⁸ C- 117/01, S. 7 de enero de 2004.

ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, como lo era una pensión de supervivencia. Un asunto similar es el objeto del asunto Maruko⁴⁹ donde se afirma que la Directiva 79/7 no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino igualmente aplicarse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado.

Por su parte, en el asunto *Margaret Richards*⁵⁰ el Tribunal de Justicia señala que el Derecho de la Unión -la Directiva 79/7- “se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer”.

A modo de conclusión del trabajo, traemos a colación unas palabras del TEDH: “al igual que en las diferencias basadas en el género, las diferencias basadas en la orientación sexual requerirán particularmente serias razones para su justificación”⁵¹.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BORRILLO, D. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. (Dirs.): Derecho y Políticas de las sexualidades: Perspectiva del mundo latino-mediterráneo, Huygens, Barcelona, 2013
- BORRILLO, DANIEL: Lutter contre les discriminations. Ed. La Découverte, Recherches, Paris, 2003
- BUSTOS MORENO, YOLANDA B.: La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo), Dykinson, 2008.
- O’FLAHERTY, MICHAEL Y FISHER, JOHN: “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, en Human Rights Law Review 8:2 (2008), pp. 207-248 (accesible en www.yogyakartaprinciples.org).
- O’FLAHERTY, MICHAEL (COORD.): Jurisprudential annotations to the Yogyakarta Principles. www.yogyakartaprinciples.org

⁴⁹ C-267/06, S. 1 de abril de 2008.

⁵⁰ S. de 27 de abril de 2006, C-423/04.

⁵¹ Entre otras, STEDH *Karner c. Austria*, § 37.

VV.AA.: Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiencia constitucional. Unifor-Conceito Editorial, Florianópolis, 2012.

VV.AA.: Revista General de Derecho Constitucional (revista electrónica de Iustel), núm. 17, 2013, monográfico.

8. DOCUMENTACIÓN ELECTRÓNICA

Comité de Derechos Humanos de la ONU:
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>

15

DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD SEXUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cristina Figueiredo Terezo
Universidad Federal de Pará

Resumen

El presente texto versa sobre cómo los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos abordan el tema de la diversidad sexual. De hecho, se presenta la evolución normativa de la Organización de los Estados Americanos pasando por las resoluciones, hasta alcanzar los tratados interamericanos para, finalmente, analizar las principales decisiones y recomendaciones de la Corte y de la Comisión Interamericana sobre el asunto.

1. CONTEXTO DEL DEBATE EN LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

Desde 2008, cuando la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó la Resolución n. 2435 (XXXVIII-O/08), bajo el título “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, el 3 de junio de 2008, el tema se hizo oficial para este organismo, estando presente en las diversas agendas de sus órganos.

La resolución fue aprobada ante la preocupación por el aumento de violencia contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, entendiendo que las discriminaciones provenientes de tales motivaciones deberían ser combatidas internamente por los Estados, y que la propia OEA debería incluir tal temática en las agendas de órganos tan importantes como la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y el propio Consejo Permanente.

Al año siguiente, en 2009, la Asamblea General aprobó la Resolución n. 2504 (XXXIX-O/09) bajo el mismo título, solicitando a los Estados que adopten medidas para responsabilizar internamente a aquellos que perpetrar actos de violencia contra individuos, a causa de su orientación sexual e identidad de género y que además, garanticen la protección de los defensores y defensoras de los derechos humanos que actúan sobre esa temática. Por último, la Resolución n. 2504/09 determina que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y demás órganos, sigan prestando atención a tal cuestión.

En 2010 fue aprobada una nueva Resolución de la Asamblea General —AG/RES. 2600 (XL-O/10). En ella se reiteran las decisiones anteriores y además se determina que los Estados deben adoptar garantías de no repetición y de acceso a la justicia, que la CIDH estudie la posibilidad de elaborar un informe temático e incluya en su sesión ordinaria el tema sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”.

Al año siguiente, se aprueba otra Resolución — AG/RES. 2653 (XLI-O/11) —, esta vez con una previsión de medidas más concretas para los Estados miembros, la Comisión Interamericana y otros órganos de la OEA. La Asamblea General determina que los Estados implementen las políticas públicas contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Mientras que para la CIDH, la Asamblea General establece que el tema sea incluido en su plan de trabajo, que presente un informe elaborado con la ayuda de los Estados sobre tal asunto, y que en cooperación con el Comité Jurídico, haga un estudio sobre las implicaciones jurídicas y los aspectos conceptuales y terminológicos que rodean la temática.

En mayo de 2012, fue presentado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos un proyecto de resolución sobre el tema en cuestión, donde se reiteran todas las previsiones de las anteriores resoluciones, solicitando también a la Comisión Interamericana que haga un estudio “sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que limiten los derechos humanos de las personas como

consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, con base en ese estudio, se elabore una guía¹.

El 5 de junio de 2013, la Asamblea General de la OEA aprobó la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. En el más reciente tratado adoptado por la OEA, existe una clara referencia a la orientación sexual, identidad y expresión de género como opciones vedadas de discriminación.

La Convención identifica varias formas de discriminación como la indirecta, la cual implica causar una desventaja a una persona que pertenece a un grupo específico, y la discriminación múltiple o agravada, donde se pretende anular o limitar el goce o ejercicio de los derechos fundamentales. Además, insta a los Estados adheridos a la adopción de: políticas públicas especiales y acciones afirmativas para promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades; medidas legislativas que prohíban la discriminación y la intolerancia; sistemas políticos y legales que contemplen la diversidad; y medidas judiciales que promuevan el acceso a la justicia para las víctimas de la discriminación.

Además, el texto de la Convención crea como mecanismo de monitoreo un Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, compuesto por especialistas independientes, nombrados por los Estados Miembros de la Convención.

2. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En los últimos años la temática también ha pasado a formar parte del órgano de la OEA, especializado en materia de Derechos Humanos, y que engloba el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH): la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Durante el ejercicio de su función estatutaria de realizar una visita *in loco* (artículo 18, 'g'), la Comisión ha recibido amplia información sobre actos de violencia y de discriminación a causa de la orientación sexual. Además, **la pauta de las audiencias públicas promovidas por la CIDH, se ha caracterizado por el debate en torno al tema en cuestión desde 2005** cuando trató de los grupos vulnerables en Honduras; en 2006 de la discriminación por orientación sexual en Perú; culminando con una audiencia sobre las Américas en materia de discriminación por género, raza y orientación sexual en 2008.

¹ ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. "Proyecto de Resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos 'Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género'", 2012, § 6º.

A partir de entonces, todos los años la CIDH realiza audiencias sobre el asunto: 2009, situación de Colombia y regulación de la unión entre homosexuales; 2010, situación de Brasil, Venezuela y países de América Central; 2011, situación de Haití; 2012, casos de Guatemala; 2013, situación de los derechos de las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) para indígenas y, en particular, de los derechos de los intersexuales y las lesbianas.

Además de audiencias que tratan de manera específica sobre los derechos LGBTI, la CIDH también consideró el tema de la orientación sexual en audiencia, teniendo en cuenta a los niños y cuestiones relacionadas con el trabajo.

Cabe aclarar que de la misma forma que la CIDH viene realizando audiencias temáticas, ha recibido casos, peticiones, pedidos de medidas cautelares e informes escritos, que demuestran la violación sistemática en las Américas de los tratados interamericanos, los cuales vedan la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, lo que resultó en la aprobación, en noviembre de 2011, durante el 143º Período Ordinario de Sesiones, de una Unidad Especializada para los Derechos de las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex².

La mencionada Unidad Especializada comenzó a funcionar en febrero de 2012 y tiene como eje de actuación: (1) análisis de casos y peticiones individuales; (2) asesoría a los Estados miembros y demás órganos de la OEA y (3) elaboración de un informe para las Américas.

A través de las resoluciones de la OEA que demandaban estudios para la CIDH, se elaboró un informe sobre los términos jurídicos, conceptuales y terminológicos relacionados con la orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

La Comisión inicia el informe afirmando que es necesario relacionar el tema con la **sigla LGTBI, que significa: (1) L, lesbianas; (2) G, gay o gai; (3) T, transexual; (4) B, bisexual; (5) I, intersexual**. Tal sigla, aclara la CIDH, viene siendo usada por movimientos y grupos de movilización social. En el ámbito global, la expresión que califica tal grupo y que ha sido comúnmente usada es “minorías sexuales”. En relación a la sociología jurídica y los términos legales, las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género se usan

2 Unidad Especializada para los Derechos de las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1889 F Street, NW, Washington, DC, 20006, Estados Unidos de América. Email: cidh_lgtbi@oas.org

generalmente cuando se aborda la garantía de derechos por medio de la previsión legal y de la judicatura.

En términos generales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos abarca la comprensión de la orientación sexual para la identidad de género y la expresión de género, entendiendo que tales características personales son inherentes a las personas, así como la etnia, siendo inmutables en el sentido de que el individuo no puede separarse de ella sin riesgo de sacrificar su identidad.

Además, añade que las decisiones particulares y personales de los individuos forman parte de su proyecto de vida y están, por tanto, en un **proceso de desarrollo permanente: son fluidas, es decir, se construye la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, siendo tales categorías movibles**. No obstante, eso no autoriza a terceros o al Estado a que interfieran en tal construcción, lo que significaría una violación de la dignidad.

Al abordar algunas definiciones, la CIDH aclara que no se trata de presentar categorías propias ni de imponer límites a la orientación sexual de las personas, sino de exponer algunos conceptos universales. De hecho, por orientación sexual se considera a la persona independiente del sexo biológico o de su identidad de género. Se entiende sin embargo, como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas³. Tal categoría engloba la clasificación de heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad.

Para la identidad de género, la CIDH adopta también el concepto procedente de los Principios de Yogyakarta, como la experiencia interna e individual del género de cada persona, que puede o no corresponder al sexo atribuido en el nacimiento, incluyendo la percepción del cuerpo (que implica, por libre elección, la modificación de la apariencia o la función corporal por medios médicos, quirúrgicos u otros) y otras expresiones de género, inclusive el atuendo, la forma de hablar y actitudes asignadas culturalmente al sexo opuesto. Existe en esta categoría otra clasificación, el transgenerismo o trans y transexualismo, así como otras clases que no incluyen modificaciones del cuerpo como travestis, *cross-dressers*, *drag queens*, *drag kings* y transformistas.

La diferenciación entre identidad y expresión es considerada por la Comisión Interamericana como algo reciente, en la medida en que la última presupone elementos específicos de la manifestación externa y de la percepción social de la identidad de

³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Principios de Yogyakarta, 2006.

género, los cuales habían permanecido tradicionalmente en la invisibilidad. En ese sentido, la expresión de género se presenta como algo externo, no como una autodefinición de identidad, sino como expuesta por terceros. Tal categoría es relevante para la cuestión jurídica, ya que permite proteger a una persona por su expresión de género y no por modelos de estereotipos que son fruto de las manifestaciones externas, de los patrones impuestos por una determinada sociedad en un momento histórico dado.

Hasta la reciente adopción de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que veda de manera explícita la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, de acuerdo con los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos — CIDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) — la orientación sexual e identidad de género estaban contempladas en el artículo 1.1⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dentro de la expresión «otra condición social» ...

...ya que en dichos órganos opinan que el artículo 1.1 de la Convención debe siempre ser interpretado con forma a adoptar la opción más favorable para la tutela de los derechos protegidos por la CADH, considerando el principio de la norma más favorable al ser humano. Esto significa afirmar que toda diferencia basada en la orientación sexual es incompatible con la CADH, debiendo el Estado probar que tal diferencia de trato es razonable, objetiva y proporcional.

Además de la cláusula abierta que contempla el artículo 1.1 de la CADH, la CIDH demuestra la importancia de establecer la relación con la vida privada, contemplada en el artículo 11.2 de la CADH⁵, puesto que esta engloba «todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su

⁴ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos 1.

Los Estados Miembro en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

[...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares”⁶. Para la CIDH:

La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público. [...] Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos⁷.

Reiterando el posicionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la CIDH opina que la interferencia del Estado en dichas cuestiones no puede ser abusiva, pidiendo a los Estados que presenten razones fundamentalmente convincentes y de gran relevancia.

2.1. CASOS ANALIZADOS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Antes de que las resoluciones de la OEA determinaran que la CIDH incluyese en su agenda la prioridad de lidiar con cuestiones que implicaran la orientación sexual, identidad de género y expresión de género, en 1999, en el informe anual, aparecieron los primeros casos analizados, enviados mediante el sistema de petición.

Uno de los casos fue el n. 11.656 — **Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia** — presentado a la CIDH el 18 de mayo de 1996. Expone la imposibilidad de la víctima de recibir visita íntima en un centro penitenciario en Colombia, por tratarse de una visita entre homosexuales, ya que afectaría el régimen de disciplina interna y de moralidad, por entender que la cultura latinoamericana no tolera tal práctica. El pedido de visita íntima fue rechazado administrativa y judicialmente, siendo que en este último caso, la Corte Constitucional se abstuvo de revisar el fallo de tutela. Se alegó, por lo tanto, la violación de los artículos 5.1,

⁶ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, de 17 de septiembre de 2010, párrafo 111.

⁷ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, de 17 de septiembre de 2010, párrafo 111.

2, 11 y 24 de la CADH, siendo incrementado por la CIDH el artículo 11.2 de la CADH, que se refiere a la vida privada, en el informe de admisibilidad n. 17/99, presentando por primera vez, la relación entre el debate de orientación sexual e identidad de género con el ejercicio de la vida privada, en conformidad con la Convención Americana.

Otro caso de 1999, fue el de **José Alberto Pérez Meza vs. Paraguay**, cuyo informe de admisibilidad fue emitido el 10 de octubre de 2001. La petición fue recibida el 30 de julio de 1999 durante una visita *in loco* de la CIDH a aquel país. Las alegaciones se basaban en violaciones del artículo 24 de la CADH, debido a los hechos narrados, que señalaban la negativa de reconocimiento de unión entre Jenaro Antonio Espínola Tami y Carlos Alfredo Espínola Tami, los cuales habían vivido juntos desde 1967. El 1 de noviembre de 1999, la pareja inició un proceso de reconocimiento de matrimonio, el cual fue rechazado en primera instancia ya que la legislación del Estado no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. En la apelación, su petición fue también rechazada.

La Comisión, al emitir el informe n. 96/01, consideró no admisible la petición ya que los fundamentos que motivaron las demandas judiciales internas, no contemplaban la discriminación y la igualdad, impidiendo que el Estado de Paraguay se pronunciase internamente sobre tal cuestión.

Otro caso analizado por la CIDH años después fue el de **X e Y vs. Chile**, cuyo informe de solución amistosa n. 81/09 fue publicado en agosto de 2009. El caso trata sobre dos mujeres que alegaron violaciones de los artículos 5.1, 11, 24 y 25 de la Convención Americana, siendo que X fue hostigada en su centro de trabajo, en el ámbito del servicio público, lo cual exigió informaciones sobre su vida privada en relación a Y. Como ambas se negaron a facilitar tales informaciones sufrieron un allanamiento de morada y, además, X sufrió también una pena restrictiva de libertad.

La solución amistosa fue celebrada entre las partes, con la previsión de la obligación para el Estado de Chile de garantizar la regularidad en el ejercicio profesional de X, medidas

administrativas que impidan violaciones de la honra y la vida privada, así como medidas de rehabilitaciones. El acuerdo imposibilitó que la CIDH discurriera sobre el fondo de la denuncia.

Un caso más reciente analizado por la CIDH, es el de **Ángel Alberto Duque vs. Colombia**, cuyo informe de admisibilidad es el n. 150/11, del 2 de noviembre de 2011. El caso versa sobre la negativa del derecho de la víctima de recibir una pensión debido al fallecimiento por VIH-SIDA de su compañero, con quien convivía hacía más de 10 años y mantenía una fuerte relación de dependencia económica.

La víctima, que también tiene VIH-SIDA, habría presentado una solicitud para obtener el beneficio de la pensión, lo que fue rechazado bajo el fundamento de que la legislación interna no contemplaba la posibilidad de recibir una pensión procedente de parejas formadas por la unión de dos personas del mismo sexo. De la misma forma, los recursos judiciales rechazaron la petición.

Cabe aclarar que aunque decisiones recientes en Colombia, a partir de 2008, hayan reconocido el derecho a tal beneficio para compañeros del mismo sexo, afecta negativamente a la víctima del caso, ya que su compañero falleció en 2001, lo que motiva las alegaciones de la petición presentada a la Comisión Interamericana de violaciones de los artículos 4, 5, 8, 24 y 25 de la CADH.

En la decisión de admisibilidad del caso, la CIDH opta por examinar los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la CADH, todos relacionados con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2, pero declara inadmisibile el análisis del artículo 4 de la CADH, por no vislumbrar elementos específicos que versen sobre la materia tutelada en la referida disposición legal.

En los casos anteriormente relatados, se vislumbra que el debate en torno a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género se presentaba ya como algo recurrente en el ámbito de la Comisión Interamericana, incluso antes de la aprobación de las resoluciones de la OEA y de la Convención Interamericana específica sobre la materia.

En relación a las observaciones mencionadas anteriormente, cabe analizar el caso de **Karen Atala e hijas vs. Chile**, que precedió al último caso analizado y si bien representa una decisión

emblemática por parte de la Corte Interamericana, también presenta las cuestiones de fondo en el ámbito de la Comisión Interamericana, no reveladas por los informes de admisibilidad presentados arriba.

El caso trata sobre Karen Atala que se separó judicialmente de Ricardo Jaime López Allende en marzo de 2002. De esa unión, nacieron M., V. y R. Tras la separación, le correspondió a la madre la guarda y tutela de las niñas. El 15 de enero de 2003, Ricardo Allende reclamó la guarda de las hijas por entender que la relación de Karen con una lesbiana causaría serios daños a la formación intelectual y a la salud de las niñas.

El caso ganó repercusión pública con la difusión del tema en prensa escrita. Además derivó en un procedimiento de investigación judicial, pues Karen Atala es magistrada.

El padre de las niñas pidió judicialmente la guarda provisoria, lo que fue acatado por el juez local, alegando interés superior de las niñas. En relación a la decisión en primera instancia, se determinó que las niñas deberían quedarse con Karen Atala, lo que se mantuvo en segunda instancia.

Tras diversos recursos, el caso alcanza finalmente la jurisdicción de la Suprema Corte de Chile en mayo de 2004, que, en una decisión controvertida, otorga la guarda de las niñas al padre, entendiendo que sus intereses deben estar por encima de los intereses de la madre, lo que sería incompatible con la convivencia con una pareja del mismo sexo, ya que tal situación provocaría un riesgo para las niñas, impidiendo que vivan en un modelo de familia tradicional.

El caso pasó a un ámbito internacional por la Comisión Interamericana, la cual ratificó las violaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y ante el no cumplimiento de las recomendaciones presentes en el informe de fondo, la CIDH presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en septiembre de 2010, alegando violaciones de los artículos 11, 17, 19, 24, 8 y 25, todos con conexión al artículo 1.1 de la CADH.

Con relación al artículo 24, conviene mencionar que la CIDH reiteró la opinión de la Corte Interamericana de que el derecho a la igualdad y a la no discriminación, es esencial para el Sistema Interamericano, ofreciendo obligaciones *erga omnes*, vinculando todos los Estados⁸.

Sobre igualdad, la CIDH, como la Corte, opina que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”⁹.

En lo que se refiere a discriminación, la CIDH hace uso del concepto del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

“[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁰.

La CIDH alega que la obligación contenida en el artículo 24 de la CADH, resulta violada siempre que el Estado adopta medidas discriminatorias, y por tanto, viola las obligaciones de respetar y garantizar sin discriminación, contempladas en el artículo 1.1 de la

⁸ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 18/2003, párrafos 173-175.

⁹ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 4/1984, párrafo 55.

¹⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Comentario General n. 18/98, párrafo 7.

CADH, como aseveró la CorteIDH en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela¹¹.

Así, el Estado debe combatir todas las prácticas discriminatorias en todos los niveles, principalmente las existentes en el ámbito del Poder Público. Debe además adoptar las medidas afirmativas necesarias para garantizar la igualdad ante la ley para todas las personas¹², principalmente en relación a aquellas que hayan sido históricamente excluidas y que se encuentran en mayor riesgo de sufrir discriminación¹³.

Para la CIDH el derecho a la igual protección, a la ley y a la no discriminación, impiden diferencias de trato, cuando se observen criterios razonables y objetivos, que sirvan al interés legítimo del Estado, y que se empleen medios proporcionales al fin que se pretende alcanzar¹⁴.

Habiendo exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que provoca violaciones de los Derechos Humanos, existe discriminación, la cual es vedada por el texto convencional¹⁵.

La Comisión Interamericana alega también que además de tales criterios, la medida implementada por el Estado debe someterse a una prueba, con el fin de confirmar si esta es o no discriminatoria. Los criterios de esta prueba ya son utilizados por la Corte Europea de Derechos Humanos, y son los siguientes: (1) existencia de un fin legítimo; (2) el objetivo que se persigue debe tener un fin en particular importante; y (3) necesidad social imperiosa¹⁶.

¹¹ CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 5 de agosto de 2008, párrafo 209: «La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar «sin discriminación» los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a «igual protección de la ley». En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. «Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24».

¹² CorteIDH. Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrafo 141.

¹³ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, septiembre de 2010, párrafo 80.

¹⁴ CIDH. Informe anual de 2001. Caso 11.625. Informe n. 4/01,19 de enero de 2001, párrafo 31.

¹⁵ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 18/2003, párrafo 84; Opinión Consultiva n. 4/1984, párrafo 57.

¹⁶ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, septiembre de 2010, párrafo 89.

En el presente caso, la CIDH vuelve a entender que la orientación sexual estaría presente en el artículo 1.1 de la CADH bajo la expresión “otra condición social”, así que lo mismo debe ser interpretado y aplicado “[...] ante el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”¹⁷. Por tanto, toda la diferencia atribuida a la orientación sexual es incompatible con la CADH, debiendo el Estado probar que tal diferencia de trato es razonable, objetiva y proporcional, así como la medida debe someterse a la prueba, de forma que demuestre que no es discriminatoria. La ausencia de justificación por parte del Estado convierte su acto en “sospechoso” de discriminación en la opinión de la Comisión Interamericana¹⁸.

En lo que se refiere al artículo 11.2 de la CADH el cual protege la vida privada, además de presentar que tal derecho incluye la personalidad, la identidad, las decisiones sobre su vida sexual, las relaciones personales y familiares, la Comisión Interamericana opina que tal disposición prohíbe la interferencia abusiva y arbitraria del Estado, puesto que tal garantía tiene por finalidad asegurar que toda reglamentación esté en conformidad con las normas y objetivos de la CADH, así como que sean razonables.

En relación a la razonabilidad, la Comisión cita precedentes del sistema europeo, donde aquella Corte determina que los Estados presenten razones particularmente convincentes y de gran valor, para justificar la interferencia del Poder Público en la orientación sexual de un individuo¹⁹.

In casu, como se trata de la relación de la víctima con sus hijas, la Comisión Interamericana estableció una conexión entre el artículo 11.2 y el artículo 17 de la CADH²⁰, que versa sobre la protección de la familia.

¹⁷ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 10/1989, párrafo 37.

¹⁸ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, septiembre de 2010, párrafo 112.

¹⁹ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, septiembre de 2010, párrafo 113.

²⁰ Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

La CIDH presenta un precedente de la Corte Interamericana, donde esta afirma que la vida privada se extiende a la familia²¹ y que una de las interferencias más significativas que puede haber, son aquellas que resultan de la división de la familia²².

El caso a analizar representa no solo la cuestión en torno de los artículos 24, 11 y 17 de la CADH, sino también de los artículos 19, 8 y 25. Sin embargo, para el tema de la diversidad sexual, asume relevancia por la novedad de someter un caso de tales características a la Corte Interamericana y por la profundidad con la que afronta el artículo 24 dentro de ese contexto.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hay que subrayar sus pronunciamientos en opiniones consultivas y sentencias en casos contenciosos, especialmente en relación al tema del derecho a la igualdad y no discriminación, siendo que el caso más reciente sobre diversidad sexual fue juzgado en 2012.

En relación a la igualdad y a la no discriminación, existen las Opiniones Consultivas n. 04, de 1984 y n. 18 de 2003, donde la Corte, como ya se ha afirmado, entiende la igualdad como algo esencial de la persona, prohibiéndose crear cualquier medida que considere un grupo de personas superior frente a otro.

Además, la Corte establece una relación directa entre las obligaciones contempladas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, pues en el primero se prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en el presente texto legal, mientras que la segunda disposición establece la prohibición de la discriminación en lo que se refiere no solo a los derechos enumerados en la CADH, sino también en todas las normas aprobadas por el Estado y su aplicación²³.

²¹ CorteIDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 6 de julio de 2009, párrafo 113.

²² CorteIDH. Opinión Consultiva n. 17/2002, párrafo 72.

²³ CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México; Caso Fernández Ortega y otros vs. México.

Conforme prevé la Opinión Consultiva n. 18/2003, el principio de la igualdad y el de la no discriminación fueron admitidos por la CorteIDH como normas de *jus cogens*, transversales al orden jurídico interno e internacional²⁴.

Respecto a las obligaciones impuestas por los derechos a la igualdad y a la no discriminación, la Corte, en el **caso Yean y Bosico vs. República Dominicana**, estableció en 2005 ciertas medidas a los Estados, que se asemejaban bastante a las previstas en las resoluciones de la OEA, y que son las siguientes: (1) abstenerse de incluir en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos; (2) revocar las normas de carácter discriminatorio; (3) combatir las prácticas discriminatorias y (4) adoptar normas y acciones necesarias para reconocer y asegurar la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley²⁵.

Al diferenciar entre «distinción» y «discriminación», la Corte autoriza a los Estados a que adopten medidas de «distinción», principalmente de algunos colectivos de la sociedad que se encuentran en situación de riesgo, siempre que sean razonables y objetivas²⁶.

Sobre la cláusula general del artículo 1.1 de la Convención Americana y de forma particular, sobre su previsión acerca de la no discriminación, en pronunciamiento reciente, la Corte manifestó en el **Caso González y otras vs. México (Campo Algodonero)**, que los comentarios hechos sobre las preferencias sexuales de las víctimas del caso, fueron estereotipados y discriminatorios, lo que acabó por impedir una investigación cuidadosa sobre los hechos²⁷.

En lo que se refiere al **caso Karen Atala e hijas vs. Chile**, existe un análisis más detallado de la CorteIDH sobre igualdad y no discriminación, que tiene como eje central las cuestiones sobre la diversidad sexual.

²⁴ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 18/2003, párrafo 101.

²⁵ CorteIDH. Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana, párrafo 141; Opinión Consultiva n. 18/2003, párrafo 103-104; Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párrafo 271.

²⁶ CorteIDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 28 de noviembre de 2007, párrafo 103.

²⁷ CorteIDH. Caso González y otras vs. México (Campo Algodonero). Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 16 de noviembre de 2009, párrafo 408.

Sobre tal asunto, la Corte piensa que la orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual en sí mismo, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias del proyecto de vida de las personas. En este sentido, la orientación sexual está relacionada con la libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias, que dan sentido a su existencia.²⁸

A este respecto, la Corte se pronuncia sobre si la orientación sexual está protegida o no en el artículo 1.1 de la CADH; si, ante los hechos probados, hubo diferenciación de trato fundada en la orientación sexual; y si tal diferenciación concierne discriminación.

En relación a la protección de la orientación sexual por la CADH, la CorteIDH afirma que el texto legal no hace mención expresa, solamente hace referencia a la no discriminación en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, volviéndose a resaltar que existe una profunda relación entre las dos previsiones, ya que:

[...] “si un Estado discrimina el respeto o la garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”²⁹.

²⁸ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 136.

²⁹ CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 5 de agosto de 2008, párrafo 209.

Al interpretar el artículo 1.1 de la CADH, el cual contemplaría la orientación sexual cuando se refiere a “cualquier otra condición social”, la Corte expone la interpretación evolutiva, consagrada en el artículo 29 de la CADH³⁰ y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como la norma más favorable al ser humano³¹, para afirmar que los criterios para la prohibición de la discriminación previstos en la Convención, no serían taxativos sino enunciativos.

Así, la expresión “cualquier otra condición social”, debe ser interpretada “[...] en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y en la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo [...]”³².

Para fundamentar su decisión, la Corte cita las ya mencionadas resoluciones de la OEA aprobadas desde 2008; la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos que también protegió la orientación sexual por la previsión de la “otra condición” del artículo 14 de la Convención Europea³³, así como diversos pronunciamientos de los Comités temáticos de las Naciones Unidas, bien relacionando orientación sexual con la previsión “otra condición”, bien con “sexo”. Resta reiterar que cuando la Corte se pronunció sobre el caso, todavía no existía una Convención Interamericana que tratara sobre la discriminación y la intolerancia.

Cabe resaltar que la Corte va más allá de manifestar la orientación sexual como la expresión contenida en la CADH. También declara que:

³⁰ Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Miembros, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Miembros o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

³¹ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 05/1985, párrafo 52.

³² CorteIDH. Opinión Consultiva n. 16/1999, párrafo 115.

³³ STEDH. Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. Sentencia del 21 de diciembre de 1999, párrafo 28.

“[...] la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [...] la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o **para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido**”³⁴.

Sobre el pronunciamiento de la CorteIDH acerca de si, ante los hechos probados, hubo o no diferenciación de trato fundada en la orientación sexual, ese Tribunal estableció algunos criterios para verificar el fundamento de las decisiones internas: (1) argumentos expuestos por las autoridades nacionales, (2) conductas de las autoridades, (3) lenguaje utilizado, y (4) contexto donde se produjeron las decisiones judiciales³⁵. De esta forma, presentando textualmente algunas manifestaciones (argumentos y lenguaje) judiciales que formaron las decisiones, la Corte opinó, especialmente en el proceso de tutela, además de otros aspectos, que las sentencias se centraron en la orientación sexual de Karen Atala y en las consecuencias que su convivencia con una persona del mismo sexo representaría para sus hijas, quedando comprobado el vínculo entre las decisiones judiciales y el hecho de que Karen Atala vivía con alguien del mismo sexo, dando relevancia significativa a la orientación sexual³⁶.

Respecto a si el trato diferenciado determinó la discriminación, la Corte parte del análisis de las alegaciones presentadas por el Estado para adoptar las medidas necesarias,

³⁴ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 91-92.

³⁵ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 95.

³⁶ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 96-97.

que estarían fundadas en la protección del interés superior de las niñas. Sobre tal principio, la Corte opinó que:

[...] en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, **no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual.** [...] **el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.** [...] **presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño**³⁷.

La Corte considera que para justificar un trato diferenciado o una restricción de un derecho, no se puede sustentar jurídicamente la posibilidad de discriminación social. Aunque algunas sociedades sean intolerantes a condiciones como la nacionalidad y la orientación sexual de una persona, el Estado no puede adoptar un argumento que perpetúe los tratos discriminatorios, ante la obligación contemplada en el artículo 2 de la Convención Americana³⁸ ...

... la cual prevé que el Estado enfrente las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con la finalidad de evitar exclusión o negación de una condición³⁹ y además no legitimar y ni consolidar distintas formas de discriminación.

³⁷ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 110-111.

³⁸ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera garantizado por las disposiciones legislativas o de otra naturaleza, los Estados Miembros se comprometen a adoptar, de acuerdo a sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otra naturaleza que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁹ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 119.

El Estado debe responder a los cambios existentes en las sociedades contemporáneas, en lo referente a los aspectos sociales, culturales e institucionales, que evidencian hoy, la aceptación de parejas interracial⁴⁰.

Cualquier restricción del derecho exige, según la CorteIDH, una fundamentación rigurosa y de gran peso, haciendo uso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, cuya responsabilidad probatoria compete al Estado, demostrando, por tanto, que su decisión no tiene como propósito ningún efecto discriminatorio⁴¹.

En el presente caso analizado por la Corte Interamericana, esta decidió que hubo trato diferenciado debido a una discriminación, por el hecho del Estado: (1) haber considerado reprobable jurídicamente la conducta en el ejercicio de la homosexualidad de la víctima, sin admitir que la orientación sexual es un componente esencial de la persona y de su proyecto de vida y de familia⁴²; (2) haber protegido solamente un modelo "tradicional" de familia, sin tomar en consideración que la Convención Americana no adopta un modelo "cerrado" de familia y que la jurisprudencia de ese Tribunal, ya manifestó que la vida familiar no se limita al matrimonio, sino también a los otros lazos familiares⁴³; y (3) tomar la decisión de alejar a las hijas de Karen, debido a la orientación sexual, repercutiendo en las niñas.

Además de analizar el contenido de los artículos 24 y 1.1 de la CADH, la Corte acaba por relacionar la cuestión de la diversidad sexual con la previsión del artículo 11.2 de la Convención, que versa sobre el derecho a la vida privada, el cual debe quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública⁴⁴. La Corte además añade que la vida privada es un concepto amplio, no susceptible de conceptos definitivos y que alberga la vida sexual y el derecho de establecer y de desarrollar relaciones con otros seres

(Sigue en la página X)

⁴⁰ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 120.

⁴¹ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 124.

⁴² CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 139.

⁴³ CorteIDH. Opinión Consultiva n. 17/2002, párrafo 69-70.

⁴⁴ CorteIDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 1 de julio de 2006, párrafo 194.

humanos⁴⁵. Se trata de un derecho no absoluto, cuya restricción, para no ser abusiva o arbitraria, debe contemplar los siguientes requisitos: (1) previsión legal, (2) perseguir un fin legítimo, (3) medida idónea, necesaria y proporcional y (4) necesaria para la sociedad democrática⁴⁶.

En este caso, la Corte establece una relación entre los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana, donde el último contempla la protección de la vida. De esta forma, “la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada [...] sino también por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar”⁴⁷, lo que se vislumbró en el presente caso.

En este aspecto, conviene mencionar el voto separado del Juez Alberto Pérez Pérez, el cual solo reconoce la violación del artículo 11.2, pero no vislumbra la conexión de este con el artículo 17 de la CADH. Al citar en su voto, disposiciones de textos constitucionales de Estados miembros de la OEA que consideran la familia como surgida de la unión de heterosexuales, el juez entiende que no hay consenso o convergencia de las normas internas de los Estados sobre tal cuestión, presuponiéndose por tanto, que la familia se basa en el matrimonio o unión de personas de sexo distinto.

Al concordar con la interpretación evolutiva de la Convención Americana, el juez aclara que esa evolución no repercute en el concepto de familia como elemento natural y fundamental de sociedad, correspondiendo a los Estados el definir si hay una pluralidad de concepciones de familia, conforme su margen de apreciación.

4. CONCLUSIÓN

Ante lo expuesto, se verifica que el tema de la diversidad sexual pasó a formar parte de la agendas de los órganos del Sistema Interamericano, tanto por la Asamblea General de la OEA

⁴⁵ CorteIDH. Caso Rosendo Cantú e otras vs. México, párrafo 119; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, párrafo 129.

⁴⁶ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 164.

⁴⁷ CorteIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012, párrafo 175.

y las aprobaciones de las resoluciones sobre el asunto, como por la adopción de la reciente Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, en la que existe una clara referencia a la orientación sexual, identidad y expresión de género como opciones vedadas de discriminación.

Además, se constató que como el Sistema Interamericano no poseía ninguna normativa específica sobre los temas relacionados a la diversidad sexual, en la decisión de algunos casos, cupo nuevamente la interpretación facilitada por la Corte y Comisión acerca de los tratados interamericanos para la protección de un derecho que no está previsto expresamente en el texto convencional, con la finalidad de adecuarlo a las exigencias modernas.

Cabe mencionar que aunque el Sistema Interamericano no posea jurisprudencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, la interpretación atribuida al artículo 1.1 de la CADH para englobar la orientación sexual, en “otra condición”, a fin de obligar a los Estados a no adoptar medidas discriminatorias, como demostró el análisis del caso Karen Atala e hijas vs. Chile, en el futuro puede ofrecer casos de esa naturaleza en el SIDH.

5. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS ELECTRÓNICOS

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “Proyecto de Resolución de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos ‘Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género’”, 2012.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

Principios de Yogyakarta. Disponible en <http://www.yogyakartaprinciples.org/index.html>

Resoluciones OEA. Disponible en http://www.abglt.org.br/port/resol_2435.html
<http://www.google.con.br/url?sa=t&rct=j&q=resolu%C3%A7%C3%A3o%202504%20oea&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fscm.oas.org%2FIDMS%2FRed>

[irectpage.aspx%3Fclass%3DCP%2FCAJP%26classNum%3D3065%26lang%3Dp&ei=d3s7UOnGL4a16wG-voDgAg&usg=AFQjCNGn6kroo4GI0966XTSIQkg2GpC9Ow](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RE_S_2656_pt.pdf)
http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RE_S_2656_pt.pdf

CIDH. Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/COAD123-05ES.doc>

CIDH. Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>

CIDH. Caso José Alberto Pérez Meza vs. Paraguay. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Paraguay.19.99.htm>

CIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>

CIDH. Caso X vs. Chile, Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Chile490-03.sp.htm>

CIDH. Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes. Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20so bre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%2>

CorteIDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

6. JURISPRUDENCIA básica

CIDH, Demanda frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, de 17 de septiembre de 2010.

CIDH. Informe n. 71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, de 4 de mayo de 1999.

CIDH. Informe anual de 2001. Caso 11.625. Informe n. 4/01, de 19 de enero de 2001.

CorteIDH. Opinión Consultiva n. 4/1984.

CorteIDH. Opinión Consultiva n. 05/1985.

CorteIDH. Opinión Consultiva n. 10/1989.

CorteIDH. Opinión Consultiva n. 16/1999.

CorteIDH. Opinión Consultiva n. 17/2002.

CorteIDH. Opinión Consultiva n. 18/2003.

CorteIDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 5 de agosto de 2008.

CorteIDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 6 de julio de 2009.

- CorteIDH. Caso González y otras vs. México (Campo Algodonero). Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 16 de noviembre de 2009.
- CorteIDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de febrero de 2012.
- CorteIDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 1 de julio de 2006.
- CorteIDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 28 de noviembre de 2007.
- CorteIDH. Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- STEDH. Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.

ANEXO

ESTUDIOS DE CASO

16

EL DERECHO DE LOS «*PUEBLOS Y NACIONES INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS*» EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Nataly Viviana Vargas Gamboa y Shirley Gamboa Alba
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho

Resumen

Tras la promulgación de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia se han incluido diversos aspectos referentes a la protección de los pueblos y naciones indígena originario campesinos. Dentro de los cuales no solo es destacable su carácter simbólico y reivindicativo, sino la implementación de condiciones específicas que posibiliten la inclusión de los principales aspectos culturales de los diversos pueblos, pues les permite alcanzar niveles importantes de autonomía, para la aplicación de sus propias normas dentro de sus territorios y el respeto de sus derechos frente al resto de la población. Así también, se observa el reconocimiento e inclusión de las culturas indígena originaria campesinas en los sistemas nacionales de representación, salud, educación y justicia, propiciando una verdadera amalgama entre lo indígena y lo no indígena en Bolivia.

1. INTRODUCCIÓN

La lucha de los sectores indígenas, por la reivindicación de sus formas de vida, ha propiciado en Bolivia la incorporación de numerosos preceptos en su cuerpo constitucional. Dichos preceptos han cambiado radicalmente la situación legal que tenían estos sectores. Para entender el alcance de esta nueva configuración es pertinente estudiar las características constitucionales de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, esto es, quiénes pueden ser identificados con este colectivo, cómo pueden identificarse con él y cuáles son los principales aspectos simbólicos reivindicados.

Resulta evidente la amplitud del catálogo de derechos atribuido a los sectores indígenas. Sin embargo, es necesario analizar si esta amplitud es coherente con el grado de reivindicación que necesitan y exigen, es decir, si evidentemente a

través del reconocimiento de los derechos indígenas, puede proporcionarse una efectiva protección y respeto a sus costumbres y formas de vida, de acuerdo a sus sistemas económicos, políticos, educativos y medicinales. Uno de los principales aspectos de discusión, en cuanto al reconocimiento de los derechos indígenas, es el alcance del derecho a la libre determinación y los niveles de autonomía que ostentan a partir de su constitucionalización.

Indiscutiblemente, la implementación de una jurisdicción específica para los sectores indígenas, con el pleno respeto a sus formas de impartir justicia a través de sus cosmovisiones, era una necesidad que tenía que ser atendida por el cuerpo constitucional boliviano. Sus características deben ser cuidadosamente observadas. Resultando indispensable el estudio de sus mecanismos de protección, puesto que por sus características necesitan de una protección especial.

2. LOS MOVIMIENTOS SOCIALES INDÍGENAS Y SU CARÁCTER DECISIVO EN LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

El sistema de exclusión predominante en Bolivia instaurado en la colonia pero persistente en toda la historia de país, ha propiciado la subordinación, de los indígenas, negros y campesinos. Puesto que a partir de criterios de raza, se les ha quitado el derecho a la participación política, jurídica y económica, usurpado sus tierras y desestructurado sus territorios, ubicándolos en el último lugar de la escala social, en un estado de servidumbre, cuasi-esclavitud, desprecio y deslegitimación.¹

Si bien a lo largo de toda la historia colonial y republicana realizan diferentes levantamientos, no es sino a partir de los noventa que obtienen una especial fuerza. En 1990 los pueblos indígenas de la zona amazónica del país, conducidos por la Central Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB) realizaron una marcha histórica denominada «Marcha por la Dignidad y el Territorio» ante el avasallamiento de sus tierras por parte de hacendados y

¹ GARCÉS V., Fernando: Los indígenas y su Estado (pluri)nacional: Una mirada al proceso constituyente boliviano; ob. cit., pp. 39-40.

madereros.² Demandaron el reconocimiento de sus territorios, usos y costumbres, y sobre todo la propiedad colectiva de sus tierras. La principal característica de esta marcha fue la incorporación del objeto «territorio» juntamente con sus demandas económicas, culturales y ambientales.³

Este movimiento, transformó completamente los escenarios políticos y públicos tradicionales. Los grupos indígenas de tierras altas y bajas, al encontrarse juntos para marchar hacia La Paz, posicionaron con gran fuerza el planteamiento de sus organizaciones, obteniendo la sanción de siete territorios indígenas por Decreto Supremo.⁴

En el año 1994 se realiza una importante movilización denominada «Marcha por la vida, la coca y la soberanía», que paralelamente lleva otra premisa como elemento de consolidación de las alianzas de los pueblos indígenas: «la refundación de Bolivia» y la exigencia de la «convocatoria a una Asamblea Constituyente», por lo que se comienza a buscar cada vez un mayor apoyo y representación política.⁵

En este contexto, los indígenas, que ya se encontraban agrupados en diversas organizaciones fuertemente estructuradas, irrumpieron en el orden neoliberal de 2000, en una clara respuesta a los estragos que había causado en Bolivia. Cansados de la implementación de Políticas Públicas que solo generaban un agravamiento de la pobreza, exclusión, racismo y violencia,

² Defensor del Pueblo, Organizaciones de Derechos Humanos de la sociedad civil: Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Bolivia – APDHB, Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de La Paz – APDHLP, Capítulo Boliviano de Derechos Humanos Democracia y Desarrollo – CBDHDD, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social – CEJIS, CEFREC, Programa Nina, Ibis Dinamarca, Fundación Tierra: Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Bolivia 2010. Documento de las organizaciones de derechos humanos para el foro permanente para los pueblos indígenas. Bolivia, marzo de 2010.

³ VARGAS R, Humberto, CÓRDOVA E., Eduardo, «Bolivia: un país de reconfiguraciones por una cultura de pactos políticos y de conflictos», en SEOANE, José, Movimientos sociales y conflictos en América Latina; CLACSO, Buenos Aires, Argentina. Programa OSAL, 2003.

⁴ GARCÉS V., Fernando: Los indígenas y su Estado (pluri)nacional: Una mirada al proceso constituyente boliviano, CLACSO, Gente Común, Bolivia, 2013. p. 27.

⁵ DO ALTO, Hervé: «Cuando el nacionalismo se pone el poncho: una mirada retrospectiva a la etnicidad y la clase en el movimiento popular boliviano (1952-2007)», en SVAMPA, Maristella y STEFANONI, Pablo (Comp.): Bolivia: memoria, insurgencia y movimientos sociales; CLACSO, El Colectivo, Buenos Aires, 2007. p. 37.

exigieron la reconstrucción del Estado boliviano, desconociendo la lógica de la construcción histórica del Estado-nación que no hacía más que legitimar su situación de inferioridad.⁶ Son el soporte de los principales movimientos sociales, que se estructuraron durante la *guerra del agua y del gas*, para solicitar con mayor fuerza la realización de una Asamblea Constituyente Fundacional.

Un mes después del acontecimiento de la *guerra del gas*, las organizaciones de campesinos, colonizadores, indígenas, originarios y asalariados del campo se reunieron en Santa Cruz y decidieron construir un Pacto de Unidad para tener una participación decisiva y en bloque en la Asamblea Constituyente, que ya era inevitable. En septiembre de 2004 se formó el Pacto de Unidad Programático, que elaboró, en ese momento, una propuesta de Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente bajo el lema: «los excluidos no vamos a excluir a los excluidores de siempre». Allí se decidió que la Asamblea Constituyente debía ser *soberana* para que no esté sometida a los poderes constituidos; *participativa* para borrar la lacra histórica de un país construido por una pequeña élite blancoide; y *originaria y fundacional*, para evitar que se trate de una Asamblea que intente poner parches a la estructura del Estado.⁷ Teniendo una participación activa durante todo el proceso constituyente.

3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS DEMANDAS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS

A partir de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia⁸ (CPE), se observa un reconocimiento más detallado de los grupos indígenas, acompañado de diferentes preceptos, cuyo objetivo principal es la reivindicación de los sectores indígenas.⁹ Dicho reconocimiento empieza a realizarse desde el

⁶ SORUCO SOLOGUREN, Ximena, Apuntes para un Estado plurinacional, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2011. p. 23.

⁷ GARCÉS V., Fernando, Los indígenas y su Estado (pluri)nacional:.. , ob. cit., pp. 31-32.

⁸ La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia fue promulgada en febrero de 2009.

⁹ Puede observarse una extensa fundamentación, del nuevo papel de los pueblos indígena originario campesinos en el Informe por Mayoría de la Comisión N°1, de la Asamblea Constituyente boliviana. Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional , en

Preámbulo constitucional, en el que se observa la divinización de un territorio de antaño, con su respectiva diversidad cultural. El conjunto descrito lleva consigo una fuerte carga de valores que engloban el respeto a la vida y al medio ambiente. En la descripción de este entorno perfecto se destaca la inexistencia de problemas de convivencia hasta la llegada de los conquistadores¹⁰, quienes son los que rompen este idílico equilibrio y marcan a la sociedad a través del sometimiento y la injusticia. Justificando así, una lucha constante contra la colonización y el levantamiento del pueblo boliviano a través de variados movimientos sociales, indígenas y campesinos.¹¹

Se observa la firme intención de dejar atrás el pasado, pero, haciendo constar que el que se deja atrás es el colonial, republicano y neoliberal, no así el pasado precolonial. Este se considera en todo caso un símbolo a reivindicar, que debe estar presente en la ideología del Estado.¹² Como si la intención de Bolivia a través de la Constitución sería la de borrar todo el lapso de tiempo comprendido entre el inicio de la colonización y la promulgación de la nueva CPE. A partir del pasado precolonial, se observan las diversas aportaciones presentes en todo el articulado constitucional que realzan la vida indígena y originaria, destacando los valores de antaño y reivindicando sus formas de vida, al punto de convertirlas en verdaderas instituciones.

PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, Tomo III, Vol. 1, La Paz, 2012. pp. 66 y ss.

¹⁰ Sin embargo, en el ámbito de los pueblos indígenas, existen y han existido siempre, relaciones entre pueblos mayoritarios y minoritarios, en particular entre quechuas y aymaras y el resto de los pueblos de tierras bajas, que han sido caracterizadas por prácticas discriminatorias y sentimientos de superioridad de unos sobre otros. TAPIA, Luis, "Consideraciones sobre el Estado Plurinacional", en GOSÁLVEZ, Gonzalo y DULON, Jorge, Descolonización en Bolivia: Cuatro ejes para comprender el cambio, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2011. p. 159.

¹¹ Preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Puede observarse el mismo sentido, aunque menos incisivo, en el Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador.

¹² Expresa GARCÉS V. con respecto al preámbulo, que supone el abandono del viejo institucionalismo colonial, republicano y neoliberal, como la antítesis del Estado, que no puede seguir siendo nunca más. GARCÉS V., Fernando: Los indígenas y su Estado (pluri)nacional: ..., ob. cit., pp. 46-47.

La devolución de soberanía, ha sido uno de los principales objetivos tratados durante la Asamblea Constituyente, en cuyas sesiones se ha destacado fuertemente el sometimiento de los pueblos ancestrales y la necesidad de la reivindicación de sus derechos. Logrando establecer en la CPE, como fines y funciones del Estado a la construcción de una sociedad justa y armoniosa, con base en la descolonización, para la consolidación de las identidades plurinacionales; al fomento del diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe; y a la preservación como patrimonio histórico y humano de la diversidad plurinacional (Art. 9 CPE).

...Tal vez ya todos entiendan que **nuestro reclamo de Asamblea Constituyente** con participación de todos los sectores sociales, sin mediación de los partidos políticos, es lo que **necesitamos** para empezar a **sentirnos parte del país**. Tal vez ni nosotros mismos entendíamos muy bien eso cuando empezamos a trabajar juntos: indígenas, campesinos y colonizadores, mujeres y hombres, gentes de tierras altas y de tierras bajas, porque en nuestra historia **nunca hemos participado de verdad**. Bien dicen que lo que no se vive no se conoce. Nosotros pensamos que es mejor participar en las decisiones que no darnos cuenta de lo que deciden por nosotros ...

Fragmento de la bitácora de la «Marcha por la Soberanía Nacional, El territorio y Dignidad de los Pueblos Indígenas y Originarios».¹³

* Las negrillas son nuestras.

La nueva condición de «**Plurinacional**» que asume Bolivia, **nace** de la **voluntad colectiva de la descolonización**, del **reconocimiento** de la **diversidad** boliviana, con concepciones temporales múltiples y variadas formas institucionales existentes. Multiplicidad que supera a la antigua concepción homogénea del Estado, desarticulando a este a través de una forma de integración cohesiva, dinámica y flexible.¹⁴ Bolivia se define Plurinacional **porque** su organización económica, social, jurídica y política **articula** a todas las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* y la población intercultural del campo y la ciudad.¹⁵

¹³PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, ob. cit. Tomo I. Vol. I. p. 114.

¹⁴ PRADA ALCOREZA, Raúl: Umbrales y horizontes de la descolonización, en GARCÍA LINERA, Álvaro, PRADA, Raúl, TAPIA, Luis, VEGA CAMACHO, Oscar, El Estado. Campo de lucha, CLACSO, Muela del Diablo, La Paz, 2010. p. 89.

¹⁵ Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional, en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit., Tomo III, Vol. 1. p. 67.

3.1. Definición de nación y pueblo indígena originario campesino

Art. 30. I. CPE. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

* Las negrillas son nuestras.

Esta es la primera definición para englobar a los pueblos indígenas, realizada en un cuerpo constitucional boliviano. En leyes anteriores se habían desarrollado conceptos para la definición de los sectores indígenas,¹⁶ sin embargo, es innegable que la definición presentada por la CPE, es lo suficientemente abierta, para permitir en ella la inclusión de todos estos colectivos. Además se dota, al pueblo afroboliviano, de orígenes postcoloniales, de los derechos otorgados a los *pueblos y naciones indígena originario campesinos* (Art. 32 CPE).¹⁷ Equiparándolos en términos legales.

3.2. Autoidentificación

En cuanto a la pertenencia de un colectivo indígena, la CPE proclama el derecho a la *autoidentificación cultural*. Por lo que la sola autoproclamación de pertenencia a un grupo indígena es el requisito para ser considerado como tal (Art. 21.1 CPE). No existen trámites legales ni requisitos formales para la identificación de una persona con un determinado grupo indígena. La identidad cultural de cada uno de los miembros de un colectivo indígena, si así lo desearan, podrá inscribirse junto a la ciudadanía boliviana en sus documentos de identidad (Art. 30.II.3).

¹⁶ Véase el artículo 1 del, ya derogado, Reglamento de las Organizaciones Territoriales de base de la Ley de Participación Popular y el artículo 5 de la Ley de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas

¹⁷ El pueblo afroboliviano se encuentra reconocido por ser una sociedad de características especiales debido a su origen extra continental, traslado y desarrollo en el territorio nacional, que ha adquirido con el tiempo costumbres nativas propias. Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional, en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, Tomo III, Vol. 1, ob. cit. p. 273.

Se ha presentado una gran variación en cuanto a los porcentajes de autoidentificación indígena, pudiendo observar que en el año **2001** aproximadamente un **62% de la población se autoidentificaba como indígena**, sin embargo, el **2012**, solo un **42% se autoidentificó como tal**.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

3.3. Aspectos indígenas de carácter simbólico reconocidos por la CPE.-

Existen determinados elementos que nacen de la consideración de la Constitución como cultura, que constituyen rasgos de representación, reflejo del patrimonio y convicciones, que necesitan de protección nacional.¹⁸ En este sentido, dadas las características de exclusión y postergación de los sectores indígenas, se ha visto justificado el desarrollo de preceptos que ensalcen sus culturas, lo que hace innegable la fuerza y el carácter simbólico que posee la CPE.

Así, se declara la oficialidad de los idiomas de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*. Obligando el uso del castellano y al menos uno de los idiomas nativos en las administraciones públicas. Treinta y seis idiomas nativos son reconocidos dentro de la CPE, como un mecanismo para dotar de visibilidad a las características de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*.¹⁹

Art. 5.I. CPE. Son **idiomas oficiales del Estado** el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yucaré y zamuco.

* Las negrillas son nuestras.

¹⁸ HÄBERLE, P., Nueve Ensayos Constitucionales y una lección Jubilar, Palestra Editores S.A.C., Lima, Perú, 2004, p. 157.

¹⁹ Otro de los cuerpos que más ha desarrollado los derechos indígenas es la Constitución de la República del Ecuador (CE), que si bien reconoce al kichwa y al shuar como idiomas oficiales de relación intercultural, lo hace después de establecer que el idioma oficial es el Castellano, dejando a los demás idiomas ancestrales la oficialidad en las zonas en las que habitan los pueblos indígenas que las hablan, de acuerdo a regulación específica (Art. 2 CE). Por lo que en este sentido la CPE es mucho más amplia en cuanto a su protección.

Se inserta como símbolo del Estado—al mismo nivel que la tricolor—a la *wiphala* (Art. 6.II CPE), bandera multicolor utilizada por los sectores indígenas para su identificación en las protestas multitudinarias, que ha constituido uno de los emblemas más representativos de las luchas por la reivindicación indígena. Si bien no se ha determinado el origen exacto de este símbolo, su procedencia se remonta a los pueblos indígenas de origen andino.²⁰

Otra de las grandes conquistas de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, fue la inclusión de los principios indígenas en la CPE, defendidos y asumidos en las Sentencias (SSCC) Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Así, se establece, en el artículo 8.I de la CPE, los principios:

- - *Ama quilla, ama llulla y ama suya* (no seas flojo, no seas mentiroso, ni seas ladrón).

SC 0951/2012-R de 22 de agosto:

El efecto deseado de la aplicación del tricálogo en la administración de justicia, es la justicia plural, pronta, oportuna, transparente, sin dilaciones, con honestidad, veracidad y laboriosidad que debe ser característica del servidor público, del ser humano y de los funcionarios en todos los niveles, estos tres principios fundamentan la garantía del vivir bien, esta trilogía normó la vida del hombre ancestral quechua aymara, y tiene hoy prevalente aplicación en la formación del tipo de hombre que busca modelar la Norma Suprema, desechando las practicas coloniales (...) para constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización.

(...) Al insertar el **Ama Quilla** en la Ley Fundamental, el Constituyente, pretendió luchar, entre otros objetivos, contra la retardación de justicia que tiene como causa, precisamente, la flojera, la negligencia, la desidia, a ellos va dirigido el Ama Quilla, no seas flojo, a los fines de que los operadores de justicia despachen en el día los memoriales, remitan los actuados a la instancias correspondientes, notifiquen a las partes de oficio, etc., es necesaria la práctica de este principio, si queremos cambiar e ingresar a la justicia pronta para vivir bien.

SCP 0015/2012-R de 16 de marzo:

(...) máximas milenarias que fueron constitucionalizadas y resumen de manera extraordinaria la moral que toda persona, natural o jurídica debe practicar en todas sus actividades. En ese sentido, se hace énfasis en el principio del ama quilla, que establece una conducta de vida diligente que debe observar todo individuo, con mayor razón un servidor público como es el juez, del cual debe exigirse una actitud acuciosa en la administración de justicia, sobre todo cuando afecta a un vivir bien, así como a una vida armoniosa.

²⁰ CHOQUE CANQUI, Roberto, *Proceso de descolonización*, en GOSÁLVEZ, Gonzalo y DULON, Jorge, ob. cit., pp. 44-45.

Los principios ético morales constitucionalizados: **ama quilla, ama llulla y ama suya**, vinculados entre sí, constituyen directrices de obligada observancia por los servidores de justicia cuando resuelvan derechos y garantías constitucionales, están en el deber imperativo de impulsar, ser director y promotor del proceso, velando su desarrollo, siendo responsables de cualquier demora por su inactividad, impulsando la nueva justicia en el nuevo Estado Plurinacional.

* Las negrillas son nuestras.

- -*Suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñam* (camino o vida noble).

SC 0776/2012-R de 13 de agosto:

(...) la Norma Suprema, **asume y promueve** como principios ético-morales de la sociedad plural, el **suma qamaña** (vivir bien), **ñandereko** (vida armoniosa), **teko kavi** (vida buena), **ivi maraei** (tierra sin mal) y **qhapaj ñam** (camino o vida noble), entre otros; siendo que a partir de la cosmovisión de los pueblos indígenas, estos se conducen por la defensa de la vida y que el Estado, además de los fines y funciones esenciales a los cuales se halla constreñido por disposición de la Ley Fundamental, debe garantizar el bienestar, seguridad, protección e igual dignidad de las personas, las naciones, pueblos y comunidades; dando observancia por ende a los principios, valores, derechos y deberes amparados en la Norma Suprema.

En ese sentido, el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, debe asegurar para la sociedad en su conjunto, el cumplimiento del vivir bien, al cual la Constitución Política del Estado constriñe, al regularlo como un principio ético-moral de la sociedad plural, vivir bien, que (...) tiene varias acepciones, como: vivir en paz, vivir a gusto, convivir bien, llevar una vida dulce o criar la vida del mundo con cariño; asumiendo un sentido más pleno desde un punto de vista biológico, humano y espiritual; entendiendo la vida como una integralidad que explica la convivencia armónica entre el ser humano y la naturaleza, mediada por la espiritualidad.

Así, el vivir bien no debe quedarse como un simple enunciado inserto en la Constitución Política del Estado, sino que debe buscarse su cumplimiento, más aún cuando se trata de derechos fundamentales (...).

* Las negrillas son nuestras.

4. LOS DERECHOS DE LAS NACIONES Y PUEBLOS INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINOS

Existe un amplio catálogo dedicado a los derechos de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* en la CPE (Art. 30.II CPE)²¹. Entre ellos se encuentran—además de los mencionados a lo largo del presente capítulo— los derechos a

²¹ El catálogo boliviano de derechos indígenas es incluso más extenso que el presentado en la Constitución de la República del Ecuador.

existir libremente; identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas, costumbres, y propia cosmovisión; protección de lugares sagrados; crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios; y, propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos.

Estableciéndose también los derechos a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, con respeto y garantía del derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan; a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios; y, a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.

SC 2003/2010-R

(...) a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que (...) forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad a lo establecido en el art. 410 de la CPE, (...) **la consulta previa es un deber del Estado**, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

* Las negrillas son nuestras.

Más conscientes de sus derechos, respaldados por las normas constitucionales, las *naciones y pueblos indígenas originario campesinos* se movilizan de diversas maneras cuando ven afectados sus derechos. Cada vez cuentan además, con un mayor apoyo para recurrir a las instancias internacionales para obtener la tutela de sus derechos.

Las naciones y pueblos indígenas emitieron un posicionamiento en la ciudad de Cochabamba los días 6 y 7 de junio de 2013, en análisis de la situación de avasallamiento por las industrias extractivas, que ponen en riesgo la presencia de los Ayllus y comunidades, la libre determinación y el ejercicio de derechos colectivos. Manifestaron su franco rechazo a la penetración de las actividades extractivas, su ampliación de áreas de operación. Desconocieron el anteproyecto de Ley referido a minería e hidrocarburos, exigieron la habilitación de espacios para su participación activa en todas las propuestas y se declararon en estado de emergencia.²²

²² Posicionamiento de las Naciones y Pueblos Indígenas de Tierras Altas y Tierras Bajas sobre el

Así también, se establece que las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, siendo protegidos y respetados en sus formas de vida (Art. 31 CPE). En este supuesto, es necesario destacar, que el Estado boliviano debe buscar mecanismos oportunos para la protección efectiva de los integrantes de los grupos indígenas no contactados, dado que es su obligación proporcionar herramientas para hacer posible la consecución de estándares adecuados para el logro de una vida digna.²³

Dada la gran importancia que tiene el agua para las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* —tanto por sus características vitales como por su especial relación con ella—, se **reconoce, respeta y protege los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua** (Arts. 374.II y 375.II CPE). Reconociendo al derecho al agua como un **derecho colectivo comunitario fundamentalísimo** (Art. 373.I).

SSCC 0052/2012-R de 5 de abril y 0156/2010-R de 17 de mayo.

* Las negrillas son nuestras.

La CPE plantea de forma textual el respeto de los derechos de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* durante la negociación, suscripción y ratificación de Tratados Internacionales (Art. 255.II CPE). Reiterando su cumplimiento inexcusable. Proclamando como un deber del Estado, el fortalecimiento de la integración de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* de Bolivia con los pueblos indígenas del mundo (Art. 265.II CPE).

Derecho a la Consulta Previa Libre e Informada. Puede verse en: <http://somosur.net/radio-somos-sur/bolivia/politica/los-movimientos-sociales-en-tiempos-de-evo/1210-derecho-a-la-consulta-pronunciamento-del-encuentro-de-pueblos-indigenas.html>

²³Sobre las dramáticas condiciones de vida de los pueblos indígenas de las Tierras Bajas de Bolivia, véase, CAMACHO NASSAR, C., «Violencia y etnocidio en las tierras bajas», en MAHECHA, D. y FRANKY, C. E. (Eds.), *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, IWGIA, IPES, 2012. pp. 100-135.

4.1. Territorios

La primera premisa de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* fue la consolidación de sus derechos sobre sus territorios. Su constitucionalización ha supuesto el derecho a la titulación colectiva de sus tierras y territorios (Art. 30.II.6 CPE). Dotándoles de un mejor derecho cuando exista sobreposición entre áreas protegidas y sus territorios. Aunque la gestión sea compartida con el Estado, deberá realizarse de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, con pleno respeto al objeto de creación de estas áreas (Art. 385.II CPE). Dándoles la titularidad de los derechos exclusivos de aprovechamiento y gestión, cuando los territorios en cuestión se refieran a áreas forestales (Art. 388 CPE).

SC 2003/2010-R de 25 de octubre.

El **territorio** está íntimamente vinculado a la definición de pueblos indígenas, pues se constituye en un **elemento para su caracterización**.

* Las negrillas son nuestras.

Se reconoce ampliamente a la propiedad comunitaria o colectiva, declarándola indivisible, inembargable, inalienable e irreversible. Liberándola del pago de impuestos a la propiedad agraria. **Sin embargo, se aclara que los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares ubicados dentro de territorios indígena originario campesinos serán respetados,**²⁴ lo que, sin duda, perpetúa y legitima el avasallamiento colonial y republicano de las tierras indígenas. Se establece además, que las comunidades podrán ser tituladas en pleno reconocimiento de la complementariedad entre los derechos colectivos e individuales, respetando la unidad territorial con identidad (Art. 394 CPE).

Las tierras fiscales serán dotadas a *indígena originario campesinos*, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas, en atención a sus necesidades, planes del Estado y con pleno cumplimiento de los Derechos Humanos (Art. 395.I CPE), atendiendo a la función social de la propiedad,

²⁴Esta salvedad fue introducida a través de modificaciones posteriores a la Asamblea Constituyente para lograr el consenso con las fuerzas opositoras, principalmente del oriente boliviano. SCHAVALZON, S., ob. cit., pp. 448-454

entendida como el aprovechamiento sustentable de la tierra, reconociéndose para este efecto las normas propias de las comunidades (Art. 397.II CPE).

El derecho al territorio para las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* es reconocido por el Estado boliviano de una forma amplísima. Dado que se establece que la integridad sus derechos territoriales, incluyen no solo el derecho a la tierra, sino también, el derecho al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, así como la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y su definición de convivencia armónica con la naturaleza, comprendiendo tanto áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, como espacios de reproducción social, espiritual y cultural (Art. 403 CPE).

4.2. Participación Política

Las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, han asumido el reto no solo de existir en el Estado, sino también de participar en él activamente, formando parte de los Poderes Públicos para conseguir un mayor peso en la toma de decisiones. Ya en la Asamblea Constituyente, se ponía de manifiesto que la estructura del nuevo modelo de Estado Plurinacional implicaba que los *pueblos y naciones indígena originario campesinos* debían tener representación directa en los poderes públicos²⁵, debiendo reconocerse la existencia y ejercicio de sus sistemas políticos propios con pleno respeto a sus usos y costumbres, a través del voto universal (Art. 30.II.14 y .18 CPE).

Por primera vez, se tiene en Bolivia a un presidente indígena (2006-2010; 2010-2015), que cuenta con un gabinete de Ministros y Viceministros integrados también por indígenas, principalmente de tierras altas.

Se establecieron lineamientos estratégicos para todas las Comisiones de la Asamblea Constituyente, entre los cuales se destacaba la necesidad de una reingeniería de los poderes del

²⁵ Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional, en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. pp. 66-67.

gobierno, para lograr una estructura estatal eficiente, de composición pluralista, que exprese la presencia y participación de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, afrobolivianos y poblaciones interculturales diversas.²⁶

A partir de estos lineamientos, se ha incorporado en la CPE, a la democracia comunitaria como una de las formas de democracia participativa. Estableciendo que esta consiste en la elección, designación o nominación de autoridades y representantes, a través de normas y procedimientos propios (*Art. 11.II CPE*), dado que tienen el derecho constitucional a participar en la estructura del Estado (*Art. 30.II.5*), con pleno reconocimiento de sus representantes políticos (*Arts. 210.III y 211.II CPE*).

Con este fin se ha insertado en la CPE la existencia de circunscripciones especiales indígenas, que forman parte del número total de diputados de acuerdo a la densidad poblacional y los límites departamentales, conformándose en el área rural y cuando representan minorías poblacionales (*Art. 146.VII CPE*) buscando, la participación proporcional de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* (*Art. 147.II*).

En 2009 se han constituido **siete circunscripciones especiales indígenas**, los únicos departamentos que no cuentan con ella son Chuquisaca y Potosí. Sin embargo, para ello ha **primado** la aplicación del artículo **146.VII** de la CPE, respetando los límites departamentales bajo el principio republicano, **ruralizando lo indígena y considerando únicamente a las minorías, dejando sin representación a los grupos indígenas más fuertes como aymaras y quechuas.**²⁷ No obstante, se destaca que por primera vez siete representantes indígenas especiales forman parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* pueden postular candidatos propios a cargos públicos elegibles en igualdad de condiciones con las demás fuerzas políticas (*Art. 209 CPE*). Así también, se ha establecido que al menos dos de los siete miembros del Tribunal Supremo Electoral y al menos uno de los miembros de cada uno de los Tribunales Departamentales Electorales deben ser de origen *indígena originario campesino* (*Art.*

²⁶ Informe por Comisiones: La construcción del texto Constitucional, en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. p. 200.

²⁷ GARCÉS V., Fernando: Los indígenas y su Estado (pluri)nacional; ob. cit., p. 48.

206.II CPE). Los magistrados del TCP deben elegirse con criterios de plurinacionalidad, con representación de los sistemas originarios (Art. 197.I CPE), considerándose para su calificación el ejercicio como autoridad indígena.

Entre los doce miembros electos por voto popular del **Tribunal Constitucional Plurinacional** se encuentran:

Efren Choque Capuma de origen aymara, Abogado y docente universitario, **Autoridad originaria en su marka** (Sala Primera Especializada).

Gualberto Cusi Mamani de origen aymara, abogado y docente universitario, **Malku de la Comunidad Jilatiti Qullana del Ayllu Chama de Jesús de Machaca del Suyu Ingavi** (Sala Segunda).

Macario Lahor Cortez Chávez, Indígena Originario Campesino, Abogado y docente universitario, **Sullka Mallku de la Sub Central del Consejo Originario de Markas y Ayllus de Tiwanaku Tupaj Katari** (Sala Liquidadora).

4.3. Medicina Tradicional

En Bolivia conviven sistemas nativos y modernos de salud, los primeros han sido objeto de tratamientos peyorativos y menospreciados por la población no indígena, aunque muchos de sus aportes son utilizados indistintamente por ambos sectores. La CPE ha brindado un escenario de reconocimiento y reivindicación a la medicina tradicional, estableciéndola como un derecho de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* (Art. 30.II. 9). Reconociendo la libertad de la persona a acceder a un sistema de salud que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales (Art. 30.II.13).

El Estado boliviano incluye dentro de su sistema de salud único, a la medicina tradicional de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* (Art. 35.II CPE). Atribuyéndose la responsabilidad de promocionar y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional; debiendo para ello rescatar los conocimientos y prácticas ancestrales, desde el pensamiento y valores de todas las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, incorporando el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, protegiendo su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural y patrimonial, regulando el ejercicio de esta medicina a través de leyes posteriores y garantizando la calidad de su servicio (Art. 42 CPE).

4.4. Educación

El reconocimiento de la educación boliviana en su vertiente plurilingüe, ha supuesto una de las más importantes premisas de la Asamblea Constituyente, llegando a insertar en la CPE el derecho de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* a la educación intracultural, intercultural y plurilingüe (Art. 30.II.12 CPE), configurando a todo el sistema educativo boliviano con dichas características (Arts. 78.II y 91.II CPE). Estableciendo que el sistema educativo en Bolivia deberá contribuir al fortalecimiento de la unidad, identidad y desarrollo cultural de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* (Art. 80.II CPE), y en su fase superior deberá tomar en cuenta sus conocimientos universales y saberes colectivos (Art. 91.I CPE).

4.5. Libre determinación

Se configura constitucionalmente en Bolivia el derecho a la libre determinación y territorialidad de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* (Art. 30.II.4 CPE). Cuyo fundamento se encuentra en su existencia precolonial y su dominio ancestral de los territorios; sin embargo, en todo momento se reconoce que el ejercicio de este derecho queda sujeto a la unidad del Estado boliviano. Es así que, con respecto al derecho de libre determinación, no pueden generarse elementos de discordia, puesto que al ser interpretado de forma abierta y acorde con el contenido integral de la CPE, permite a los pueblos y naciones de Bolivia la autorrealización autónoma, evitando innecesarias burocracias e intervenciones de élites, de esta manera, concede libertades reales para lograr niveles eficientes de transparencia en el desarrollo social bajo condiciones sociales dignas, justas y libres.

En este sentido, el derecho de la autodeterminación en Bolivia tiene como resultado la autonomía *indígena originaria campesina*, como ejercicio de su autogobierno (Arts. 2 y 289 CPE).

4.5.1. Autonomía indígena originaria campesina

En la Asamblea Constituyente se ha puesto de manifiesto que la división político-administrativa que se había establecido en Bolivia, a lo largo de la vida republicana, había impuesto sistemas de fronteras que rompieron las unidades territoriales tradicionales,

resquebrajando, la autonomía de los *pueblos indígena originario campesinos*. Con lo que se instauró el debate sobre la devolución de la soberanía a los sectores campesinos, siendo este punto fuertemente debatido y cuestionado, dado que los sectores indígenas consideraban a la autonomía como condición y principio de su libertad.²⁸

La autonomía *indígena originaria campesina* es un instrumento para la autodeterminación de las naciones y pueblos. Siendo el objetivo principal, el logro de la definición de políticas comunitarias, sistemas sociales, económicos, políticos y jurídicos, para reafirmar las estructuras comunitarias de gobierno, elección de autoridades y administración de justicia, con respeto a las variadas formas de vida que habitan en Bolivia.²⁹

De acuerdo a las necesidades planteadas en la Asamblea Constituyente se ha establecido en la CPE que los *pueblos indígena originario campesinos* tienen derecho a ejercer sus sistemas económicos en concordancia con sus cosmovisiones, y a la gestión territorial autónoma, con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros (Art. 30.II.15 y .17). Estableciendo que se adjudicarán competencias propias, al margen de las competencias municipales, lo que parece dar una equiparación de las autonomías indígenas con las municipales, a pesar de haber indicado que tendría igual jerarquía que las demás entidades autónomas (Art. 276 CPE).

Las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* tienen como **competencias exclusivas**, elaborar, definir, administrar, mantener y ejercitar en el ámbito de su jurisdicción: sus Estatutos; formas propias de desarrollo; recursos naturales renovables; Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos; electrificación en sistemas aislados; caminos vecinales y comunales; áreas protegidas; aplicación de justicia; deporte, esparcimiento y recreación; patrimonio cultural; políticas de turismo; tasas, patentes y contribuciones especiales; programas de operaciones y presupuesto; ocupación territorial; vivienda, urbanismo y redistribución poblacional conforme a sus prácticas culturales; cooperación con otros pueblos y entidades públicas y privadas; sistemas de micro-riego; fomento y vocación productiva; infraestructura necesaria para el desarrollo; mecanismos de consulta previa, libre e

²⁸ Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional , en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. Tomo III, Vol. 1, pp. 66, 137-502.

²⁹ Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional , en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. Tomo III. Vol. 1. pp. 66-67.

informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que les afecten; hábitat y paisaje; e, instituciones democráticas conforme a sus normas y procedimientos propios. **Al margen** de las competencias enunciadas las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* **pueden ejercer competencias compartidas y concurrentes** (Art. 304 CPE).

5. JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA

La necesidad del reconocimiento de los sistemas de justicia de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* ha sido ampliamente debatida en la Asamblea Constituyente. En dicha instancia, se ha reconocido que en los anteriores cuerpos constitucionales se había impuesto un sistema jurídico uniforme, con modelos de gobierno y administración de justicia ajenos, que favorecieron a los intereses del mercado y les privaron de sus medios de subsistencia, por tanto, no hicieron más que deteriorar su calidad de vida³⁰.

Uno de los lineamientos estratégicos para las Comisiones de la Asamblea Constituyente, fue que el tratamiento de la función judicial debía abrirse a los cambios, dejando que la vieja institucionalidad, considerada como artífice de la impunidad, sea transformada bajo los principios de pluralismo jurídico, justicia y verdadera modernización, para «*descolonizar el derecho y nacionalizar la justicia*».³¹

Las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* tienen derecho a ejercer sus sistemas jurídicos de acuerdo con su cosmovisión (Art. 30.II.14 CPE), reconociéndose constitucionalmente a la jurisdicción *indígena originaria campesina*, ejercida bajo las autoridades indígenas, con igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria (Art. 179 CPE), por tanto, no se encontraría subordinada a esta última.

SC 0300/2012 de 18 de junio:

(...) la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de **control de constitucionalidad plural**, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también **sobre las normas de las naciones y pueblos indígenas**

³⁰ Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional , en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. Tomo III. Vol. 1. p. 66.

³¹ Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional , en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. Tomo III. Vol. 1. p. 200.

originarios campesinos, además de conocer los **conflictos de competencias** entre las diferentes jurisdicciones y de **revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina** cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígenas originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; (...)

* Las negrillas son nuestras.

El ejercicio de las funciones jurisdiccionales indígenas se realizará por sus propias autoridades, con la plena aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, debiendo, sin embargo, respetar a los derechos y garantías proclamados en la CPE (Art. 190 CPE).

Están sujetos a la jurisdicción indígena, los miembros de las *naciones o pueblos indígena originario campesinos* que actúen como partes, cuyas relaciones o hechos jurídicos se hayan realizado dentro de la comunidad indígena o produzcan efectos dentro de su jurisdicción (Art. 191 CPE). La Ley de Deslinde Jurisdiccional (LDJ) establece que esta jurisdicción se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando estos elementos concurren simultáneamente (Art. 8 LDJ).

Ante la problemática planteada por diferentes hechos de aplicación de justicia por mano propia, se ha querido dejar zanjado este asunto, estableciendo que el *linchamiento* —práctica mal identificada como propia de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*— se considera una violación a los Derechos Humanos, y que, por tanto, debe ser prevenido y sancionado (Art. 5.V LDJ).

SC 0148/2010 de 17 de mayo:

(...) los actos al margen del pluralismo jurídico y convivencia de las diversas jurisdicciones, que se constituyen en vías o medidas de hecho, o justicia incontrolada a mano propia, son situaciones intolerables que tienen consecuencia jurídica. (...) la existencia de acciones de hecho o justicia directa o a mano propia, que puede ser proveniente de parte de autoridades o funcionarios públicos, o de particulares, (...) hace urgente la tutela inmediata, prescindiendo de las vías legales que pudiesen existir, a efectos de que cesen las ilegalidades y actos hostiles, con la consiguiente afectación inclusive de otros derechos fundamentales (...).

* Las negrillas son nuestras.

La LDJ ha establecido límites determinados para los procesos llevados a cabo dentro de la jurisdicción indígena. Así, la justicia *indígena originario campesina* deberá respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia (Art. 5.II LDJ). No pudiendo sancionarse con la pérdida de tierras o la expulsión, a los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales (Art. 5.III LDJ). Prohibiendo y sancionando toda forma de violencia contra niños, adolescentes y mujeres, determinado la ilegalidad de cualquier conciliación en este tema (Art. 5.IV LDJ).

Se ha establecido en la LDJ que la jurisdicción indígena originaria campesina **no conocerá**:

- En materia **Penal**: delitos contra el Derecho Internacional, crímenes de lesa humanidad, contra la seguridad interna y externa del Estado, terrorismo, tributarios y aduaneros, corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico, los cometidos en contra de la integridad corporal de niños y adolescentes, violación, asesinato u homicidio.
- En materia **Civil**: cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario.
- **Tampoco conocerá** asuntos de Derecho **Laboral**, Derecho de la **Seguridad Social**, Derecho **Tributario**, Derecho **Administrativo**, Derecho **Minero**, Derecho de **Hidrocarburos**, Derecho **Forestal**, Derecho **Informático**, Derecho **Internacional Público y Privado**, y Derecho **Agrario**, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas (Art. 10.II LDJ).

5.1. Acciones de protección de los derechos *indígena originario campesinos* ante el Tribunal Constitucional Plurinacional

La CPE establece al TCP como máximo garante del respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales (Art. 196.I CPE); siendo el encargado de revisar y resolver las Acciones de Defensa proclamadas en el cuerpo constitucional. Entre las Acciones que resultan particularmente interesantes, a objeto de la defensa de los derechos indígenas, están la Acción de Amparo

Constitucional, aplicable a todos los derechos enunciados en la CPE (Arts. 128 y 129 CPE) y la Acción Popular, que procede para la defensa de los derechos e intereses colectivos (Arts. 135 y 136 CPE).

Las sentencias del TCP han resultado bastante abiertas y preocupadas por la protección de los derechos indígenas.

SC 0820/2012 de 20 de agosto:

(...) La voluntad del constituyente (...) hizo que la Ley Fundamental configure la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas y de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos como uno de los ejes más importantes del Estado. (...) Para hacer efectivos estos derechos y no queden los mismos como simples enunciados, se ha instituido la acción de amparo constitucional (...) y el Tribunal Constitucional Plurinacional, como el Órgano llamado a precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

* Las negrillas son nuestras.

Así también, la jurisprudencia del TCP, ha establecido una protección especial para los derechos de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, mandando que entre las excepciones al principio de subsidiaridad, para la Acción de Amparo Constitucional, se encuentre la de pertenecer a grupos de atención prioritaria, posicionando entre dichos grupos a los pueblos indígenas.³² Destacando que las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, por su carácter de desigualdad merecen un trato diferente, que permita nivelar y atender sus condiciones, considerando a sus situaciones específicas y particulares, que por sus grados de vulnerabilidad manifiesta, merecen una protección diferenciada.³³

La Acción Popular, establecida para la defensa de los derechos e intereses colectivos, no requiere agotar las vías judiciales y administrativas que pudieran existir; ofrece protección a los derechos colectivos relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad, salud pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza. No solo se encuentra dirigida para la defensa de los derechos de los colectivos indígenas, aunque fue pensada, durante

³² SSCC 0143/2003-R de 6 de febrero, 0165/2010-R de 17 de mayo y 0294/2010 de 7 de junio.

³³ SC 0292/2012 DE 8 de junio.

su configuración, para la aplicación sobre estos.³⁴ La protección que ha realizado el TCP ha sido, en todo caso, tajante en la protección solo de los derechos colectivos, aunque con la violación de estos se hayan lesionado derechos de tipo individual.³⁵

6. CONCLUSIONES

Las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* han necesitado recorrer un largo camino para su reconocimiento constitucional en Bolivia. Las actas y documentos de la Asamblea Constituyente, son sin duda, los testimonios más fieles de la necesidad de reivindicación de los sectores indígenas, que por primera vez, han logrado materializar sus aspiraciones en la CPE.

Los derechos de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* se han insertado por primera vez en la CPE, y lo han hecho a través de un amplio catálogo que comprende los aspectos más importantes y destacados por los sectores indígenas para su protección. Así, el derecho a la titulación y tenencia de sus territorios se encuentra protegido constitucionalmente, permitiéndoles gozar de un amplio abanico de potestades sobre sus tierras, aunque con limitaciones por los derechos individuales legalmente adquiridos de forma previa.

Se han reconocido plenamente, en el texto constitucional, las prácticas y cosmovisiones de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*. La protección otorgada a sus sistemas de vida va más allá de sus territorios, pues el Estado boliviano reconoce y protege en todo el territorio nacional los derechos: a la práctica de sus sistemas políticos y la inclusión de estos en la estructura del Estado; a la práctica de la medicina tradicional indígena, incluida en el sistema de salud nacional; al establecimiento del carácter multilingüe en la educación nacional en todos sus niveles y al estudio de sus culturas como mecanismos para unificar al Estado y reforzar a las culturas indígenas.

³⁴ Acción planteada en el Informe por Mayorías de la Comisión N°2 de la Asamblea Constituyente como Amparo Colectivo, definida como un mecanismo de justicia que garantice a los pueblos indígenas y naciones originarias la protección, defensa y tutela colectiva contra ciertos actos. Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional, en PINTO QUINTANILLA, J. C. (Coord.), ob. cit. Tomo III, Vol. 1. p. 258.

³⁵ SC 0276/ 2012 de 4 de junio.

La representación política de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos* se ha integrado en la Asamblea Legislativa Plurinacional, no obstante, se requiere de una mejor implementación para lograr una representación eficiente. Por lo tanto, sería oportuna una nueva interpretación, en lo referente a la consolidación de las circunscripciones especiales que les represente de forma más efectiva.

Quizá la más grande de las reivindicaciones indígenas, que se ha plasmado en la CPE, es el derecho a la libre determinación, con respeto a la unidad de Estado. Este derecho ha dado lugar al establecimiento del régimen de autonomía *indígena originaria campesina*, otorgando a estos sectores amplias competencias para el manejo de sus recursos, la gestión de sus formas de vida dentro de sus territorios y la participación en la gestión de todos los aspectos que les afecten. Sin embargo, a pesar de ser un gran logro, aun queda mucho camino por recorrer para conseguir un nivel adecuado de autonomía que respete plenamente su identidad.

El establecimiento de la jurisdicción *indígena originario campesina* ha supuesto el reconocimiento de sus propios sistemas de aplicación de justicia, sin ninguna subordinación a la jurisdicción ordinaria, pero debiendo sujetarse al respeto a los Derechos Humanos. Los fallos dictados por esta jurisdicción son de carácter vinculante e irrevisable por las demás jurisdicciones, pero sometidos a control constitucional por parte del TCP.

Los derechos de los pueblos indígena originario campesinos pueden ser tutelados por el TCP a través de las Acciones de Amparo Constitucional y Popular. Se ha observado una activa jurisprudencia en la protección de los derechos de estos colectivos, llegando a ser considerados prioritarios y merecedores de una protección especial.

Si bien pueden observarse diversos avances reales para el reconocimiento y protección de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y considerando que la CPE es sin duda uno de los textos más protectores de estos colectivos, quedan aún muchas demandas pendientes o incompletas para conseguir una efectiva protección de sus derechos en todas las

facetas de su existencia. Sin embargo, puede afirmarse que a través de la nueva norma constitucional boliviana se ha trazado una ruta prometedora y deseable, que posibilita la consecución de este fin.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Citada

- ALBÓ, X., "Hacia el poder indígena en Ecuador, Perú y Bolivia", en BETANCUR, A. C. (Ed.), *Movimientos indígenas en América Latina*, IWGIA, 2011.
- CAMACHO NASSAR, C., "Violencia y etnocidio en las tierras bajas", en MAHECHA, D. y FRANKY, C. E. (Eds.), *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, IWGIA, IPES, 2012.
- GARCÍA HIERRO, P. y SURRALLÉS, A., *Antropología de un derecho: libre determinación de los pueblos indígenas como derecho humano*, IWGIA, TAREA, Lima, Perú, 2009.
- GOSÁLVEZ, Gonzalo y DULON, Jorge, *Descolonización en Bolivia: Cuatro ejes para comprender el cambio*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz.
- HÄBERLE, Peter: *Nueve Ensayos Constitucionales y una lección Jubilar*, Palestra Editores S.A.C., Lima, Perú, 2004.
- "Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional", en PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos (Coord.), *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*, La Paz, 2012.
- SALAZAR LOHMAN, Huáscar, *La formación Histórica del movimiento indígena campesino boliviano. Los vericuetos de una clase construida desde la etnicidad*, CLACSO, Colección de Becas de Investigación, Buenos Aires, julio de 2013.
- SEOANE, José, *Movimientos sociales y conflictos en América Latina*; CLACSO, Buenos Aires, Argentina. Programa OSAL, 2003.
- SCHAVELZON, S., *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: Etnografía de una Asamblea Constituyente*, Plural, La Paz, Bolivia, 2012.
- SORUCO SOLOGUREN, Ximena, *Apuntes para un Estado plurinacional*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2011.
- SVAMPA, Maristella y STEFANONI, Pablo (Comp.): *Bolivia: memoria, insurgencia y movimientos sociales*; CLACSO, El Colectivo, Buenos Aires, 2007.

7.2. Legislación Consultada:

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ley de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas.

Ley de Deslinde Jurisdiccional

Reglamento de las Organizaciones de Base de la Ley de Participación Popular.

17

LA PROTECCIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO POR DESASTRES AMBIENTALES EN COLOMBIA: HACIA UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS¹

Sebastián Rubiano Galvis²
Universidad de Los Andes

Resumen

Los desplazamientos forzados de personas causados por desastres ambientales son un fenómeno creciente que exige respuestas jurídicas eficaces que garanticen los derechos humanos de las personas y poblaciones afectadas. Esta preocupación es especialmente importante en un contexto de aumento de la vulnerabilidad ante los desastres, debido en buena parte al cambio climático y a una inadecuada planificación territorial. Este texto analiza el régimen nacional e internacional de protección a los éxodos forzados internos desencadenados por desastres ambientales e intenta discutir si en el caso colombiano la categoría de desplazado interno es útil y conveniente. Esta discusión es compleja, dado que Colombia es el país del mundo con más desplazados internos por la violencia, que el sistema de atención para ellos ha sido débil e ineficaz y que los desastres ambientales, sobre todo aquellos asociados al cambio climático, seguirán aumentando en el futuro próximo.

Un desastre suele definirse como el resultado de la combinación entre la exposición a una amenaza natural o antrópica, las condiciones preexistentes de vulnerabilidad de la comunidad afectada por la amenaza y la insuficiencia de capacidad de la comunidad para hacer frente a las consecuencias negativas de la amenaza con sus propios recursos o medios (UNISDR 2009).

¹ El presente estudio de caso busca, a partir de una discusión crítica, contribuir al Manual a través de tres objetivos: evidenciar la evolución y los retos del derecho internacional de los derechos humanos ante nuevas realidades sociales y ambientales como el cambio climático y sus efectos sobre las personas; ilustrar un ejemplo de adopción selectiva del derecho internacional en un ordenamiento interno; y destacar el papel de los grupos vulnerables como las minorías étnicas en esos procesos.

² Agradezco los valiosos comentarios y sugerencias que Beatriz Sánchez Mojica y Ana Lucía Maya hicieron a una versión previa de este texto. Cualquier error o imprecisión sólo es responsabilidad mía.

Cuando los desastres están asociados a cambios anormales en las condiciones del medio ambiente, se suele usar la noción de desastre natural. Sin embargo, los humanos tenemos mucha más responsabilidad en la ocurrencia de desastres de lo que usualmente se piensa. El ser humano puede ser responsable no sólo de la vulnerabilidad y de la carencia de medios para atender los desastres, sino también de las amenazas que los producen. El cambio climático, la degradación ambiental y la inadecuada planificación y ocupación del territorio, por ejemplo, son amenazas de origen antrópico que suelen devenir en desastres. Por ello, salvo aquellos desastres causados por amenazas naturales –v.gr. eventos geofísicos como sismos, erupciones volcánicas o tsunamis– los desastres relacionados con cambios anormales en el ambiente poco o nada tienen de *naturales*:

De hecho, una de las principales amenazas antrópicas que produce desastres es el cambio climático global. Según el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático³, el cambio del clima inducido por los humanos se está acelerando y está produciendo repercusiones severas sobre el ambiente y las personas. Algunos de los efectos son la disminución de glaciares, la elevación del nivel del mar y el aumento de la temperatura del agua, el aumento de frecuencia de olas de calor y fenómenos de calor extremo, fuertes precipitaciones, el aumento de las zonas afectadas por la sequía y aumento de la intensidad de los ciclones tropicales (tifones y huracanes). (IPCC 2011). Esos fenómenos se constituyen en amenazas que producen desastres. La evidencia revela que en las últimas tres décadas (1980-2011) los fenómenos climáticos han producido el 86% de los desastres en el mundo, mientras que los eventos geofísicos han producido el 14% restante (World Watch Institute 2012). Sólo en 2011 los desastres climáticos fueron el 96% del total de desastres; en otras palabras, 9 de cada 10 desastres se relacionan con el clima actual (EIRD Naciones Unidas 2011; ACNUR 2012; IDMC 2012).

En cualquier caso, con independencia de si las amenazas que los producen son naturales o humanas o si están asociadas o no al

³ El IPCC es el órgano científico asesor de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

cambio climático, los desastres relacionados con cambios en el ambiente producen considerables pérdidas materiales y humanas, degradación ambiental y vulneraciones a los derechos humanos sobre todo de los grupos más vulnerables. Uno de los impactos de los desastres son las migraciones forzadas. Año tras año, millones de personas en el mundo se desplazan forzosamente debido a desastres ambientales.⁴ En los últimos veinte años casi 20 millones de personas han migrado por esta causa; sólo en 2011 la cifra fue de 155 millones (IDMC & NRC 2011). Muchas veces el desplazamiento ocurre antes de la ocurrencia de los desastres en forma de reasentamiento preventivo –aunque forzoso. Por ser un problema que ya alcanza estas dimensiones, las migraciones forzosas causadas por desastres naturales y el cambio climático hacen parte del mandato del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas desplazadas, Chaloka Beyani.

Colombia no es ajena a los éxodos forzados causados por desastres ambientales. La evidencia muestra que el impacto de este tipo de desastres en Colombia es alto, ha aumentado a lo largo de los años y está destinado a empeorar debido al cambio climático. Los riesgos climáticos, en particular las lluvias e inundaciones, se han vuelto más intensos con el tiempo. Según el Informe de 2009 de Evaluación Global de Reducción de Desastres de Naciones Unidas, en las últimas cuatro décadas los desastres de pequeña y mediana escala en el país –la mayoría de los cuales han sido de tipo hidrometeorológico– han mostrado un patrón de aumento, sobre todo en los últimos diez años (EIRD Naciones Unidas 2009). En el período 1970-2011 hubo un aumento sostenido de desastres como inundaciones, sismos y derrumbes y deslizamientos de masa (Banco Mundial 2012).⁵ A esto hay que

⁴ Siguiendo la noción de migrante ambiental propuesta por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), en este texto usaré la categoría de *desastre ambiental* para referirme a los desastres producidos por cambios anormales en el medio ambiente. Esta categoría amplia incluye tanto los desastres naturales o de origen no humano (v.gr. sismos o erupciones volcánicas), como aquellos desastres que sí tienen un origen antrópico, ya sea que estén o no asociados al cambio climático. En la primera sección del texto ahondo en detalle en la discusión sobre estos conceptos.

⁵ En Colombia, se estima que las pérdidas anuales por desastres representan aproximadamente el uno por ciento del PIB (EIRD Naciones Unidas 2011).

sumarle el hecho de que buena parte de la población del país vive en zonas de medio y alto riesgo sísmico (UNGRD 2012).

Ante la relevancia creciente de los desastres ambientales y los éxodos causados por éstos, a nivel internacional existe cierto consenso en torno a la necesidad de asumir un enfoque de derechos humanos en la atención a los desastres, en general, y a los desplazamientos forzados por éstos, en particular (Cohen 2009; Leckie 2008). El Representante del Secretario General y luego el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las personas internamente desplazadas, así como la Oficina del Representante del Secretario General para la Reducción de Desastres, han señalado que la mejor forma de tomarse en serio este enfoque es aplicar los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos⁶ a la situación de los desplazados ambientales y han instado a los Estados a tomar esa vía. Sin embargo, algunos Estados –como Indonesia y Estados Unidos– han sido reacios a aceptar la categoría de desplazados internos para las personas que migran a causa de un desastre (Cohen 2009: 48).

El caso de Colombia es particular. La legislación colombiana sólo contempla el conflicto armado como causa admisible de desplazamiento interno que merece protección⁷. Otras causas de desplazamiento contempladas en el derecho internacional, como los desastres ambientales y los proyectos de desarrollo,⁸ no están

⁶ Estos principios fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos en 1998 por el entonces Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos, Francis Deng, y son el principal instrumento de derecho internacional en la materia. En Colombia estos principios hacen parte del bloque de constitucionalidad y, aunque son *soft law* y por ende no son jurídicamente vinculantes, contienen derechos y garantías que están contenidos en tratados de derechos humanos que sí son vinculantes para el Estado colombiano.

⁷ De acuerdo con los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos – conocidos como Principios Deng –, los desplazados internos son *personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida*.

⁸ En los últimos años ha aumentado la atención sobre los desplazamientos causados por proyectos de desarrollo, sobre todo por represas hidroeléctricas y proyectos de extracción de minerales o hidrocarburos (CENSAT 2010; Ortega et al. 2006). Esto se debe en parte a que en la última década Colombia ha venido experimentando un aumento considerable de proyectos de extracción minera a lo largo y ancho del país, debido en parte a las políticas de atracción de inversión extranjera directa promovidas por los últimos gobiernos y al lugar preeminente que el gobierno

amparadas por la legislación interna sobre desplazamiento.⁹ En Colombia los desplazados por desastres ambientales son atendidos por el sistema de gestión del riesgo y atención de desastres. No obstante, este sistema ha sido criticado por tener un enfoque asistencialista, reactivo y con demasiado énfasis en obras ingenieriles como respuesta a los desastres (Banco Mundial 2012; Wilches-Chaux 2011), por lo cual hay dudas sobre si este sistema es el más adecuado para garantizar una protección con un enfoque derechos humanos.

Considerando este contexto, el propósito de este texto es doble: por un lado, impulsar en Colombia la discusión jurídica internacional sobre la protección de los derechos de un grupo vulnerable como las personas desplazadas por desastres ambientales y, por el otro, discutir cuál puede ser la mejor forma de atenderlos con una perspectiva de derechos humanos en el contexto nacional y local. En particular, la pregunta que anima el texto es si en el caso colombiano la categoría de desplazado interno es útil y conveniente para las personas que migran por desastres asociados a cambios en el ambiente. Esta pregunta es tan relevante como compleja, considerando que Colombia es el país del mundo con más desplazados internos por la violencia, que el sistema de atención para ellos ha sido débil e ineficaz y que los desastres ambientales, sobre todo aquellos asociados al cambio climático, seguirán aumentando en el futuro próximo.

Para contribuir a responder este interrogante, dividiré mi análisis en cuatro secciones. En primer lugar, abordaré brevemente las discusiones conceptuales sobre desastre natural y migrante ambiental. Posteriormente, analizaré el régimen internacional de protección a los desplazados por desastres ambientales. Luego abordaré la normatividad colombiana sobre

actual le ha dado a la industria minero-energética (DNP 2010). Este impulso a esta industria contrasta con el hecho de que las personas y comunidades desplazadas por megaproyectos no cuentan con un marco que garantice la protección de sus derechos. Para un análisis sobre este tema en Colombia ver Sánchez y Urueña (2013). Algunos estudios de caso son analizados por Lemaitre (2010).

⁹ La Ley 387 de 1998 fue expedida apenas unos meses antes que los Principios Deng. Sin embargo, en buena medida la ley se inspiró en los documentos preparatorios que dieron lugar al informe de Deng (Rodríguez y Rodríguez 2010).

atención al desplazamiento forzado y de gestión del riesgo de desastres. Finalmente, presentaré algunas conclusiones y posibles algunas alternativas para tomarse en serio el enfoque de derechos humanos en la atención los desplazados ambientales como grupo vulnerable.

1. DESASTRES Y MIGRACIONES AMBIENTALES

La primera pregunta que surge al estudiar el problema de los éxodos forzados por desastres ambientales tiene que ver con el concepto mismo de desastre. ¿Qué es un desastre? En la literatura y el lenguaje técnico sobre gestión del riesgo y desastres se suele definir genéricamente un desastre como una “seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos” (UNISDR 2009). Así, un desastre ocurre cuando en determinadas condiciones de vulnerabilidad aparece una amenaza natural o antrópica con una magnitud tal que la comunidad afectada se ve desbordada en su capacidad para responder a ella.

Como se ve, subyacentes a la definición de desastre están los conceptos de amenaza, vulnerabilidad y riesgo. Las amenazas o peligros (*hazards*) son definidas como un "evento físico potencialmente perjudicial, fenómeno o actividad humana que puede causar pérdida de vidas o lesiones, daños materiales, grave perturbación de la vida social y económica o degradación ambiental. Las amenazas incluyen condiciones latentes que pueden materializarse en el futuro. Pueden tener diferentes orígenes: natural (geológico, hidrometeorológico y biológico) o antrópico (degradación ambiental y amenazas tecnológicas)" (Marco de Acción de Hyogo 2005-2015). La vulnerabilidad son las condiciones determinadas por factores o procesos físicos, sociales, económicos y ambientales que aumentan la susceptibilidad y exposición de una comunidad al impacto de amenazas (EIRD 2009). El riesgo es la combinación de la probabilidad de que se produzca un evento [de desastre] y sus consecuencias negativas (EIRD 2009). En otras palabras, el riesgo es la probabilidad de que una amenaza ocurra. Así pues, un desastre es la combinación de estos tres elementos en un tiempo y espacio determinados.

Aunque esta terminología de Naciones Unidas es la más aceptada, ha habido varios debates sobre la definición de desastre. Una de las clasificaciones más frecuentes tiene que ver con el origen de la amenaza que produce los desastres. A menudo se

habla de desastres naturales y socionaturales para distinguir la causa que los produce. A veces se distingue entre desastres naturales o socionaturales, por un lado, y desastres sociales o antrópicos (como la exclusión humana o la inadecuada utilización de la tecnología o la industria), por el otro (Vargas 2002). Asimismo, los debates sobre el concepto de desastre también se han centrado en discutir en qué casos una amenaza es producida o no por el hombre. Esta discusión es relevante en el contexto del cambio climático, pues algunos Estados tienden a oscurecer su responsabilidad en este fenómeno (Terminski 2011). Sin embargo, esta clasificación según el origen del desastre tiende a confundir la amenaza con el desastre: pero en la medida en que la vulnerabilidad es propiciada por los humanos, todo desastre es de tipo social, aún cuando la amenaza sea de origen natural como un terremoto.

Por lo anterior, el principal motivo de la falta de consenso en la definición sobre la migración causada por la degradación o el cambio ambiental está asociado a la dificultad de aislar los factores ambientales de otros factores causantes de la migración (Dun y Gemenne 2008). Esta dificultad emerge justamente en el contexto de los desastres relacionados con el cambio climático, en el cual la causa del desplazamiento no es tan evidente. Por ello, varios autores han resaltado la conveniencia de la distinción entre desastres repentinos y desastres sobrevenidos o de lenta aparición. Los de lenta aparición son los que están más asociados al cambio climático y en los cuales el vínculo entre el evento y el desplazamiento no es tan evidente, tales como sequías y agotamientos de recursos. Por su parte, los sobrevenidos son más repentinos y son más evidentes como causa de desplazamiento, tales como un sismo o una erupción volcánica (Cooper 1988; Stravaoupoulou 1994; Arenas 2005; Albuja y Cavelier 2011)

Esta clasificación es útil, pensando sobre todo en eventos de lenta aparición asociados al cambio climático. Piénsese en la degradación progresiva de un ecosistema frágil del cual depende una comunidad local, como las comunidades afrodescendientes en la Costa Pacífica colombiana que han presenciado un deterioro progresivo de los manglares de los cuales depende parte de su

subsistencia. Pero pese a su utilidad, la clasificación tiene sus límites. Por un lado, es difícil catalogar un fenómeno de lenta aparición como un evento de desastre.¹⁰ Por otro lado, algunos desastres de aparición repentina también pueden ser causados por humanos. Evidencia reciente demuestra que la inyección subterránea de aguas residuales, así como algunos métodos de extracción de hidrocarburos como la fracturación hidráulica (*hydrofracking*), producen sismos (Van der Elst et al. 2013; Ellsworth 2013). Los terremotos ya no serían entonces amenazas naturales en todos los casos. Un incendio forestal, que es de aparición repentina, también puede –y suele– ser causado por humanos. En cualquier caso, con independencia del origen de la causa de la amenaza, el Estado tiene la responsabilidad de atender a las personas afectadas por desastres.

El Representante del Secretario General sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos (2004-2010), Walter Kälin, ha identificado cinco escenarios relacionados con el cambio climático, que podrían causar directa o indirectamente desplazamiento humano. Esta tipología es un buen punto de partida para analizar la naturaleza del desplazamiento y evaluar las necesidades de protección y asistencia de aquellos afectados. Kälin identifica los siguientes escenarios: desastres hidrometeorológicos como inundaciones, huracanes/tifones/ciclones, deslizamientos de tierra, etc. (1); asentamientos en zonas designadas por los gobiernos como de alto riesgo y peligrosas para habitarlas (2); degradación del medio ambiente y una lenta aparición de desastres (v.gr. reducción de la disponibilidad de agua, desertificación, inundaciones recurrentes, salinización de zonas costeras, etc.) (3); el caso del hundimiento de los pequeños estados insulares (4); y conflictos armados provocados por la disminución de los recursos

¹⁰ Uno de los temas más álgidos de la literatura sobre el tema tiene que ver con la dificultad de establecer una relación de causalidad clara y precisa entre los cambios graduales causados por el cambio climático y las migraciones humanas. Más aún, en estos casos lo que es más difícil de probar es que una migración sea forzada. Hay cierto consenso en torno a que el desplazamiento es un fenómeno multidimensional y multicausal, pero podría decirse que un desplazamiento causado por el cambio climático es forzado cuando las personas ya no pueden continuar con su vida y actividades productivas de forma digna, estable y sostenible. Lo cierto es que en el ámbito de los desastres climáticos, este es un punto que requiere más investigación.

naturales (por ejemplo, agua, tierra, alimentos) debido al cambio climático (5) (Kälin 2008). Esta tipología también la han adoptado UNOCHA/IDMC (2009) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009).

Los escenarios que presenta la tipología de Kälin tienen sentido en el contexto de la relación entre cambio climático y desplazamiento, y por ende, son ejemplos de desastres desatados por amenazas antrópicas como el cambio climático. Sin embargo, los escenarios 1, 2, y 3 pueden ocurrir sin que la causa sea necesariamente el cambio climático global. Los ciclones son fenómenos climáticos extremos que, aunque pueden verse acentuados en magnitud y frecuencia debido al cambio climático, en principio ocurren debido a los ciclos meteorológicos normales de la Tierra. Asimismo, la degradación de un ecosistema costero como un manglar puede estar asociada al cambio climático pero también al vertimiento constante de residuos, contaminación o la tala indiscriminada. Adicionalmente, los desastres del escenario 2 pueden ser producto no del cambio climático sino de una inadecuada gestión y ocupación del territorio que permita infraestructura y viviendas zonas de riesgo de inundación o derrumbe.

Así pues, como se observa, no existe un consenso en torno al concepto de desastre.¹¹ Además, a veces se tiende a confundir la amenaza con el riesgo o con el desastre mismo. Por esta razón, la Oficina de Naciones Unidas para la Reducción de Desastres (EIRD 2009) publicó unos manuales con una terminología estandarizada, la cual distingue entre amenaza, vulnerabilidad, riesgo y desastre. Esta terminología es la más aceptada, fue acogida por el Marco de Acción de Hyogo 2005-2015¹² y ha sido incorporada en múltiples ordenamientos internos, incluido el de Colombia.

¹¹ Para consultar un estado del arte sobre esta discusión, ver la compilación bibliográfica sobre el tema preparada por la OIM (2012).

¹² De la Conferencia Mundial sobre Reducción de Desastres Naturales de 2004 que se hizo en Hyogo (Japón) surgieron la Declaración y el Marco de Acción de Hyogo. Aunque es un instrumento de *soft law*, el Marco de Acción de Hyogo 2005-2015 «Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres» es hoy el principal instrumento internacional en materia de gestión del riesgo de desastres. Los 168 Estados que avalaron el Marco de Acción de Hyogo (MAH) acordaron lograr, para el 2015, una reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto de vidas como de bienes sociales, económicos y ambientales

Ante esta falta de precisión conceptual, y considerando que todo desastre –antrópico o natural, asociado al cambio climático o no, repentino o súbito, etc.– tiene la potencialidad de producir desplazamientos, una categoría útil para la discusión es la de *desastre ambiental*. Esta categoría es más amplia y comprehensiva que la de desastre natural, dado que incluye los desastres de origen no humano (v.gr. seismos o erupciones volcánicas), los desastres de origen humano producidos por el cambio climático (v.gr. sequías o inundaciones) y los desastres de origen humano producidos por una inadecuada gestión territorial (v.gr. deslizamientos de masa, derrumbes, inundaciones, etc.). Además, este concepto permite superar la limitación del concepto de desastre natural –casi ningún desastre es natural– y es lo suficientemente amplia como para incluir la tipología de Kälin (2008), así como otros desastres no asociados al cambio climático. La tabla 1 sintetiza el alcance del concepto.

Tabla 1. Tipología de desastres ambientales y algunos ejemplos.

	Asociado al cambio climático	No asociado al cambio climático
Origen antrópico	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sequías ▪ Inundaciones 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Inadecuada gestión territorial ▪ Degradación ambiental
Origen natural	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Fenómenos hidrometeorológicos intensificados por el cambio climático ▪ Si está asociado al cambio climático, no es de origen natural 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sismos ▪ Erupciones volcánicas ▪ Ciclones

Otra discusión importante tiene que ver con la definición de migrante o desplazado ambiental. En la literatura se han usado

infinidad de términos como desplazado ambiental, migrante ambiental, migrante climático, refugiado ambiental, ente muchas otras. Sobre este punto también existe una álgida discusión que se deriva directamente de la discusión sobre la definición de desastre (Terminski 2011). Un debate importante en este tema tiene que ver con si las migraciones son forzadas o voluntarias, lo cual es objeto de discusión por ejemplo cuando los desastres son de aparición lenta, como las sequías o degradaciones progresivas de ecosistemas (Terminski 2011; Kolmannskog y Trebbi 2010).

Una forma de resolver la cuestión es adoptar la noción de migrante ambiental entendida como aquella persona desplazada forzosamente por un desastre ambiental al interior de las fronteras nacionales. Una definición muy aceptada de migrante ambiental es la de Hugo (1996): “personas que migran debido a la disrupción (por fuerzas naturales o antropogénicas) del ambiente en el lugar de su hábitat usual” (citado en Terminski 2011). La OIM también ha propuesto una definición similar: “los migrantes ambientales son personas o grupos de personas que, por razones imperiosas de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afectan negativamente a la vida o las condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus hogares habituales, o deciden hacerlo, ya sea de forma temporal o permanentemente, y que se mueven ya sea dentro de su país o hacia el extranjero”. No obstante, la definición de la OIM no especifica si el origen de los cambios en el ambiente puede ser antrópico.

Otra pregunta relevante es si las personas que son evacuadas de manera preventiva y antes de un desastre pueden ser consideradas desplazadas ambientales. De acuerdo con las Guías Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC 2011) para la Protección de Personas ante Desastres Naturales, publicadas por primera vez en 2006 y aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, aún cuando la migración ocurre antes del desastre, la hipótesis de la evacuación previa constituye una situación de desplazamiento forzoso y debe ser atendida.

La falta de claridad conceptual en el tema no es exclusiva de Colombia, pero allí se manifiesta de forma particular, pues este es un tema sobre el cual no ha habido mucha discusión. Esto ha sido

un factor importante en la renuencia del Estado colombiano a reconocer a los desplazados por desastres como desplazados internos. De hecho, en el país no hay cifras o datos oficiales confiables ni consolidados sobre este tipo de desplazamiento (Gómez 2010; Albuja y Cavelier 2011). Tras las olas invernales de 2010 y 2011, el gobierno contrató a la CEPAL para hacer un estudio de las afectaciones y los impactos del desastre, algo sin precedentes en la historia de la gestión del riesgo en Colombia. Se sabe que estas emergencias invernales afectaron a cuatro millones de personas, pero no se tiene certeza sobre cuántas de ellas fueron desplazadas forzosamente. La falta de cifras y de información es un problema que contribuye a la marginalidad de esta problemática en el marco de la protección al desplazamiento forzado. Esto se combina con el vacío en la producción académica en el tema: salvo algunos estudios preliminares como el de García y Kniveton (2012) o el de Albuja y Cavelier (2011), casi no hay investigación en este ámbito en el país.

2. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LOS DESPLAZADOS POR DESASTRES NATURALES

En la última década, los desastres ambientales han sido un tema de debate tanto en el derecho internacional de los refugiados como en el derecho internacional de los desplazados. Sin embargo, en el régimen de refugiados la situación de desprotección en la que se encuentran las personas que cruzan fronteras nacionales a causa de desastres ambientales de origen natural o antrópico es más difícil de enfrentar no sólo por la complejidad de ser un fenómeno transfronterizo, sino por las limitaciones de los instrumentos jurídicos disponibles (Arenas 2002, 2007; Borrás 2007). De acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, la definición de refugiado se basa en un temor fundado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política y pertenencia a un grupo social determinado. Algunos han sugerido modificar la Convención y ampliar la definición de refugiado para incluir como motivo fundado los desastres ambientales, pero esta sugerencia no ha sido atendida por los Estados parte. El mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) tampoco ha sido modificado

en ese sentido; por el contrario, esta agencia ha desaconsejado reformar la Convención para este fin y ha sugerido no usar el término de *refugiados climáticos*, por considerar que esto desnaturaliza el concepto original de refugiado. La misma posición ha asumido la Organización Internacional para las Migraciones (UNHCR/ACNUDH 2009; Guterres 2012).

En contraste, en el régimen internacional de protección de los desplazados internos hay más margen de maniobra para proteger a las personas desplazadas por los desastres ambientales, aún cuando este sea un marco de *soft law*. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos incluyen las “catástrofes naturales o provocadas por el ser humano” como una situación que produce desplazamiento. Aunque ningún tratado vinculante de derechos humanos en el sistema universal hace mención explícita a los desastres ambientales como causa de éxodo forzoso que los Estados deben prevenir y atender, es importante destacar que los tratados de derechos humanos son aplicables en todas las situaciones. Por ello, tras los desastres desatados por el huracán Katrina en Estados Unidos en 2005, el Comité de Derechos Humanos¹³ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁴ señalaron la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos en materia de prevención y atención ante situaciones de desastres naturales y de incluir a poblaciones vulnerables –como los afroamericanos, los cuales se vieron especialmente afectados en esa ocasión– en los planes de reconstrucción.

A continuación analizo el marco normativo internacional que protege a los desplazados por desastres ambientales, tanto desde la óptica de las normas sobre reducción de desastres, como desde la de los derechos humanos y desplazamiento interno. Esta sección servirá como preámbulo para luego analizar esta misma regulación en el ordenamiento interno en la tercera parte del texto.

¹³ Arts. 6 y 26 del PIDCP (Observaciones concluyentes de julio de 2006, Comité de Derechos Humanos).

¹⁴ Art. 5(e)iii de la Convención contra la Discriminación Racial (Observaciones concluyentes de marzo de 2008, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

2.1. La reducción de desastres en Naciones Unidas

Aunque los Principios Deng ya incluían las “catástrofes naturales o provocadas por el ser humano” como situaciones generadoras de desplazamiento, la preocupación por los desastres naturales es más bien reciente en el ámbito de la protección internacional a los éxodos forzosos.

Desde la década de los setentas ya había en Naciones Unidas una preocupación por el tema de la reducción del riesgo de desastres. No obstante, pese a que es un tema que se ha discutido durante varias décadas, a la fecha no hay ningún convenio general vinculante sobre reducción de desastres¹⁵ y tampoco es claro que existan normas consuetudinarias en la materia, lo cual refleja que la regulación de la reducción y atención de desastres es un problema que se ha dejado al ámbito de la soberanía de los Estados. No obstante, desde hace más de tres décadas se ha venido desarrollando al interior de Naciones Unidas un conjunto de agencias, documentos e instrumentos de *soft law* dedicados a orientar la gestión de los Estados en el tema de desastres y a promover la cooperación y asistencia internacional en estos eventos.

Quizás el primer hito ocurrió en 1973 cuando se creó la Oficina del Coordinador de Alivio de Desastres, la cual tenía como función coordinar la acción humanitaria de las agencias de Naciones Unidas en caso de catástrofes. Posteriormente, en 1989 la Asamblea General declaró que la década de 1990-1999 sería el Decenio Internacional para la Reducción de Desastres Naturales (DIRDN), como una medida para generar conciencia sobre este problema. Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre Reducción de Desastres Naturales de 1994 se adoptaron la Estrategia y el Plan de Acción de Yokohama para un Mundo Más Seguro (1994), los cuales contenían algunos principios básicos en la gestión y reducción de desastres, tales como la importancia de la evaluación del riesgo, la necesidad de mejorar la capacidad de los Estados en prevención y reducción, la protección del ambiente, la difusión efectiva de la información y la colaboración. Luego, en 1999 se adoptó la Estrategia titulada “Un Mundo más Seguro en el

¹⁵ Existen dos convenios generales sobre desastres que no están directamente relacionados con asuntos ambientales ni de migraciones. El primero es la Convención de Tampere (1998) la cual reduce los obstáculos jurídicos para el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro. Las medidas que incluye apuntan a la atención y no la reducción. El segundo es el Convenio marco de asistencia para la protección civil (2000) el cual tiene como objeto propiciar la cooperación interestatal de los cuerpos de defensa y protección civil.

Siglo XXI: Reducción de los Desastres y de los Riesgos”, la cual abogaba por la participación de la sociedad en las medidas para la reducción de desastres, disminuir las pérdidas económicas y sensibilizar a la población sobre los riesgos de los peligros naturales, ambientales y tecnológicos para las sociedades modernas.

Tras el final del DIRDN, en 1999 se adoptó la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres - EIRD (en inglés UNISDR) como instancia sucesora permanente del Decenio.¹⁶ Los objetivos de la EIRD son trabajar en la sensibilización sobre desastres, mejorar el fomento del conocimiento científico sobre las causas y efectos de los desastres, alcanzar compromisos con autoridades públicas de los Estados y promover el paso de la atención de desastres hacia la reducción efectiva de los mismos. Asimismo, la EIRD es el espacio de interlocución y discusión de prácticas y experiencias de organizaciones y actores vinculados a la gestión del riesgo de desastres. En 1999 se creó también la Oficina del Representante del Secretario General para la Reducción de Desastres (UNISDR), la cual se rige bajo el llamado Mandato de Ginebra y funge como punto focal de la EIRD.

Otra instancia importante es la Subsecretaría General para los Asuntos Humanitarios/Coordinador de Alivio en Emergencias. Esta Subsecretaría, creada por la Asamblea General en 1991 (Resolución 46/182), es un puesto de alto nivel en Naciones Unidas y es la cabeza de la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA, por sus siglas en inglés). En 1998 OCHA subsumió a la antigua Oficina del Coordinador de Alivio de Desastres, que había sido creada en 1973. Como cabeza de la OCHA, la Subsecretaría es responsable de coordinar la acción de las agencias de asistencia humanitaria de Naciones Unidas en caso de emergencias y es el punto focal para la acción humanitaria a nivel gubernamental, intergubernamental y no gubernamental. A nivel nacional la OCHA puede designar un coordinador de la acción humanitaria interna denominado Equipo Humanitario de País. Otra función de la Subsecretaría es liderar el Comité Permanente entre

¹⁶ A veces se le denomina Plataforma Mundial para la Reducción de Desastres.

Organismos (en inglés Inter-Agency Standing Committee - IASC), una instancia de coordinación de acción humanitaria conformada por agencias pertenecientes y no pertenecientes a Naciones Unidas.

En 2004 el tema de los desastres estaba en auge debido a los efectos del tsunami en el sudeste asiático. Además, en 2002 la Asamblea General había solicitado una revisión de la Estrategia de Yokohama. Por ello, en la Conferencia Mundial sobre Reducción de Desastres Naturales de 2004 se hizo en Hyogo, la ciudad japonesa que más sufrió el terremoto de 1995 en ese país. De dicho encuentro surgieron la Declaración y el Marco de Acción de Hyogo. El Marco de Acción de Hyogo 2005-2015 “Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres” es hoy el principal instrumento internacional en materia de gestión del riesgo de desastres. Los 168 Estados que avalaron el Marco de Acción de Hyogo (MAH) acordaron lograr, para el 2015, “la reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto de vidas como de bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países”. Se acordaron también tres objetivos estratégicos: la integración de los riesgos de desastre en las políticas y planes de desarrollo; la creación y fortalecimiento de instituciones y mecanismos para aumentar la resiliencia a las amenazas; y la incorporación de criterios de reducción del riesgo en el diseño y ejecución de programas de preparación para desastres. También se acordaron otras consideraciones generales, como la inclusión de una perspectiva de género, un enfoque diferencial sensible a la diversidad cultural y el mejoramiento de la cooperación y asistencia internacional.¹⁷

Sobre este marco jurídico es importante destacar dos puntos. En primer lugar, hasta antes del Marco de Acción de Hyogo, las agencias, documentos e instrumentos en el tema de desastres tendían dar más protagonismo a los llamados desastres naturales

¹⁷ Con posterioridad a la Conferencia se estableció el Fondo Mundial para la Reducción y Recuperación ante Desastres (GFDRR, por sus siglas en inglés), el cual está conformado por la EIRD de Naciones Unidas, varios Estados y el Banco Mundial. Su fin es promover y financiar la ejecución de las metas de la EIRD y del Marco de Acción de Hyogo. Adicionalmente, otras agencias especializadas de Naciones Unidas también han incluido el tema de la reducción de desastres en sus agendas, como UNICEF y el Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos - ONU Hábitat.

sin causa antrópica y de aparición repentina. El Marco de Acción de Hyogo incluye un vínculo más explícito con el desarrollo sostenible y los desastres asociados al cambio climático. Quizás esto tenga que ver con las reiteradas menciones al problema de los desastres climáticos en las Conferencias de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, sobre todo las de Cancún (2010), Copenhague (2011) y Durban (2012). En segundo lugar, el Marco de Acción de Hyogo es hoy el principal referente para los Estados, y aunque no es un acuerdo vinculante, cuenta con un sistema de monitoreo del cumplimiento de sus objetivos estratégicos. En la evaluación más reciente por parte de la secretaría del Marco, se puso de relieve que si bien muchos países estaban progresando adecuadamente en las actividades que salvan vidas, como la preparación para casos de desastre, la respuesta a ellos y la alerta temprana, el riesgo de desastres no se estaba teniendo debidamente en cuenta en los planes y las decisiones sobre desarrollo e inversión.

2.2. Protección a las migraciones forzadas por desastres: de la reducción del riesgo al enfoque de derechos

En la última década se han estrechado los vínculos entre las agencias y los procedimientos especiales de Naciones Unidas dedicados a los derechos humanos y al desplazamiento forzado, por un lado, y aquellas instancias dedicadas al tema de gestión del riesgo de desastres, por el otro. Esto se debe, entre otras cosas, al aumento de la conciencia global sobre el problema del cambio climático y a la ocurrencia creciente de desastres alrededor del mundo.

Durante su mandato como Representante del Secretario General de Naciones Unidas para los derechos de las personas desplazadas (2004-2010), Walter Kälin promovió la adopción de un enfoque de derechos en la prevención y atención de desastres, sobre todo en aquellos que generan desplazamiento. En varios de los informes que presentó durante su período, Kälin destacó el hecho de que los desastres tienden a agravar las condiciones preexistentes de vulnerabilidad y discriminación de poblaciones

vulnerables.¹⁸ Ante el carácter reactivo y asistencialista en el manejo de desastres en muchos países, la inclusión de un enfoque de derechos en este tema sigue siendo uno de los principales retos de los Estados y los organismos internacionales.

En el mismo sentido, Chaloka Beyani, el sucesor de Kälin y actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas desplazadas, ha dicho que una de las prioridades de su mandato es el problema de las migraciones forzadas causadas por desastres naturales y el cambio climático.¹⁹ Adicionalmente, en 2009 la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos publicó un informe sobre la relación entre cambio climático y derechos humanos, haciendo énfasis en las migraciones forzadas internas (ACNUR 2009). Por su parte, ACNUR también ha reconocido la importancia del problema, aunque su mandato no ha sido ampliado para incluir dentro de su ámbito de actuación (Guterres 2012).

Pero probablemente el instrumento que mejor sintetiza el encuentro entre la reducción de desastres y los derechos humanos son las Guías Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC 2011) para la Protección de Personas ante Desastres Naturales, publicadas por primera vez en 2006 y aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos en 2011. El objeto de las Guías es ayudar a las organizaciones humanitarias internacionales, no gubernamentales y a los miembros del Comité Permanente entre Organismos a “garantizar que los esfuerzos de socorro y recuperación en casos de desastre se llevan a cabo dentro de un marco que protege y promueve los derechos humanos de las personas afectadas.” Las Guías Operacionales no enumeran los derechos de las personas consagrados en el derecho internacional, sino que “se centran en lo que los agentes humanitarios deben hacer para aplicar un enfoque basado en los derechos humanos a la prestación de asistencia humanitaria en el contexto de los desastres naturales” (IASC 2011: 8).

¹⁸ Naciones Unidas A/HRC/13/21 *Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, Sr. Walter Kälin, 5 de enero de 2010

¹⁹ Naciones Unidas A/HRC/13/21 *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, Sr. Chaloka Beyani, diciembre de 2010.

La Guía no está pensada sólo para la protección de los derechos humanos de los desplazados por desastres, sino para todo tipo de damnificados por desastres. Sin embargo, en lo que tiene que ver específicamente con el desplazamiento, las Guías Operacionales señalan que “las personas –incluidas las personas evacuadas– a quienes se haya ordenado o se hayan visto forzadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, como resultado o para evitar los efectos de un desastre natural, y que no hayan cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida deberán ser tratadas como pertenecientes a la categoría de desplazados internos, de conformidad con los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998.” Asimismo, las Guías incluyen las evacuaciones previas a los desastres como situaciones que configuran desplazamiento forzado bajo los Principios Deng.

Debido a lo anterior, las Guías han tenido una buena acogida como avance en la inclusión de los derechos humanos. La prueba de que este vínculo entre la reducción de desastres y derechos humanos fue exitoso se refleja en el hecho de que el Relator Especial sobre los derechos de las personas desplazadas, en su informe de 2010, considera que las Guías Operacionales responden adecuadamente a la necesidad de incluir un enfoque de derechos en la atención a los desplazados por desastres naturales.²⁰ Según el Relator, las Guías Operacionales proveen el marco para atender desplazamiento respetando cuatro conjuntos de derechos humanos: aquellos relacionados con la vida y la seguridad física; aquellos relacionados con mínimos vitales como la alimentación, refugio, educación y salud; derechos relativos a la vivienda, tierra, propiedad y modos de vida; y derechos civiles y políticos como la libertad de movimiento y expresión. De igual forma, ACNUR también considera que las Guías Operacionales del IASC son un recurso muy valioso en aras de garantizar una protección basada en los derechos (Guterres 2012).

²⁰ Naciones Unidas A/HRC/66/285 *Informe del Relator Especial sobre los desplazados internos*, Sr. Chaloka Beyani, presentado al Consejo de Derechos Humanos, 2010.

Así las cosas, de acuerdo con el Relator y con ACNUR, parecerían ser que la aplicación de los Principios Deng a los desplazados ambientales es la forma más indicada de incluir enfoque de derechos en su protección. Esta postura fue acogida también por los Principios de Nansen, una declaración no oficial de *soft law* que recoge las conclusiones de la Conferencia Nansen sobre Cambio Climático y Desplazamiento en el Siglo XXI acogida en Oslo en junio de 2011, gracias al impulso del Estado noruego.

Según su Preámbulo, los Principios Nansen contienen un conjunto de recomendaciones “para ofrecer respuestas a algunos de los retos más urgentes y complejos provocados por el desplazamiento en el contexto del cambio climático y otros peligros ambientales”. Los Principios señalan la necesidad de que los Estados nacionales asuman liderazgo y se involucren en la protección de las poblaciones afectadas por el cambio climático y otros peligros ambientales, incluidos los desplazados internos. Frente a este tema, los Principios destacan necesidad de aplicar la normatividad ya existente, sobre todo los Principios Rectores del Desplazamiento.

Esta salida también ha sido acogida por el sistema africano de derechos humanos. La Convención de Kampala de los países de la Unión Africana en 2012 es el primer instrumento internacional vinculante que impone obligaciones a los Estados –africanos en este caso– para atender los éxodos forzados en general, incluyendo aquellos que son causados por desastres ambientales ya sean de origen antrópico o no.²¹ Por su parte, en el sistema interamericano no se han decidido casos contenciosos en este tema, pero tras el terremoto de 2010 en Haití, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expidió un comunicado de prensa instando al Estado de Haití y a la comunidad internacional a atender a las personas desplazadas por ese desastre.²² De igual forma, la Corte Europea de Derechos Humanos, al igual que los Comités de Derechos Humanos y de Eliminación de la Discriminación Racial, han establecido que los Estados tienen la

²¹ El Tratado de Lisboa de la Unión Europea ya había establecido una disposición general en el sentido de instaurar la obligación de acción conjunta y solidaria por parte de la Unión en caso de que un Estado se vea afectado por un desastre.

²² CIDH, comunicado de prensa 115 de 2010 sobre desplazados en Haití

obligación de aplicar medidas preventivas para proteger a las personas contra los riesgos que se derivan de los desastres con el fin de proteger el derecho a la vida.²³

3. NORMATIVIDAD NACIONAL SOBRE ATENCIÓN AL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Desde 1997 existe en Colombia una política pública y un robusto aparato institucional cuyo objeto es la prevención y atención del desplazamiento forzado asociado al conflicto armado. Sin embargo, este marco institucional no ha sido capaz de aliviar el sufrimiento de los millones de desplazados. Colombia es de lejos el país del mundo con más desplazados internos a causa de un conflicto armado, por encima de Irak, Sudán y Somalia (IDMC 2012). Las cifras oficiales reportan alrededor de 3,9 millones de desplazados, mientras que los registros de las organizaciones de la sociedad civil ascienden a 5,4 millones (CODHES 2012). Esta situación de crisis humanitaria ha motivado la intervención de la justicia constitucional colombiana en la política pública de desplazamiento. Asimismo, el tema ha dado lugar una copiosa producción académica que ha discutido varios asuntos de la atención al desplazamiento forzado por el conflicto tales como su origen y evolución (Vidal 2007; Reyes 2009), su impacto y eficacia en la garantía de los derechos de los desplazados (Rodríguez 2010; Rodríguez y Rodríguez 2010), sus limitaciones y contradicciones (Sánchez 2009), entre otros. Este protagonismo del conflicto armado y los desplazados que produce contrasta con el lugar marginal que ocupan los desastres, la gestión del riesgo y los desplazados ambientales. En esta sección se analizan los regímenes internos de protección para los desplazados por la violencia y los desplazados por desastres. Se hará especial énfasis en la situación de los grupos étnicos como poblaciones vulnerables afectados por el desplazamiento forzado.

²³ STEDH, Caso Budayeva & Otros v. Russia, 8 de marzo de 2008.

3.1. Éxodos forzados a causa del conflicto: un estado de cosas inconstitucional

Desde la expedición de la Ley 387 de 1997 –la Ley para la Atención de la Población Desplazada– el gobierno nacional cuenta con una serie de políticas y programas sobre desplazamiento forzado en aspectos tan diversos como la prevención, la atención, la asistencia humanitaria, el retorno, las garantías de seguridad y protección de líderes de organizaciones de desplazados, empleo y generación de ingresos, salud y educación, entre otros. No obstante, estas políticas no han sido capaces de responder a las magnitudes de un problema se ha agravado progresivamente y que ha desbordado la comprensión y la capacidad institucional.²⁴ La población desplazada no encontró un refugio en la atención estatal, y las causas del fenómeno –principalmente el conflicto armado– siguieron más que vigentes y produciendo más desplazados año tras año (Ibáñez 2008; Rodríguez y Rodríguez 2010). De hecho, Colombia ya es el país del mundo con más desplazados internos por la violencia.

Ante la ineficacia de estas políticas, ocurrió un hecho que marcó un giro significativo en la atención al desplazamiento: la intervención de la justicia constitucional. En la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional, al resolver una serie acumulada de casos individuales de personas desplazadas por el conflicto reclamando sus derechos mediante acciones de tutela, declaró que la situación de la población desplazada constituía un *estado de cosas inconstitucional*,²⁵ debido a que las fallas estructurales de las políticas estatales habían derivado en la persistencia y perpetuación de la vulneración de los derechos de esta población.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004.

²⁵ La sentencia T-025 de 2004, hace parte de un grupo de decisiones judiciales que se han denominado en Colombia ‘fallos estructurales’. Se trata de decisiones complejas adoptadas por la Corte Constitucional colombiana que se caracterizan por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; (2) por involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; y, (3) por implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada, no solamente a quienes hayan sido los demandantes del caso concreto (Rodríguez y Rodríguez 2010: 26 y ss.).

Como respuesta a esta situación, en la sentencia la Corte expidió una serie de órdenes dirigida a diferentes instituciones del Estado para que atendieran cabalmente el problema y diseñaran e implementaran políticas y programas que garantizaran los derechos de la población desplazada por el conflicto.²⁶

En la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional declaró que la situación de la población desplazada en Colombia constituía un *estado de cosas inconstitucional* (ECI): de acuerdo con la Corte, los desplazados, que son una población en condiciones de vulnerabilidad extrema, han sido víctimas de una violación sistemática y reiterada de sus derechos fundamentales debido a fallas estructurales en la atención que el Estado les ha brindado. Ante la inexistencia de una política estatal seria, coordinada y eficaz en la atención a las víctimas del desplazamiento forzado, la Corte intervino a través de la sentencia T-025 para ordenar al gobierno nacional medidas estructurales que previnieran y atendieran el fenómeno del desplazamiento. Asimismo, la Corte estableció un sistema de seguimiento para monitorear el grado de cumplimiento de sus órdenes. En virtud de dicho sistema, la Corte ha expedido una serie de Autos que contienen órdenes de diversa índole para garantizar la superación del ECI²⁷.

Algunos de esos Autos incluyen órdenes encaminadas a la protección de grupos sociales vulnerables que han sido afectados

²⁶ Estas órdenes se han inspirado en las disposiciones de Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (Principios Deng) y los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro). En la sentencia T-025 – y en muchas otras– la Corte Constitucional ha señalado que estos instrumentos, a pesar de ser *soft law*, hacen parte del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento interno y deben ser la guía para interpretar las normas internas sobre desplazamiento interno ya que su contenido refleja o reproduce otras disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos que sí son vinculantes directamente. Este estatus prominente de los Principios Deng y Pinheiro han sido reiterados también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en los que se ha condenado al Estado colombiano. Ver Corte IDH, *Caso de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Sentencia de 15 septiembre de 2005, y Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006.

²⁷ Entre febrero de 2004 y octubre de 2013 Corte ha expedido casi dos centenas de Autos en los que le ha hecho seguimiento a las órdenes impartidas en la sentencia T-025, ha solicitado informes y acciones concretas a distintas autoridades y hasta ha establecido indicadores de evaluación del nivel de cumplimiento de los derechos de los desplazados.

por el desplazamiento forzado,²⁸ como los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas. Estos dos grupos son minoritarios en relación con el total de la población y han sido históricamente subvalorados por la sociedad mayor. La Constitución Política de 1991 les otorgó derechos colectivos y reconoció su autonomía organizativa, política y jurisdiccional, y resaltó también la importancia de su preservación sociocultural. Ambos grupos étnicos son titulares de derechos especiales sobre las tierras que han ocupado ancestralmente. Esto como consecuencia del reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural del Estado colombiano realizado por la Constitución de 1991. Estos derechos se traducen en el reconocimiento de la propiedad colectiva y en la obligación de las autoridades de consultarles las medidas legislativas y administrativas que los puedan afectar.

Pero estos reconocimientos contrastan con la situación de pobreza y exclusión en las que se encuentran estas minorías étnicas. El 63% de la población indígena se encuentra bajo la línea de la pobreza y el 47,6% bajo la línea de miseria (PNUD 2011). La medición de la pobreza en el caso de los afrodescendientes no es precisa dado que los censos nacionales no han unificado un criterio para identificar a las personas como afrocolombianas. Sin embargo, se sabe que las condiciones de vida de los afros están por debajo del promedio nacional en términos de nivel de ingresos y acceso a salud y educación (Rodríguez et al. 2008; Cruces, Gasparini y Carbajal 2010 citado en Sánchez y Urueña 2013).

El conflicto armado ha afectado de forma desproporcionada a estos dos grupos étnicos. Esto se evidencia en el hecho que aunque los afrodescendientes representan el 10,6% de la población del país, constituyen el 22% de los hogares desplazados de manera forzada. Por su parte, los indígenas son apenas el 3% de la población colombiana, pero alrededor del 6% de los indígenas del país han sido desplazados (Comisión de Seguimiento 2010). Como lo exponen Sánchez y Urueña (2013) “la especial afectación

²⁸ Este tratamiento distinto y especial a ciertos grupos sociales vulnerables bajo la premisa de que el desplazamiento forzado no afecta de la misma forma a todos esos grupos, es lo que la propia Corte ha denominado el *enfoque diferencial* en la atención y prevención del desplazamiento forzado. Ver, Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004.

de estos grupos refleja el fracaso de las autoridades para garantizar sus derechos, así como las violentas presiones a las que están siendo sometidos por diversos actores armados interesados en obtener el control de sus tierras, tanto por su posición estratégica como por la riqueza de su suelo y su subsuelo”.

Como respuesta al desplazamiento de indígenas y afrocolombianos, la Corte Constitucional expidió los Autos 004 y 005 de 2009 en el marco del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 que había declarado el estado de cosas inconstitucional. En el Auto 004 de 2009 la Corte declara que los pueblos indígenas en Colombia están en riesgo de ser exterminados física y culturalmente por el conflicto armado y hace un diagnóstico general de la situación de los pueblos indígenas en situación de desplazamiento. Para la Corte, el conflicto armado es sin duda el factor que más propicia la violación de derechos de los indígenas. El peligro de exterminio cultural y físico es evidente ya sea por el desplazamiento y dispersión de los integrantes y comunidades étnicas o por la actuación violenta de cualquiera de los actores del conflicto armado en los territorios de las comunidades. La pobreza extrema y el abandono institucional son también causas de desplazamiento, que incluso se ven también intensificadas por el conflicto armado.²⁹ Ante esta situación, la Corte ordena varias medidas con enfoque diferencial para atender el desplazamiento indígena. A la fecha actual, el Gobierno nacional no ha dado cabal cumplimiento a las órdenes del Auto (Rodríguez, Orduz, Rubiano et al. 2010 y Berrío y Rubiano 2011).

Por su parte, el Auto 005 de 2009 declaró que las comunidades afrocolombianas se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad de cara al conflicto armado e identificó algunos factores que contribuyen a ello, tales como la exclusión estructural de la población afrocolombiana –que se evidencia, por ejemplo, en mayores índices de pobreza– y los proyectos ilícitos y lícitos en sus territorios, sobre todo de tipo extractivo y agroindustrial³⁰. En el Auto la Corte afirmó que el impacto de la

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Auto 004 de 2009.

³⁰ En el Auto 005 de 2009, la Corte Constitucional hace énfasis en que esos proyectos están generalmente relacionados con la siembra de palma aceitera. A su vez, la Corte afirma que la

migración forzada sobre población afrocolombiana tiende a afectarla de manera desproporcionada; esta población corre algunos riesgos particulares que contribuyen a aumentar la situación de discriminación y exclusión que genera el desplazamiento, entre ellos la vulneración a sus derechos territoriales colectivos, la destrucción de su estructura social y cultural y el debilitamiento de sus organizaciones. Adicionalmente, la Corte confirmó el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado cuando encontró casos en los que, aunque la población afrocolombiana no había tenido que desplazarse de su territorio, había sido obligada a mantenerse confinada en su tierra por las mismas razones que causan el desplazamiento o cuando lo hace, a costa de su seguridad, como forma de resistencia³¹. Frente a estas situaciones, la Corte expidió varias órdenes con el objetivo de prevenir y atender el desplazamiento forzado de la población afrocolombiana. A la fecha actual, el Gobierno nacional no ha dado cabal cumplimiento a dichas órdenes (Rodríguez, Orduz y Berrío 2010).

En junio de 2011 se expidió la Ley 1448, por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Esta ley creó un aparato institucional para atender a las víctimas del conflicto. Un aspecto para destacar es que el aparato de protección a la población desplazada quedó subsumido en el nuevo esquema institucional de atención a víctimas. Para la reparación de los indígenas y afrocolombianos víctimas del conflicto se expidieron los Decretos 4633 y 4635 de 2011, los cuales contienen medidas de reparación, asistencia y atención con enfoque étnico diferencial. Teniendo en cuenta que la Ley 1448 se diseñó para atender a las víctimas y

implementación de este tipo de proyectos lícitos son causa directa de desplazamiento forzado en la medida en que vulneran el disfrute de los derechos territoriales de la población afrocolombiana, impidiendo que en ocasiones se desarrollen los procesos de titulación de territorios colectivos.

³¹ El confinamiento es una modalidad del desplazamiento forzado interno en que las comunidades continúan en una parte de su territorio pero perdiendo movilidad sobre el mismo y en algunos casos la autonomía para poder decidir sobre aspectos básicos de su vida social y cultural [...] Las comunidades resistentes Las comunidades resistentes, aunque pudieron desplazarse optaron, conscientemente por permanecer en sus territorios, adentrándose en algunos casos en ellos y desarrollando un conjunto de estrategias para mantenerse en los mismos. Corte Constitucional, Auto 005 de 2009.

desplazados por el conflicto armado, en esta normatividad no hay alusión alguna a los desplazamientos forzados por otras causas. Sin embargo, recientemente la Corte Constitucional estableció que las víctimas de desastres naturales causados por acciones de grupos armados al margen de la ley –como atentados contra oleoductos o represas– deben ser consideradas víctimas en el marco de la Ley 1448; incluso, si la afectación constituye un desplazamiento, estas personas deben ser consideradas desplazadas internas.³²

En síntesis, se aprecia que en Colombia existe un vigoroso sistema de prevención y atención al desplazamiento causado por el conflicto armado. Este sistema existe desde 1997 y ha sido modificado y fortalecido por la intervención de la Corte Constitucional. Esta intervención ha tenido varios efectos, tales como posicionar el problema del desplazamiento forzado en la opinión pública y redefinirlo como un asunto de derechos humanos, desbloquear la respuesta institucional al problema, racionalizar el gasto y comenzar a usar indicadores para medir el goce efectivo de derechos de la población de desplazada (Rodríguez y Rodríguez 2010). Las audiencias públicas que se han celebrado y los autos de seguimiento que ha expedido la Corte ya se cuentan por centenas. Prácticamente todos los temas atinentes a los deberes del Estado con los desplazados han pasado por el ojo de la Corte: desde la prevención y la asistencia humanitaria, pasando por la protección de líderes de organizaciones de desplazados, la coordinación entre la Nación y las entidades territoriales, hasta los retornos y la inclusión de un enfoque diferencial. Pese a todo lo anterior, el campo social del desplazamiento forzado está copado por el conflicto armado. Además, las personas afectadas por desastres son atendidas por una institucionalidad diferente: la de gestión del riesgo de desastres. A continuación se explica este régimen.

³² La Ley 1448 había restringido la definición de desplazado interno a aquellos que hubieran sido afectados por el conflicto armado interno. En este fallo, la Corte reconoce que las personas víctimas de desplazamiento ocasionado por los grupos paramilitares desmovilizados (llamadas en Colombia bandas criminales o *Bacrim*), también deberán ser reconocidas como desplazados internos. Corte Constitucional, sentencia C-280 de 2013.

3.2. La legislación colombiana y los desplazados por desastres

En Colombia el problema de los éxodos causados por desastres se enmarca en el tema de la gestión del riesgo y prevención desastres. A comienzos de los noventas, los desplazados internos a causa de la violencia eran atendidos por el sistema de atención de desastres (Franco 1998; Bello 2003; Vidal 2007). Sin embargo, con la expedición de la Ley 387 de 1997, los regímenes de protección de los desplazados por la violencia y los desplazados por desastres tomaron caminos separados. Los primeros se vieron amparados por la Ley 387 y por la intervención de la justicia constitucional en 2004. Los segundos quedaron bajo el amparo de la normatividad sobre prevención y atención de desastres, bajo la cual no son considerados como desplazados internos sino como *damnificados*.

Esta normatividad sobre gestión del riesgo de desastres se ha desarrollado de manera desarticulada y reactiva a medida que en Colombia han ocurrido catástrofes de gran magnitud (Banco Mundial 2012; Wilches-Chaux 2011), como los terremotos de Popayán en 1983 y Armenia en 1999 y las emergencias invernales de 2010 y 2011. Es interesante ver cómo la legislación en este tema siempre se crea o se reforma debido a la ocurrencia estos grandes desastres. Además, esta normatividad tiene un problema importante para efectos de la protección de las minorías y es que no tiene un enfoque de derechos humanos (Albujar y Cavelier 2011) y mucho menos de derechos de minorías étnicas. A continuación se reseña brevemente esta normatividad y se evidencian estos problemas. Se ilustran algunos casos de poblaciones vulnerables desplazadas por desastres.

3.2.1. La gestión del riesgo en Colombia y los derechos de los desplazados por desastres

Tras el tsunami en Tumaco en la Costa Pacífica en 1979 se expidió la Ley 9 de 1979. Esta ley estableció la creación del Comité Nacional de Emergencias, el cual redefinió el papel del Ministerio de Salud en la prevención de desastres mediante la primera reglamentación sobre su manejo. Luego, tras la avalancha en

Armero debido a la erupción del Nevado del Ruiz en 1985 se expidió la Ley 46 de 1988³³, la cual creó y organizó el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres –SNPAD–. Esta ley buscaba implantar un esquema nuevo de gestión, decididamente opuesto a los esquemas asistencialistas de la época. Esta ley se constituyó en un reconocimiento explícito por parte del Estado colombiano de la necesidad de avanzar hacia enfoques más integrales de la gestión del riesgo de desastres. Posteriormente, el Decreto 919 de 1989 reglamentó la Ley 46 de 1988, organizó el SNPAD y definió entre otros aspectos, su estructura, y las responsabilidades que debían asumir las diferentes instituciones que lo componen, tanto en el nivel nacional, como en los niveles regional y local. Este Decreto también estableció medidas específicas para la atención de desastres, creó la figura de la declaratoria de la situación de calamidad así como la Oficina Nacional para Atención de Desastres.

En el capítulo de la Constitución Política de 1991 sobre estados de excepción, quedó instaurada la emergencia social, ecológica y económica como situación en la que el Presidente de la República puede declarar un estado de emergencia y expedir decretos de excepción con fuerza ley. Esta figura se ha usado para atender desastres como el terremoto de Armenia en 1999 y olas invernales de 2010 y 2011 mediante legislación de estado de excepción. El estado de excepción ha sido utilizado para reaccionar a las catástrofes desde el punto de vista de la atención, lo cual refleja la insuficiencia de de la normatividad ordinaria en esta materia-

De igual forma, la Corte Constitucional ha establecido que las personas afectadas por desastres se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y por ende el Estado tiene un especial

³³ Esta Ley establece de manera general los aspectos de planeación del SNPAD; su naturaleza y objetivos; la definición de desastre y la obligación de formular el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres – PNPAD– , así como las obligaciones que deben adoptar las entidades públicas y privadas y los organismos de planificación del orden territorial frente a la elaboración del Plan. Igualmente define sus aspectos institucionales y operativos, lineamientos para el manejo de situaciones específicas de desastre y las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República.

deber de protección frente a ellas.³⁴ Además, la Corte ha dicho que existe un deber de solidaridad con las personas afectadas por desastres, que no es sólo moral sino también jurídico, pues se fundamenta en la solidaridad como valor del Estado social de derecho.³⁵ Sin embargo, ha señalado que la delimitación de ese “deber general de protección del Estado requiere, en principio, de un desarrollo legislativo que concrete su alcance y sus condiciones de exigibilidad”.³⁶ Este vacío se debe a que hasta el año 2012 la legislación sobre gestión del riesgo y desplazamiento forzado no incluía disposiciones especiales sobre los derechos de los desplazados ambientales. Pese a este vacío, en varias sentencias la Corte ha amparado los derechos al mínimo vital, vivienda digna y vida de personas afectadas por desastres declarándolas como sujetos de especial protección constitucional³⁷ y ha ordenado a las autoridades locales competentes otorgarles viviendas, reubicaciones y kits de asistencia humanitaria. Incluso ha dicho que las personas desplazadas por desastres naturales deben tener preferencia en el acceso a subsidios de vivienda.³⁸

Como se ve, la Corte ha dado algunos pasos en la inclusión de un enfoque de derechos en la atención a los desplazados ambientales, sobre todo del derecho a una vivienda digna. Sin embargo, aún persisten muchos vacíos en la atención a estas personas. La idea de la solidaridad es importante pero insuficiente, pues esta no reconoce con suficiente contundencia que quienes son afectados por desastres son sujetos de derechos y es obligación del Estado atenderlos.

Después de las emergencias invernales de 2010 y 2011, el Congreso expidió la Ley 1523 de 2012 por medio de la cual adoptó una Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y estableció el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SNGRD). Esta ley, en principio, intenta llenar el vacío legislativo que anotó la Corte en la sentencia T-1492 de 2002. Además, creó

³⁴ Corte Constitucional, sentencias T-1492 de 2002 y T-467 de 2011.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2006.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-1492 de 2002.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-047 de 2011.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2006.

una institución encargada de atender los desastres y de coordinar el SNGD: la Unidad de Gestión del Riesgo de Desastres, adscrita a la Presidencia de la República. La Ley 1523 reorganizó las competencias de las entidades territoriales para la atención de desastres, creó el Consejo Nacional de Gestión del Riesgo, estableció comités nacionales, departamentales y locales para la gestión del riesgo e instauró las figuras de la declaratoria de calamidad pública y desastre, según el nivel administrativo en el que ocurran las amenazas (municipal, departamental o nacional).

En la Ley 1523 se establece la categoría de *damnificado* como el sujeto beneficiario de la atención del Estado ante un desastre ambiental, sin hacer distinciones entre el tipo de afectaciones que los desastres pueden causar sobre las personas y los sujetos étnicos colectivos. En esa medida, la categoría de damnificado abarca tanto a aquel cuyo hogar sufrió daños materiales por el desastre, como a aquel que tuvo que desplazarse a causa del mismo: en últimas, es una categoría genérica que dificulta reconocer la especificidad de la situación del desplazamiento forzado, que no tiene un enfoque derechos humanos y que no implica ninguna consideración especial con grupos vulnerables afectados por desastres como los indígenas y los afrocolombianos. De cualquier manera, esta es la categoría aplicable para los desplazamientos ambientales.

Una limitación importante de la Ley 1523 es que no incluye de manera explícita un enfoque de derechos para la atención a los damnificados por desastres. Entre sus principios se incluye la protección de los derechos colectivos de las personas, el respeto a los derechos sociales y la diversidad cultural. Sin embargo, las medidas concretas de gestión del riesgo que incluye son instrumentos de planificación que deben diseñar las entidades territoriales, mecanismos de financiación y autorizaciones de medidas transitorias para que el Estado pueda reaccionar ante desastres de manera ágil en temas como contratación del Estado, empréstitos, ocupación, adquisición, expropiación, demolición de inmuebles e imposición de servidumbres, administración y destinación de donaciones y otras medidas tendientes a garantizar el regreso a la normalidad, entre otros. Tampoco se desarrollan

condiciones ni parámetros para la reubicación de poblaciones ante desastres. En general, no hay un marco para brindar soluciones duraderas a los damnificados, en general, y a los desplazados, en particular. En ese sentido, aunque la Ley 1523 organiza institucionalmente el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y lo dota de herramientas para gestionar el riesgo de desastres, no incluye un enfoque de derechos humanos en estos procesos.

El SNGRD aún está en mora de demostrar su capacidad de respuesta. El sistema de gestión del riesgo que operó entre 1989 y 2012 fue altamente ineficaz y tuvo un marcado énfasis asistencialista y reactivo ante los desastres. Frente los desastres de mayor impacto, el Gobierno ha optado por declarar el estado de emergencia social y ecológica establecido en la Constitución y expedir normas de excepción para atender las emergencias, tal y como ocurrió en el terremoto de Armenia en 1999 y las olas invernales de 2010 y 2011. La Ley 1523 de 2012 fue un avance en el sentido de crear una política pública y un sistema institucional organizado. Sin embargo, las evaluaciones más recientes revelan que los avances conceptuales sobre gestión del riesgo que incluye la Ley 1523 aún no sido puestos en práctica, ya que los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los municipios y departamentos no han incorporado la gestión del riesgo como un elemento transversal de la gestión territorial (UNGRD 2012; Banco Mundial 2012).³⁹

3.2.2. Algunos casos de desplazamiento por desastres y su impacto sobre poblaciones vulnerables

Algunos informes que han intentado evaluar los impactos de los desastres asociados al fenómeno de la Niña⁴⁰ en Colombia entre

³⁹ Hoy en día el sistema de gestión del riesgo toma como su principal referente internacional el Marco de Acción de Hyogo. De hecho, la institucionalidad del sistema de gestión del riesgo ha producido informes evaluando los progresos logrados en el período 2009-2011 en relación con el Marco de Acción de Hyogo. Sin embargo, la evolución de la legislación sobre gestión del riesgo ha sido

⁴⁰ La Niña es un fenómeno climático extremo que consiste en un enfriamiento anómalo de las aguas del océano Pacífico debido a la interacción de estas con los vientos alisios del norte, lo cual tiene como efecto un enfriamiento del clima y un aumento de la precipitación y la humedad.

1970 y 2012 han concluido que los pobres fueron los más afectados por las emergencias invernales y que las zonas rurales tienden a ser más vulnerables a este tipo de desastres (Corporación OSSO 2013, 2013a). Esto es consistente con otros estudios que han señalado la relación estrecha entre pobreza y bajos niveles de desarrollo humano, por un lado, y riesgo de desastres, por el otro (EIRD Naciones Unidas 2009). Por otra parte, la experiencia internacional en manejo de desastres muestra que las vulnerabilidades y patrones de discriminación que existían de antemano, normalmente se ven exacerbados en situaciones de desastres (IASC 2011: 2). En términos de derechos humanos, las personas vulnerables que son afectadas por estos fenómenos no ven garantizado su derecho a la vida en condiciones de dignidad, lo cual las aumenta aún más su vulnerabilidad. Teniendo en cuenta estos aspectos, es fundamental prestar mayor atención a la situación de las comunidades indígenas y afro de cara a los desastres, ya que dichas comunidades se encuentran en situaciones de pobreza y exclusión extrema en relación con el resto de la población, han sido históricamente discriminadas y sus territorios se encuentran principalmente en las zonas rurales del país (ver Cuadro 1). Según García y Kniveton (2012), el Valle del Cauca, el Eje Cafetero y la Costa Atlántica son regiones con altos niveles de desplazamiento interno y son las más vulnerables a los efectos de los desastres (IDEAM 2010). Asimismo, el Chocó y el Cauca, departamentos de alta población afrocolombiana, están entre los más vulnerables a inundaciones (UNGRD 2012).

Un problema de fondo en el estudio de los desplazamientos por desastres es la ausencia de información. La Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo cuenta con un Registro Único de Damnificados. Sin embargo, esta base de datos sólo incluye a las personas damnificadas por desastres, pero sólo por aquellos causados por la emergencia invernal de 2010-2011. Este fenómeno generó graves afectaciones en casi 900 municipios del país dejando un saldo de más de 4 millones de damnificados. Pero este Registro tiene un doble problema: no sólo se limita a los

Afecta al clima global, pero sobre todo a los países de la vertiente occidental del continente americano.

eventos de la ola invernal de 2010-2011, sino que no especifica el tipo de afectación sufrida por los damnificados registrados.⁴¹ En ese sentido, no existe una cifra consolidada ni confiable sobre cuántos desplazados por desastres existen hoy en Colombia. Parte de los esfuerzos institucionales actuales en materia de gestión del riesgo consisten en el fortalecimiento del sistema de registro y en la depuración de la información oficial sobre desastres (García y Kniveton 2012). Esto es un tema clave, ya que la ausencia de un registro o la dificultad de ingresar a él, tiende a ser una limitante para la atención.

Cuadro 1. Casos sobre desplazamiento forzado de grupos vulnerables a causa de desastres ambientales en Colombia.

En la literatura sobre gestión del riesgo se suelen destacar las cifras de damnificados de los grandes desastres en la historia del país, como el tsunami de Tumaco en 1970, la avalancha de Armero en 1985, el terremoto de Popayán en 1983, el sismo de Paéz en 1994 y el terremoto de Armenia en 1999. Pero en la medida en que no conocemos una cifra oficial y total a la fecha actual de desplazados por desastres, no es posible conocer la dimensión real del problema del desplazamiento. De lo que sí hay evidencia es de la especial afectación que los desastres producen en las zonas rurales y en las poblaciones pobres, vulnerables e históricamente discriminadas. Por esa razón, vale la pena reseñar algunos ejemplos de desplazamientos de poblaciones vulnerables causados por desastres ambientales.

El primer caso es el de las comunidades indígenas Nasa de los municipios de Paez e Inzá en el departamento del Cauca, los cuales limitan con el departamento del Huila en la parte del volcán Nevado del Huila. Este volcán está en la cordillera central de los Andes colombianos y tiene 5750 m de altitud. Además tiene uno de los más grandes casquetes glaciares del país. En marzo de 2007 se presentó actividad volcánica, la cual se tradujo en avalanchas de piedras, lodo, vegetación y hasta ganados vacuno. Las comunidades afectadas fueron las de de Belalcázar en Paez y varias familias de municipio de Inzá. Muchas de estas familias tuvieron que desplazarse, pues la avalancha destruyó sus cultivos de papa y cebolla y afectó sus viviendas gravemente. A finales de 2008 hubo una erupción explosiva de casi 30 m de altura. En 2009 hubo una emisión constante de cenizas desde el volcán. Esta lluvia de cenizas se extendió por 17 ciudades del sur del país. No obstante, las comunidades de los municipios de Paez e Inzá, debido a su cercanía con el volcán, fueron las más afectadas. Decenas de familias se desplazaron a otros municipios del Cauca como Toribío a causa de estas actividades volcánicas. Algunos habitantes locales reportan que en los meses posteriores a las actividades volcánicas de 2008 y 2009, las lluvias en la zona se acidificaron afectando

⁴¹ El registro especifica el número de viviendas afectadas, pero es claro que una afectación a la vivienda no implica *per se* un desplazamiento forzoso.

la salud y los cultivos de los indígenas.

El segundo caso es el de los indígenas Nasa de los municipios de Silvia, Paez e Inzá que viven en las riberas del río Paez. En los últimos veinte años este río se ha desbordado en numerosas ocasiones, produciendo afectaciones graves a las comunidades que viven en sus riberas. En 1994 una avalancha producida por el río causó la muerte de casi 2.000 indígenas. De igual forma, desde las montañas adyacentes también se producen derrumbes que han causado daños materiales, lesiones y muertes a indígenas de la zona. Tanto los desbordamientos del río como las avalanchas están asociados en la actividad volcánica del volcán Nevado del Huila. De ahí que muchas familias hayan optado por dejar su vivienda y desplazarse. Algunos se han reubicado en otros municipios, otros han retornado. No obstante, no han recibido acompañamiento institucional suficiente para ver sus derechos humanos protegidos.⁴²

El tercer caso es la de las comunidades afrodescendientes que viven en construcciones palafíticas en la Costa Pacífica colombiana. De acuerdo con una investigación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles (2008), las poblaciones negras de los municipios de Buenaventura en el Valle del Cauca y Tumaco en Nariño, se encuentran en alto riesgo de sufrir desastres hidrometeorológicos, dado que buena parte de ellas viven en casas palafíticas informales construidas sobre las costas marinas. Estas construcciones no son sismo-resistentes ni tampoco cuentan con las condiciones adecuadas para la provisión de agua potable ni de gestión de residuos sólidos, por lo cual las personas que habitan en ellas. Por esta razón, las comunidades que viven en ellas son altamente vulnerables a verse seriamente afectados por potenciales desastres como sismos o tsunamis (como el que ocurrió en Tumaco en 1979). Una parte de los pobladores de estas construcciones se han asentado allí debido a la situación de pobreza extrema en la que viven. Otras han llegado como desplazadas por la violencia de otras partes de la Costa Pacífica y del país. Hasta el momento no ha habido una respuesta satisfactoria para esta situación.

Así pues, la inclusión de un enfoque de derechos humanos en el sistema de gestión de riesgo de desastres es una tarea que se ha desarrollado a pasos lentos en los últimos veinte años. La Corte Constitucional ha hecho algunos avances, sobre todo en materia del derecho a la vivienda digna, pero aún se requiere un marco institucional y legal especializado que se tome en serio el enfoque de derechos para los desplazados ambientales.

La Ley 1523 de 2012 fijó una política nacional de gestión del riesgo de desastres y estableció el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, pero esta norma no reconoce la especificidad del fenómeno del desplazamiento forzado y no está permeada por una visión de derechos humanos en la atención a desastres

⁴² La información de los dos primeros casos fue obtenida a través de entrevistas a dos pobladores indígenas del municipio de Paez en marzo de 2013.

ambientales. Estas deficiencias legales e institucionales se traducen que la ausencia de una protección real y efectiva de los derechos de los desplazados ambientales, lo cual afecta de manera especial y desproporcionada a poblaciones vulnerables como los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas.

4. DISCUSIÓN DE ALTERNATIVAS Y CONCLUSIONES

La evidencia muestra que el riesgo de desastres en Colombia está aumentando no sólo debido a factores externos como el cambio climático, sino también a causa de una inadecuada gestión territorial, sectorial y privada que se ha traducido en asentamientos y en construcción de vivienda e infraestructura en zonas de riesgo no mitigable.

Si bien los desastres asociados al cambio climático -sobre todo los de tipo hidrometeorológico- han venido aumentando, la alta vulnerabilidad a desastres en el país proviene sobre todo de una inadecuada gestión y ocupación del territorio, la cual se manifiesta en procesos como la urbanización en zonas de riesgo y la degradación de bosques y cuencas hidrográficas. Esta importancia creciente de los desastres contrasta con la poca atención que se les presta en la agenda pública.

Una de las consecuencias de este desinterés en los desastres es la falta de una protección efectiva para las personas y grupos desplazadas por estos fenómenos.

Esto es preocupante teniendo en cuenta la tendencia creciente de desastres ambientales en un contexto de cambio climático y de expansión de industrias extractivas y proyectos de desarrollo y considerando también que existe evidencia de que en los últimos años los desastres han aumentado y seguirán aumentando. El lugar preeminente que ocupa en la agenda pública el conflicto armado interno y sus efectos sobre las personas ha relegado el tema de los desplazamientos por desastres ambientales a un lugar marginal y secundario al que sólo se mira cuando ocurre algún desastre de gran magnitud. Los derechos humanos de estas personas no parecen ser una prioridad para el Estado colombiano.

Pero esto no quiere decir que estas personas estén desamparadas. El sistema de gestión del riesgo es el encargado de proteger a los damnificados por desastres en general, incluyendo aquellos que migran forzosamente. Sin embargo, esta normatividad interna se ha desarrollado de manera reactiva, asistencialista y con poca sensibilidad frente a los derechos

humanos, sobre todo de aquellas poblaciones más vulnerables. En varios fallos la Corte Constitucional ha intentado suplir estas deficiencias señalando el deber especial de protección del Estado frente a los damnificados por desastres y amparando algunos de sus derechos humanos en casos concretos, en especial la vivienda digna. De cualquier forma, el problema persiste: el sistema de gestión del riesgo no incluye una perspectiva de derechos humanos para la atención de los desplazados ambientales de acuerdo con los estándares internacionales aplicables en la materia.

La pregunta que queda sobre la mesa entonces es cuál puede ser la mejor forma de garantizar los derechos humanos de los desplazados ambientales. Al menos en teoría y a nivel de documentos e informes, los desarrollos del derecho internacional de la reducción de desastres y del derecho internacional de los desplazados impulsados desde las agencias de Naciones Unidas encargadas de ese tema han tendido hacia la alternativa que propende por la inclusión de esta población en el régimen de atención al desplazamiento forzado interno.⁴³ Los Principios Deng, los Principios Pinheiro y el Marco de Acción de Soluciones Duraderas, serían el marco jurídico suficiente para hacer frente a esta problemática, tal y como se ha hecho en la Unión Africana. Esta también ha sido la posición del Representante del Secretario General y del Relator Especial sobre los derechos de los desplazados internos.⁴⁴

Pero esta alternativa parece problemática en el contexto colombiano, principalmente por la ineficacia y la sobrecarga del sistema de atención a los desplazados por la violencia, que ha sido ampliamente documentada y constatada por la justicia constitucional.⁴⁵ Incluir a los desplazados ambientales en este sistema podría derivar en el colapso del mismo, ya que si éste no ha sido capaz de atender eficazmente a los desplazados por el

⁴³ No hay que perder de vista, en todo caso, que la mayoría de los instrumentos internacionales sobre desplazados y desastres son de *soft law* y por ello la responsabilidad en estos temas recae principalmente sobre los Estados a nivel interno.

⁴⁴ Pese a que estas agencias han movilizado estas propuestas, falta un largo trecho para que los Estados las adopten.

⁴⁵ Ver Rodríguez y Rodríguez (2010), Rodríguez (2010) y sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional.

conflicto, difícilmente podría acoger de forma adecuada una nueva población desplazada. Otra opción más sensata, como lo señalan el Marco de Acción de Hyogo y los Principios Nansen, es diseñar una política pública, una normatividad y una institucionalidad especialmente dedicada al desplazamiento por desastres, con consideración especial de las necesidades y particularidades de las personas en dicha situación. Esta última opción parece plausible, sencilla, menos costosa y además tiene el respaldo jurídico de la normatividad internacional sobre desplazamiento forzado –la cual hace parte del bloque de constitucionalidad–, así como de las normas internacionales sobre reducción de desastres.

Sin embargo, una limitación de centrar el debate en la categoría de desplazado interno puede ser que pase lo mismo que según Sánchez (2009) ocurre en el régimen de protección de desplazados internos por la violencia y es que al inspirarse en el modelo internacional de Naciones Unidas, es un esquema que está principalmente orientado a contener a los desplazados internos en las fronteras nacionales para que los conflictos armados internos no se desborden, más que a aliviar el sufrimiento de las personas que se desplazan o a atender realmente las causas de los éxodos forzados. En el caso de los desastres, tomarse en serio la ampliación de la categoría de desplazados internos podría generar el efecto paralizante de poner los reflectores en las consecuencias de los desastres –o al menos en una de ellas: la migración forzada de personas– más no en sus causas, lo cual ha sido justamente uno de los problemas históricos de la gestión del riesgo, y en general, de la gestión ambiental en Colombia. Entre estas causas está la inadecuada planificación y ocupación territorial y la falta de políticas de adaptación al cambio climático.

En efecto, un riesgo de insistir en la utilidad de la categoría de desplazado interno puede ser invisibilizar la responsabilidad humana en los desastres, lo cual es una tendencia frecuente en Colombia. La Ley 1523 de 2012, por ejemplo, considera que los orígenes de un desastre son sólo “eventos naturales o antropogénicos no intencionales”. Otro ejemplo son las declaraciones del Presidente de Colombia, Juan M. Santos tras las emergencias invernales en 2010 y 2011, cuando dijo que “la

maldita Niña” había sido “el karma” de su Gobierno y que “otros flagelos, la guerrilla, el desempleo los vamos venciendo, pero contra esta Niña seguimos combatiendo”. Estas visiones de los desastres tienden a culpar a la naturaleza de los mismos y a invisibilizar la responsabilidad humana en su ocurrencia. La idea de La Niña como el adversario que se *combate*, pone los reflectores sobre la supuesta naturaleza cruel que nos azota con sus amenazas, al tiempo que oscurece la responsabilidad humana en el cambio climático y en la inadecuada gestión y planificación del territorio. No hay que olvidar que una amenaza natural sólo se convierte en desastre cuando encuentra condiciones de vulnerabilidad en el territorio y las personas y por ende produce pérdidas y daños de todo tipo alterando el funcionamiento normal de la sociedad. Dicho de otro modo, la naturaleza por sí misma no causa desastres –al menos no la mayoría de las veces–, la mayoría de las veces estos ocurren cuando nosotros no nos adaptamos adecuadamente al territorio y a los fenómenos naturales.

En ese sentido, en el contexto colombiano existe un riesgo en el uso de la categoría de desplazados internos para el caso de los desastres ambientales y es que se fortalezcan las visiones asistencialistas y consecuencialistas de los desastres, las cuales han marcado la tendencia de la gestión del riesgo en Colombia. Este tipo de discursos también dificulta que el desplazamiento causado por desastres se torne en un problema de mayor atención y urgencia para la sociedad.

Otra opción posible es trabajar por incluir el enfoque de derechos en la normatividad sobre gestión del riesgo y fortalecer la capacidad de las autoridades locales de asumir este enfoque (Albujar y Cavelier 2011). Pero esta alternativa tampoco parece sencilla. Primero, porque la gestión del riesgo es un proceso general y complejo que va mucho más allá de la problemática concreta del desplazamiento de personas y que ha estado alejado del discurso de los derechos humanos. Tradicionalmente la gestión del riesgo se ha traducido en adelantar medidas de mitigación del riesgo, tales como obras de ingeniería como jarillones o diques en las riberas de los ríos o barreras de contención en las laderas de las montañas. En Colombia aún queda un trecho largo para

superar las visiones ingenieriles de la gestión del riesgo y para permear este ámbito con el discurso y la práctica de la protección de los derechos humanos.

Segundo, porque la gestión del riesgo implica la puesta en marcha de una serie de instrumentos de planificación y de gestión del territorio que sean sensibles a las posibles amenazas de desastre, que disminuyan la vulnerabilidad de las personas ante los desastres y que trabajen en la creación y fortalecimiento de comunidades resilientes ante estas situaciones. Gestionar el riesgo de desastres implica incluir la variable del riesgo en múltiples instrumentos de ordenamiento territorial y en políticas sectoriales como las de minería y energía, vivienda, infraestructura, ambiente, agua potable, entre otras. Aún falta discutir cómo podría incluirse un enfoque de derechos humanos en un proceso tan complejo sin quedarse solamente en la fase de atención humanitaria. Un comienzo puede ser capacitar a las autoridades locales de acuerdo con los parámetros de las Guías Operacionales del Comité Permanente entre Organismos. De cualquier forma, el sistema de gestión del riesgo puede ser una alternativa para los desplazados ambientales siempre y cuando se asuma una perspectiva de la gestión del riesgo menos reactiva y asistencialista y más cercana a los derechos humanos.

Además de las anteriores consideraciones, cualquiera de las alternativas deberá tener en cuenta que Colombia es el país del mundo con más desplazados internos por la violencia y que el sistema de atención para ellos ha sido débil e ineficaz en la práctica. Esto implica que en muchos casos, existe la posibilidad de que las poblaciones afectadas por desastres también hayan sido también desplazadas por el conflicto armado y la violencia. Este es el caso de las comunidades afrocolombianas de de Buenaventura en la Costa Pacífica o de los municipios de la Depresión Momposina en la Costa Atlántica, zonas en las que coexiste un alto riesgo de desastres con intensas manifestaciones del conflicto armado interno. En la discusión sobre los derechos humanos de los desplazados por desastres es necesario considerar la hipótesis de doble victimización por desplazamiento a causa del conflicto armado.

El debate sobre los desastres ambientales, el desplazamiento forzado y los derechos humanos está sobre la mesa. Se requiere más investigación científica y social para entender mejor este fenómeno desde el punto de vista conceptual y para diseñar mejores respuestas institucionales y legales. Lo que no hay que perder de vista es que los desastres son una realidad creciente, sobre todo aquellos relacionados con el cambio climático, y que buena parte de lo que está en juego, además de nuestra relación con el territorio y la naturaleza, son los derechos humanos de las personas especialmente de las más vulnerables.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS, NURIA, "La normativa jurídica aplicable a los desplazados por causas ambientales", *Ecología Política* 33, 2007.
- ACNUDH, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, A/HRC/10/61 15 de enero de 2009.
- BANCO MUNDIAL, *Análisis de la gestión del riesgo de desastres en Colombia: un aporte para la construcción de políticas públicas*. Bogotá: Banco Mundial – Global Facility for Disaster Reduction and Recovery-GFDRR, 2012.
- BELLO, MARTHA NUBIA, "El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social". Ponencia presentada en la conferencia regional "Globalización, migración y derechos humanos". Convocado por la Universidad Andina Simón Bolívar – Quito, Septiembre 2003.
- CODHES, *Boletín informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento*, Número 79, Bogotá, CODHES, 2012.
- COHEN, ROBERTA, "El vacío institucional para los desplazados internos por desastres naturales", *Revista Migraciones Forzadas* No 32, 2009.
- CORPORACIÓN OSSO, *La ruralidad, la fragilidad urbana y el fenómeno La Niña en Colombia, 1970-2011*, Ginebra: UNISDR – GAR, 2013.
- CORPORACIÓN OSSO, *Contribución al análisis de riesgos en el sector rural: el caso de Colombia y la "Ola invernal"*, Ginebra: UNISDR – GAR, 2013a.

- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos*. Bogotá: DNP, 2010.
- DUN, OLIVIA Y FRANÇOIS GEMENNE, "Definir la migración por motivos ambientales", *Revista Migraciones Forzadas* 38, 2008.
- ELLSWORTH, WILLIAM, "Injection-Induced Earthquakes", *Science* 12 July 2013: Vol. 341 no. 6142, 2013.
- ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE NACIONES UNIDAS, *Informe de evaluación global sobre la reducción del riesgo de desastres 2009. Riesgo y pobreza en un clima cambiante Invertir hoy para un mañana más seguro*, EIRD - Naciones Unidas, 2009.
- ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE NACIONES UNIDAS, *Informe de evaluación global sobre la reducción del riesgo de desastres 2011. Revelar el riesgo, replantear el desarrollo*, EIRD - Naciones Unidas, 2011-
- ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE NACIONES UNIDAS, *Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction 2013. From Shared Risk to Shared Value: The Business Case for Disaster Risk Reduction*. EIRD - Naciones Unidas, 2013.
- GARCÍA, JASON Y DOMINIC KNIVETON, "Impactos del cambio climático y evidencia de migraciones en Colombia", *Diálogo Migrantes* 8, 34-46, 2012.
- GONZÁLEZ, M. Y A. ALFARO, "El desplazamiento interno detonante de la vulnerabilidad ante amenazas naturales en Barrancabermeja - Colombia", *Segundo Congreso de Ingeniería Sísmica*, Madrid, 2001.
- GÓMEZ, OSCAR, *Migraciones, desastres naturales y cambio climático*, Bogotá: Fundación Nueva Esperanza. 2011.
- GUTERRES, ANTONIO. *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, *Revista Nueva Esperanza*, noviembre de 2012.
- IASC, *Directrices operacionales del IASC Sobre la protección de las personas En situaciones de desastres naturales*, Proyecto Brookings - Bern sobre desplazamiento forzado, 2011.
- IDMC - INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE & NRC - NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL, *Global estimates 2011. People displaced by natural hazard-induced disasters*, IDMC-Norwegian Refugee Council, 2011, Disponible en <http://www.internal-displacement.org>
- IDMC INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE, *Global Overview 2011. People internally displaced by conflict and*

- violence*, IDMC-Norwegian Refugee Council, 2012, disponible en <http://www.internal-displacement.org>
- IBÁÑEZ, ANA MARÍA, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno hacia la pobreza*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2008.
- IDEAM, *Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. Junio de 2010, Bogotá, Colombia - Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM, 2010.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM), *People on the move in a changing climate: a bibliography*, IOM-UNINE, 2012.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM), *Climate Change and Migration: Improving Methodologies to Estimate Flows*, IOM Migration Research Series. No.33, 2008.
- KÄLIN, WALTER, *Displacement Caused by the Effects of Climate Change: Who Will Be Affected and What Are the Gaps in the Normative Framework for Their Protection?* Brookings: United Nations Inter-Agency Standing Committee Group on Climate Change Paper, October 10, 2008.
- KOLMANNSSKOG, VIKRAM Y LISETTA TREBBI, “Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento: un enfoque múltiple para resolver las brechas de protección”, *International Review of the Red Cross* No 879, 2010.
- LECKIE, SCOTT, “Implicaciones sobre los derechos humanos”, *Revista Migraciones Forzadas* 38, 2008.
- LEMAITRE RIPOLL, JULIETA (Comp.), *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio*, Bogotá: Colección CIJUS- Universidad de los Andes, 2010.
- NACIONES UNIDAS, A/HRC/66/285 *Informe del Relator Especial sobre los desplazados internos*, Sr. Chaloka Beyani, presentado al Consejo de Derechos Humanos, 2010
- NACIONES UNIDAS, E/CN.4/2002/95 *Informe del Representante del Secretario General sobre los desplazados internos*, Sr. Francis M. Deng, presentado de conformidad con la resolución 2001/54 de la Comisión de Derechos Humanos, 16 de enero de 2002.
- NACIONES UNIDAS A/HRC/13/21 *Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos*, Sr. Walter Kälin, 5 de enero de 2010
- REYES, ALEJANDRO, *Guerreros y campesinos. El despojo de la tierra en Colombia*, Bogotá: Norma, 2009.

- REYES, ALEJANDRO, *El problema territorial del desplazamiento forzoso*. Anexo III al Informe de la Consulta Permanente sobre Desplazamiento Interno en las Américas – CPDIA, Bogotá, 1997.
- PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES, *Amenaza de desastres. Construcciones palafíticas sobre bienes de uso público*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, 2008.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR Y DIANA RODRÍGUEZ, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Dejusticia, 2010.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR (DIR.), NATALIA ORDUZ, SEBASTIÁN RUBIANO ET AL, *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional*, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2010.
- SÁNCHEZ, BEATRIZ Y RENÉ URUEÑA, “Human Rights, Forced Displacement and Economic Development in Colombia: Consideration on the impact of International law on Domestic Policy”, Paper presentado en la Conferencia SELA 2013.
- SÁNCHEZ, BEATRIZ, “Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del *soft law* para la gestión del desplazamiento forzado”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 35, 2009.
- TERMINSKI, BOGUMIL, “Towards Recognition and Protection of Forced Environmental Migrants in the Public International Law: Refugee or IDPs Umbrella?”, Policy Studies Organization (PSO) Summit, December 2011, University of Warsaw, December 1, 2011.
- UNHCR, *Desplazamiento en Colombia*, disponible en <http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/>
- UNHCR, *Tendencias Globales 2010*, 2011, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7557>
- UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS (UNOCHA) & INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE (IDMC), *Monitoring disaster displacement in the context of climate change*, UNOCHA-IDMD-Norwegian Refugee Council, 2009.
- UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, *Líneas estratégicas y avances en priorización de zonas de intervención*, Bogotá: UNGRD, 2012.

- VARGAS, JORGE, *Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales y socio-naturales*, Santiago de Chile: CEPAL, 2002.
- VAN DER ELST, NICHOLAS, HEATHER M. SAVAGE, KATIE M. KERANEN Y GEOFFREY A. ABERS, "Enhanced Remote Earthquake Triggering at Fluid-Injection Sites in the Midwestern United States", *Science* 12 July 2013: Vol. 341 no. 6142 pp. 164-167, 2013.
- VIDAL LÓPEZ, ROBERTO, *Derecho global y desplazamiento interno. La creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007.
- WILCHES-CHAUX, GUSTAVO, "La salud afectiva, emocional y cultural en los desastres. Blog Aguaceros y Goteras", Bogotá, 2011, Disponible en web en: <http://enosaquiwilches.blogspot.com/2011/06/la-salud-afectiva-emocional-y-cultural.html>
- WORLD WATCH INSTITUTE, *Natural Catastrophes in 2012 Dominated by U.S. Weather Extremes*, 2012.

6. JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1492 de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-585 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-743 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia de Colombia, Auto 004 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia de Colombia, Auto 005 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-047 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-467 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-280 de 2013.

7. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Corte IDH, Caso de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005.
- Corte IDH, Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006.
- CIDH, comunicado de prensa 115 de 2010 sobre desplazados en Haití.
- STEDH, Caso Budayeva & Otros v. Russia, 8 de marzo de 2008.

¿QUÉ ES LA RED DHES?

La Red DHES es una red de 10 Universidades - latinoamericanas y europeas- creada para la mejora de la calidad, pertinencia y accesibilidad de la educación superior en América Latina en materia de derechos humanos (DDHH). Nuestra filosofía es trabajar por la consolidación de los derechos humanos en, desde y para las Universidades, como centros de formación de pensamiento que deberían proyectar el mismo a las sociedades en que se ubican.

Trabajamos para formar licenciados concienciados en la defensa y promoción de los DDHH, competentes para desarrollar políticas públicas y mecanismos de protección y de promoción de los DDHH. Además, con el objetivo último de trabajar para la cohesión social en las sociedades que albergan nuestros centros de estudios, prestamos especial atención a la cuestión del acceso y permanencia de los grupos vulnerables en la educación superior. Los tres ejes materiales de nuestro trabajo son: la protección multinivel de los derechos humanos, los derechos humanos de los grupos vulnerables y las políticas públicas en clave de DDHH.

Las Universidades socias de la red son:

Universitat Pompeu Fabra (España)
Universidade Federal do Pará (Brasil)
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho (Bolivia)
Universidade de Brasilia (Brasil)
Universidad Austral de Chile
Universidad de los Andes (Colombia)
Universidad Técnica de Ambato (Ecuador)
Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Francia)
Universidad Carlos III de Madrid (España)



www.upf.edu/dhes-alfa/es