



# dhes

RED DERECHOS HUMANOS  
Y EDUCACIÓN SUPERIOR

## DERECHOS HUMANOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES

GUÍA DE PRÁCTICAS

Programa financiado por  
la Comisión Europea



Programa coordinado por



Universitat  
Pompeu Fabra  
Barcelona



Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Guía de prácticas  
© 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: 978-84-697-0067-9



# **DERECHOS HUMANOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES**

## **Guía de prácticas**

### **Coordinadores**

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



## BREVE RESEÑA CURRICULAR DE LOS AUTORES

**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. Master 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 posgrado 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 Assessoria 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<sup>a</sup> 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 postrado 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: Coordinadora General del Rectorado, Directora del Departamento de Evaluación y Acreditación, Directora del Departamento de Relaciones Internacionales. Evaluadora Externa. Siendo reconocida por su labor investigativa (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).

**Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ.** Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y por la Università degli Studi di Pisa (2003) con una tesis titulada “Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional” (Tirant Lo Blanch, 2004). Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid, donde ha desarrollado su actividad docente desde el año 2000, en la actualidad presta servicios como Letrada en el Tribunal Constitucional de España. Sus líneas de investigación se centran en el estudio de las relaciones interordinamentales (sistema de fuentes), los derechos sociales, el estatuto jurídico de los inmigrantes y el Tribunal Constitucional.

**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).

**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 principios indígenas, problemas constitucionales, Comunidad Andina, derecho a la libre determinación, 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).

**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 ..... 11

### **I. Derechos humanos de los niños y adolescentes ..... 19**

1. Los derechos humanos de los menores. Aproximación general y  
Perspectiva internacional de los mecanismos de protección ..... 21  
*Itziar Gómez, Universidad Carlos III de Madrid*
2. La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el  
Sistema Interamericano de Derechos Humanos ..... 39  
*Karlos Castilla, Universitat Pompeu Fabra*

### **II. Derechos humanos de las personas con discapacidad ..... 47**

3. Direitos das pessoas com deficiência: o contexto universal ..... 49  
*George Rodrigo Bandeira Galindo. Universidade de Brasília*
4. La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano.  
Principales regulaciones y estándares post-convención ..... 61  
*Renata Bregaglio Lazarte. Pontificia Universidad Católica de Perú*

### **III. Género y derechos humanos ..... 67**

5. Sistema internacional de protección de los derechos humanos de las  
mujeres ..... 69  
*Yolanda Gómez, Universidad Carlos III de Madrid*
6. La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional  
americano ..... 79  
*Yanira Zuñiga, Universidad Austral de Chile.*

### **IV. Derechos humanos de los pueblos originarios y afrodescendientes ..... 91**

7. El sistema internacional de derechos humanos y los pueblos indígenas ..... 93  
*Julian Burger, University of Essex*
8. Movimentos, povos & cidadanias indígenas: inscrições constitucionais e  
direitos étnicos na América Latina ..... 99  
*Jane Felipe Beltrão y Assis da Costa Oliveira, Universidade Federal do Pará*
9. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en

materia de pueblos indígenas y tribales.....119

*Rosmerlin Estupiñan Silva, Universidad Paris 1 Panteón Sorbona.*

**V. Derechos humanos y diversidad sexual ..... 141**

10. La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e  
identidad sexual en el ámbito internacional.....143

*Ascensión Elvira Perales, Universidad Carlos III de Madrid*

11. Direitos humanos e diversidade sexual no Sistema Interamericano  
de Proteção dos Direitos Humanos .....151

*Cristina Figueiredo Terezo, Universidade Federal do Pará*

**VI. Anexo: estudios de caso ..... 157**

12. La protección del derecho al agua de los pueblos indígenas en el  
sistema interamericano de derechos humanos .....159

*Nataly Viviana Vargas Gamboa y Shirley Gamboa Alba, Universidad  
Autónoma Juan Misael Saracho*

## PRÓLOGO

El documento que el docente, o el discente, tienen entre sus manos está destinado a facilitar una aproximación práctica a un conjunto de contenidos vinculados al estudio de los derechos humanos de los grupos vulnerables. Esta guía didáctica de trabajos prácticos completa los contenidos teóricos que recoge el manual titulado “Derechos Humanos de los grupos vulnerables”, publicados por esta misma editorial y elaborado dentro del mismo programa de trabajo, el desarrollado por la RedDHES.

En el prólogo al manual el Comité Científico ya ponía de manifiesto el alcance de la expresión “derechos humanos de los grupos vulnerables” que se articula como eje temático del manual y de esta guía. Para nosotros la vulnerabilidad no habla de debilidades, sino de empoderamiento y de igualdad. Los grupos que hemos identificado como vulnerables (mujer, niños y adolescentes, personas con capacidades diversas, poblaciones tradicionales, indígenas, afrodescendientes y LGTB) están integrados por personas, perfectamente identificables en su individualidad, que se encuentran en una situación de desigualdad material respecto de la mayoría (legisladora, gobernante, juzgadora) dominante. Hablamos pues de “minorías” en sentido no numérico, que se hayan en situación de desigualdad por razón de una característica que las identifica como integrantes del grupo, y que las hace sufrir, con especial virulencia ataques a sus derechos individuales, a sus derechos humanos, ataques que vienen, ante todo, de su posición “desigual”, en el seno de nuestras sociedades. Ahora bien, la identificación como grupos vulnerables las coloca en el “foco” de nuestro interés. En torno a los problemas que experimenta el disfrute de sus derechos detenemos nuestras reflexiones, porque consideramos imprescindible, para garantizar el oportuno disfrute “universal” de los derechos humanos, trabajar en la erradicación de la desigualdad material, trabajar en el empoderamiento de estos grupos, y de los individuos que los integran.

En este contexto, ¿por qué una guía de prácticas, o de trabajos prácticos?

La respuesta a esta cuestión es más compleja de lo que pudiera parecer y parte de un diagnóstico negativo de la enseñanza que tradicionalmente se imparte en nuestras Facultades, en nuestras Universidades. La Universidad desempeña una función social como transmisora de conocimientos, y esa función, en su dimensión pedagógica, exige que la transmisión del conocimiento sea eficaz y adaptada a las exigencias de la sociedad en que los estudiantes deberán desempeñarse como profesionales.

Para los miembros del proyecto RedDHES, la eficaz transmisión de los conocimientos en materia de derechos humanos, eje temático fundamental en torno al cual se articula nuestro trabajo, pasa porque el profesor se convierta en guía del alumno, porque no se limite a exponer una materia en la que se acumulen una serie de conocimientos teóricos, porque interese al estudiante en la investigación personal y porque le muestre como, los conocimientos teóricos que le traslada, sirven para resolver problemas reales. Problemas que, en el caso que nos ocupa, el de los derechos humanos, son particularmente sangrantes y complejos.

Junto a lo anterior, nos preocupa que los alumnos puedan responder a las necesidades sociales, a las demandas de las administraciones, de las organizaciones internacionales, de las organizaciones no gubernamentales, etc... desde un conocimiento sólido y profundo, pero al mismo tiempo capaz de plantearse y resolver problemas reales. De nada "nos sirven" los titulados universitarios cuya inserción laboral o colaborativa en el tercer sector resulta complicada porque la formación recibida no se adapta a las demandas sociales. La adaptación exige que se posean conocimientos prácticos y especializados, conocimientos instrumentales, habilidades de expresión oral y escrita, competencias participativas (toma de decisiones, capacidad para el liderazgo, asunción de responsabilidades, trabajo en equipo, rigor en el trabajo, etc.), capacidades de planificación, coordinación, organización, negociación y de resolución de problemas.

No obstante lo dicho, constatamos que la enseñanza universitaria en general, y también, en la mayor parte de los

casos, la enseñanza de los derechos humanos, responde a un método de enseñanza poco adaptado a las necesidades descritas.

Y es que impera un modo de enseñanza escolástico basado en las lecciones magistrales, que resultan ser escasamente prácticas. Además, la enseñanza jurídica en materia de derechos humanos incide en la exposición –en ocasiones acrítica– del derecho positivo, acudiendo muy poco a conceptos o disciplinas extrajurídicas para facilitar la comprensión de los conceptos e instituciones jurídicas, de naturaleza en general altamente abstracta y difícilmente aprehensible. Si este problema lo es en general de las enseñanzas jurídicas, es particularmente grave cuando se trata de la enseñanza en materia de derechos humanos, ámbito en que la psicología, antropología, ciencia política y derecho han de ir necesariamente de la mano. Resumiendo, la metodología pedagógica relacionada con las disciplinas jurídicas tiende a ser memorística, dogmática, anclada en el método de la clase magistral, y centrada en una evaluación puntual y única basada normalmente en uno o dos exámenes finales sobre un manual, sin dimensión práctica notable y con poca o ninguna incidencia en el desarrollo de habilidades o capacidades cognitivas, interpersonales, axiológicas, etc.

Por estas razones creemos necesario buscar métodos de transmisión del conocimiento que superen la concepción memorística y la aproximación dogmática, y que tiendan a problematizar el conocimiento y a mostrar como no hay respuestas únicas a ninguna cuestión, mucho menos si de afrontar la lesión de un derecho se trata, siendo la pretensión final buscar la reparación de ese derecho. Es necesario, pues, hacer hincapié en la adquisición de técnicas, de métodos, de procedimientos de asimilación de contenidos nuevos, mucho más que en la perfecta y completa asimilación de esos contenidos. Y por todo lo anterior es preciso potenciar las enseñanzas basadas en la práctica, con nuevos planteamientos y nuevas técnicas pedagógicas que deberán pivotar principalmente sobre una diametral inversión de la perspectiva, de tal modo que frente al protagonismo hasta ahora asumido por el profesor, toda la arquitectura docente tendrá que

girar en torno a la figura del alumno y a la necesidad de incrementar la racionalidad y la eficacia de su aprendizaje.

A todas las cuestiones que acabamos de describir responde la elaboración de la guía de enseñanza práctica que el lector tiene entre sus manos. Esta guía sigue esencialmente el mismo índice que el manual sobre "Derechos Humanos de los grupos vulnerables", cuya lectura es muy conveniente para el mejor aprovechamiento de los recursos didácticos aquí contenidos.

Cada uno de los temas que integran esta guía se organiza siguiendo el mismo esquema básico, si bien en algunos de ellos se contienen todos los apartados a que haremos referencia y en otros se ha eliminado alguno por decisión de su autor. La estructura básica, respecto de cada tema es la siguiente

**1.- Lectura doctrinal.** En este apartado se recomienda la lectura de uno o más artículos doctrinales que, o bien el redactor del capítulo considera particularmente didácticos, o bien son recomendables por su fácil acceso a todos los posibles alumnos, o bien se trata de un trabajo básico respecto de algún concepto cuyo conocimiento se considera fundamental. Tras la lectura de los textos sugeridos se puede proponer la realización de un comentario de texto jurídico sobre el tema, como modalidad de práctica basada en la exégesis de textos doctrinales, o se pueden plantear preguntas que conduzcan a la reflexión crítica del alumno sobre los contenidos del trabajo doctrinal.

**2.- Lectura jurisprudencial.** En este apartado se propone la lectura de una o varias sentencias, o pronunciamientos de otro tipo, de órganos jurisdiccionales, consultivos o de monitoreo de derechos humanos. Preferiblemente se tratará de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el interés que presenta esta Corte Regional para el Sistema Interamericano de derechos humanos. Respecto de los pronunciamientos, en algunos casos se plantea sencillamente su lectura para realizar un comentario de la misma, pero en la mayoría de los temas, se acompañan a la identificación de las resoluciones escogidas preguntas concretas que los alumnos deberán resolver a la luz de su lectura

**3.- Supuesto práctico.** En este caso el redactor del capítulo plantea un supuesto problemático, real o imaginado, colocando al alumno en la tesitura de hallar solución al problema planteado, bien a través de la elaboración de un dictamen, de la respuesta de un número determinado de preguntas o de la elaboración de algún pronunciamiento jurisdiccional (auto, sentencia).

**4.- Otros ejercicios.** En la mayor parte de los capítulos, el redactor ha estimado oportuno proponer la realización de otro tipo de actividades, que incorporamos en este apartado. Puede tratarse del visionado de un vídeo, la lectura de documentos periodísticos, la realización de un debate, o la elaboración de una pequeña investigación. La realización de estas actividades garantiza la activación de competencias que no se trabajan en los otros apartados: comunicativas, evaluadoras, de dirección de equipos, investigadoras, etc...

**5.- Fuentes de información.** Por último se orienta a los alumnos sobre las fuentes a las que pueden acudir para resolver las prácticas o a las que pueden acudir para documentarse sobre el tema en cuestión. Así se citaran fundamentalmente documentos de bibliografía complementaria, referencias a bibliotecas virtuales y alusiones a páginas institucionales relevantes.

Un buen aprovechamiento de la guía de prácticas logrará de los alumnos el desarrollo de habilidades más allá de la memorística, la aproximación problemática a la asignatura, la mejora en los resultados y la posibilidad de ir modificando sus estándares de autoexigencia, así como el desarrollo de la capacidad de conexión conceptual entre distintas disciplinas y bloque temáticos. Por su parte tampoco son desdeñables las ventajas para el profesor que recurra a esta herramienta metodológica. Confiamos en que este encuentre un interés renovado por la materia, logre, a través del uso de la guía, una mejor y mayor comunicación con sus alumnos y alumnas, desarrolle la posibilidad de centrarse en temas que sean de su mayor interés, y por último se beneficie de una cierta flexibilización de los programas que ha de impartir, y que pueden ser abordados también, en su totalidad, desde la perspectiva práctica que aquí proponemos.

Por último, y como ya recordamos en la primera guía de esta colección, la dedicada a la protección multinivel de los derechos humanos, la Guía de Prácticas 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 guías de prácticas.

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 de la guía.

El Comité Científico

*Jane Felipe Beltrão*

*Jose Claudio Monteiro de Brito Filho*

*Itziar Gómez*

*Emilio Pajares*

*Felipe Paredes*

*Yanira Zúñiga*



**I**

**DERECHOS HUMANOS DE LOS  
NIÑOS Y ADOLESCENTES**



# 1

## LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES. APROXIMACIÓN GENERAL Y PERSPECTIVA INTERNACIONAL DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Itziar Gómez Fernández

Universidad Carlos III de Madrid

### 1. LECTURA DOCTRINAL

La finalidad del capítulo que nos ocupa y que aborda la cuestión de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, es realizar una aproximación a este tema desde una doble perspectiva. Por un lado desde una dimensión teórica y generalista, que nos permita aprehender los conceptos básicos relacionados con la protección de la infancia y la adolescencia desde un análisis de derechos humanos. Por otro lado desde la perspectiva de la aproximación a los mecanismos de protección internacional diseñados para proporcionar una protección integral a los niños, niñas y adolescentes.

Las lecturas doctrinales escogidas abordan la primera de estas dos perspectivas, con la pretensión de que sean analizados algunos conceptos generales de relevancia: la definición del niño como sujeto de derechos humanos desde la mirada del Derecho Internacional Público; la construcción de la noción de derechos del niño desde la idea previa de identificación de las necesidades de los niños y niñas; y la aproximación al interés superior del niño como concepto inspirador de la interpretación holística de los derechos de los niños y las niñas.

1.1

TRINIDAD NÚÑEZ, P.: ¿Qué es un niño? Una visión desde el derecho internacional público, en *Revista española de educación comparada*, ISSN 1137-8654, Nº 9, 2003 (Ejemplar dedicado a: La infancia y sus derechos), págs. 13-48.

Este texto está disponible en acceso *on line* en la dirección [http://www.uned.es/reec/pdfs/09-2003/02\\_trinidad.pdf](http://www.uned.es/reec/pdfs/09-2003/02_trinidad.pdf) (último acceso 8 de julio de 2013)

**Resumen<sup>1</sup>:**

La Comunidad Internacional ha venido mostrando su creciente preocupación por todas las cuestiones que afectan a la infancia y, como consecuencia de ello, se han elaborado numerosos instrumentos jurídicos dirigidos a la protección de los niños y de las niñas. Existen, por tanto, en el ámbito del Derecho internacional numerosas normas que reconocen y protegen derechos específicamente atribuidos a los niños. Aunque los niños son, en cuanto seres humanos, destinatarios de las normas generales de protección de los Derechos Humanos, constituyen un grupo humano que se encuentra en situación de especial desprotección y, quizá por ello, determinados derechos adquieren una dimensión especial cuando afectan a la infancia. Ello ha propiciado que se elaboren normas específicas en relación con los derechos de la infancia, entre las cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas el de 20 de noviembre de 1989.

Así, se hace necesario delimitar de algún modo quiénes constituyen los sujetos de estos derechos. Y, aunque resulta evidente que el mero hecho de ser considerados niños convierte a ciertas personas en destinatarias de normas concretas de protección de derechos humanos, es importante determinar también, con la mayor precisión posible, qué se entiende por niño en el ámbito del Derecho internacional o, por lo menos, en el sector relativo a los Derechos Humanos. La tarea a abordar, por tanto, es averiguar quiénes ostentan la condición de niño para este ordenamiento jurídico.

<sup>1</sup> Elaborado por la autora y contenido en el propio texto del artículo.

**Preguntas:**

1. Responda a una de las cuestiones iniciales que se plantea la autora en este artículo ¿por qué es necesario elaborar normas y disposiciones específicas de protección de la infancia si los niños son, en la medida en que se trata de seres humanos, destinatarios de las normas generales de protección de los Derechos Humanos? para responder a esta pregunta tenga en cuenta las reflexiones que realiza la autora, pero también sus propias reflexiones sobre el tema, cuestionando o confirmando las posiciones defendidas en el texto.
2. ¿Existe una posición unánime relativa a la adquisición de la condición de niño a efectos del derecho internacional? ¿dónde radican las diferencias y las similitudes entre las distintas posiciones? ¿en qué posición se sitúa su Estado? ¿está usted de acuerdo con ella?
3. Presente su opinión sobre la siguiente afirmación contenida en el texto “el establecimiento por los ordenamientos jurídicos de una edad a partir de la que se adquiere la condición de adulto no dejaría de ser un acto «legal» y por tanto, artificial”. La artificiosidad de la definición de la mayoría de edad, en caso de existir realmente ¿puede entrar en conflicto con el respeto a tradiciones culturales o etnográficas diversas? Argumente su respuesta.
4. El artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño remite al derecho interno de los Estados para establecer un límite inferior para la pérdida de la condición de niño, es decir, para establecer el tránsito mínimo a la mayoría de edad. Situados en el derecho interno, los 18 años son la edad más común utilizada por las legislaciones nacionales para marcar el tránsito de la edad infantil a la edad adulta ¿es el caso de su legislación nacional? ¿existe una consideración única de la mayoría de edad en su legislación interna o existen diversas edades para diversos sectores del ordenamiento (por ejemplo mayoría de edad política a los 18 años y mayoría de edad penal a los 16)? ¿qué consideraciones le merece tal opción del legislador nacional? ¿le parece

compatible con lo dispuesto en el ordenamiento internacional?

5. ¿Considera que existen derechos específicamente orientados a la infancia y otros derechos específicamente excluidos de su disfrute por niños y niñas y que ello está justificado, o entiende que no existen o no deberían existir diferencias de naturaleza y disfrute en los derechos humanos “de los niños y las niñas” respecto de aquellos de los adultos?

1.2

ESPINOSA BAYAL, M<sup>a</sup> Á. Y OCHAITA ALDERETE, E.: «Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades», en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, nº 2, 2012, pp. 25-46.

Este texto está disponible en acceso on line en la dirección [http://www.uned.es/reec/pdfs/09-2003/02\\_trinidad.pdf](http://www.uned.es/reec/pdfs/09-2003/02_trinidad.pdf) (último acceso 8 de julio de 2013)

**Resumen<sup>2</sup>:**

El objetivo de este artículo es presentar un resumen del trabajo –teórico y aplicado– sobre necesidades y derechos de la infancia desarrollado por las autoras desde hace ya alrededor de quince años. Se parte de la idea, aceptada por estudiosos de la filosofía del derecho, de que las necesidades humanas y, en consecuencia, también las de los niños y niñas, pueden considerarse el fundamento moral de sus derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. También se pone de manifiesto que, a pesar de que el tema se trata en muchas de las publicaciones sobre los derechos de los niños realizada por UNICEF, Naciones Unidas y diversas ONG de infancia, éstas se refieren a las necesidades como algo obvio que, en ningún caso, se llega a dar a conocer de modo sistemático y operativo.

Las autoras, partiendo de la teoría de las necesidades humanas publicada en 1992 por Doyal y Gough y de los conocimientos aportados por la pediatría y la psicología evolutiva y de la educación, proponen que las necesidades universales para todos los niños, niñas y adolescentes son dos: salud física y autonomía, y las concretan en unas necesidades de segundo orden

<sup>2</sup> Elaborado por las autoras y contenido en el propio texto del artículo.

o satisfactores primarios, también universales. También se plantea el debate entre la necesaria universalidad de derechos y las necesidades y la existencia de satisfactores de origen cultural. El artículo analiza brevemente la manifestación de las necesidades en las diferentes etapas del desarrollo y termina con un análisis del articulado de la Convención desde la perspectiva de las necesidades infantiles.

**Preguntas:**

1. La Convención de Derechos del niño, tal y como se refiere en el texto, hace claras referencias en muchos de sus artículos al derecho que tienen los niños y niñas a ser educados con y en los usos y costumbres culturales. Tras haber leído los documentos que, a este respecto, cita el artículo objeto de estudio, analice cual es el contenido de ese derecho y cuáles son sus límites.
2. En relación con los derechos vinculados a las necesidades de salud física realice un análisis de la carga de derechos-libertad y de la carga de derechos-prestación que tienen los derechos reconocidos a los niños por la Convención Internacional.
3. Dentro de los derechos vinculados a las necesidades de autonomía ¿podría establecer una priorización entre los mismos atendiendo a la intensidad con que el derecho responde a las necesidades descritas? ¿se corresponde esa priorización con la que establece la normativa interna de su estado, en caso de que la misma recoja los derechos apuntados y los priorice?
4. Los derechos de protección de riesgos físicos y psicológicos ¿suponen obligaciones positivas para los Estados? ¿cuáles? ¿podría identificar ejemplos del cumplimiento de esas obligaciones?
5. ¿Podría desarrollar un elenco de necesidades a las cuales responden los derechos contenidos en los arts. 22, 23 y 40 de la Convención que se han definido como satisfactores especiales?

1.3

ZERMATTEN, J. El interés superior del niño: del análisis literal al alcance filosófico. Institut international des droits de l'enfant, 2003.

Este texto está disponible en acceso on line en la dirección [http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) (último acceso 8 de julio de 2013)

Además debe leerse también la *Observación general del Comité de los Derechos del Niño 14 sobre el interés superior del niño* (mayo 2013)

**Resumen:**

El interés mostrado por los niños como objeto de estudio, como sujeto de derechos, como ser humano digno de atención, responde a una noción más bien moderna, nacida en los siglos XVII y XVIII, y consolidada en el siglo XX, que ha visto afirmarse progresivamente el nuevo puesto del niño en la sociedad y el interés por este, hasta el punto de que se han orientado las políticas de educación, de cuidados o incluso económicas (y de marketing) más hacia el niño y sus necesidades, hasta preceder a sus deseos. El punto álgido de ese interés tiene su traducción jurídica en la aprobación de la Convención Internacional de Derechos del Niño, que sitúa a este último como objeto digno de protección jurídica y como sujeto de derechos. Viene a suponer lo anterior la creación de un nuevo estatuto jurídico para los menores, cargado de complejidad, y al que se asocia un nuevo concepto jurídico: "el interés del niño". La importancia de esta noción es que asume una prescripción positiva en relación con los niños: la obligación, para los actores públicos, de asegurar el bien del niño. En el texto que se presenta a examen el autor analiza las distintas dimensiones del "interés del niño" como concepto jurídico, y los problemas asociados a la configuración de esta innovadora noción jurídica.

**Preguntas:**

1. ¿El art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, contempla un derecho subjetivo como tal o un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños? sea cual sea su respuesta a la pregunta anterior explique de qué modo se integraría la garantía del interés superior del

menor que contiene ese precepto en su ordenamiento jurídico interno.

2. La garantía del interés superior del menor ¿ha de estar presente solo en las relaciones de los niños y niñas con la autoridad pública, o puede ser una noción que juegue también su papel en las relaciones del menor con la autoridad privada (relaciones paterno-filiales)?
3. Valore esta afirmación del autor del artículo “El interés superior del niño toma una función nueva: sirve a establecer, en un programa legislativo, lo que es bueno para el niño y lo que no lo es” ¿está de acuerdo con ella?, ¿estima que es posible establecer en una norma o en un programa legislativo una opción política que defienda mejor que otra “el interés superior del niño”, o entiende que ese interés es contingente y sólo los órganos administrativos o judiciales, atendiendo a supuestos concretos, pueden llegar a valorarlo adecuadamente?
4. En la determinación del interés superior del menor ¿qué papel debe darse a la opinión del propio menor? ¿existiría un límite de edad para que esa opinión fuese, en su caso, tenida en cuenta? ¿cómo resolveríamos un conflicto entre el interés del menor defendido por el propio menor y el promovido por sus padres o tutores en caso de que ambos no coincidan?
5. Elabore un listado de diez criterios, ordenados por su relevancia, que podrían servir para objetivar la noción de “interés superior del menor”.

1.4

**Nota sobre bibliografía complementaria:** la importantísima cuestión del interés del menor es tratada también por otros trabajos, citándose a continuación dos que pueden resultar de interés.

NAVAS NAVARRO, S.: “El interés del menor desde una perspectiva comparada”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por Antonio Cabanillas Sánchez) Vol. 1, 2002 (Semblanzas. Derecho civil. Parte general), págs. 689-714

AGUILAR CAVALLO, G.: "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº. 1, 2008. Disponible on line en [http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaan\\_o\\_6\\_1.htm/Elprincipio11.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaan_o_6_1.htm/Elprincipio11.pdf) (último acceso 21 de agosto de 2013)

## 2. LECTURA JURISPRUDENCIAL

La Convención sobre los Derechos del Niño no posee un sistema de garantías jurisdiccionales internacional propio, siendo el monitoreo el mecanismo ordinario de vigilancia de su cumplimiento. No obstante la convención ha sido incorporada a muchos ordenamientos internos, lo que significa que, en función de la forma de incorporación, y de la posición y eficacia de este tratado internacional en los ordenamientos nacionales, podrá, eventualmente ser invocada ante los jueces de cada Estado. Por eso es importante conocer los supuestos en que, los Tribunales internacionales de Derechos Humanos, o las altas cortes nacionales, han protegido, de un modo u otro los derechos de la infancia, bien por conexión de los derechos de los niños con otros derechos humanos o con derechos constitucionalmente reconocidos, o bien porque los titulares de los derechos garantizados por las mencionadas Cortes eran niños. El conocimiento de estos pronunciamientos da muchas pistas a los operadores jurídicos para poder recurrir a los instrumentos internacionales de derechos humanos en defensa de los derechos de los niños en los órdenes jurisdiccionales interno e internacional, y para describir conexiones interesantes entre la Convención Internacional de Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

La Red de Información sobre los Derechos del Niño (cuyas siglas en inglés son CRIN – Child Right International Network) pone a disposición de los usuarios de su página web una base de datos de jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, que contiene decisiones judiciales relacionadas con los derechos de la infancia. Puede consultarse la base de datos en [http://www.crin.org/Law/CRC\\_in\\_Court/index.asp](http://www.crin.org/Law/CRC_in_Court/index.asp) (último acceso el 21 de agosto de 2013).

La actividad que se propone consiste en la lectura y reflexión en torno a diversas decisiones jurisdiccionales o de organismos de seguimiento del cumplimiento de obligaciones internacionales, en las que están en juego la defensa y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Estas decisiones pueden localizarse, para su lectura, en la página web de CRIN antes referenciada, además de encontrarse en las sedes electrónicas de cada uno de los órganos que las pronunciaron.



Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe nº 41/99. Caso 11.491 menores detenidos c. Honduras, de 10 de marzo de 1999.

Se puede consultar el informe completo en <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/Honduras11.491.htm> (último acceso de 21 de agosto de 2013)

El 13 de abril de 1995, la CIDH recibió una denuncia presentada por distintas organizaciones no gubernamentales contra la República de Honduras poniendo de manifiesto la detención ilegal de niños sin hogar y su envío a la cárcel central de Tegucigalpa, un centro de retención de adultos. Esta forma de detención no segregada de los adultos atenta contra los derechos de los niños y, a juicio de quienes interponen la denuncia, contra el art. 122, párrafo 2 de la Constitución de Honduras, que dispone que "no se permitirá el ingreso de un menor de 18 años a una cárcel o presidio", y contra el artículo 37 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que establece que "todo niño privado de libertad estará separado de los adultos". La descripción detallada de los hechos lesivos de los derechos de los niños puede encontrarse en el propio informe. Por lo que hace a la invocación de esos derechos, los peticionarios *"alegan que la integridad física de los niños se encuentra en peligro y que esta situación es contraria a todas las normas internacionales que regulan la detención de menores de edad, entre ellas: los artículos 5, 7, 19 y 29(b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de ahora en adelante la "Convención Americana" o "la Convención"); los artículos 7 y 10(b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 3(1), 19(1) y,*

especialmente, 37 de la Convención de Derechos del Niño; y el artículo 13(4) de las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing)”.

Una vez realizada la lectura completa del informe, por favor, responda razonadamente a las siguientes

**Preguntas:**

1. ¿Qué derechos contenidos en la Convención sobre Derechos de los Niños podrían entenderse vulnerados por los hechos descritos en el informe y elevados a la Comisión Interamericana?

**Orientación para la respuesta:** Véanse los artículos 3, 18, 19, 37 y 40 de la Convención sobre Derechos de los Niños.

2. Establezca las conexiones existentes entre los derechos (y preceptos) a que ha hecho usted referencia en la respuesta anterior y uno o más derechos contenidos en otras convenciones internacionales, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de San José de Costa Rica.

**Orientación para la respuesta:** Véanse los artículos 7, 10, 13 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 3 y 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

3. El informe se detiene particularmente en un concepto que hemos trabajado en el apartado anterior, el interés preferente del menor al que se refiere el art. 3 de la Convención sobre Derechos de los Niños. Explique el contenido que le da el informe a ese concepto.

**Orientación para la respuesta:** No olvide revisar los textos doctrinales apuntados en el primer apartado, y en los que se determinan los contenidos posibles de la noción de interés del menor. La noción que apunta el informe puede identificarse con una de esas nociones. Trate de localizar dicha identificación.

4. ¿Cómo resumiría usted la doctrina de la Comisión Interamericana relativas a la libertad de los menores, y a las correlativas garantías de la privación de libertad?

**Orientación para la respuesta:** Resuma esa doctrina en frases cortas y claras. Imagine que debe presentar esa doctrina en un curso de formación de actores sociales, o en un tríptico informativo: la información debe resultar accesible para cualquier persona, sencilla y al tiempo completa.

5. ¿Existen situaciones parangonables a la descrita en el informe en su país? Descríbalas, en su caso, aportando datos procedentes de informes internacionales, de la prensa, de informes gubernamentales, etc... ¿Sería aplicable a su Estado la doctrina contenida en el informe de la Comisión Interamericana que se ha estudiado? ¿Cómo se conectaría esa doctrina con su normativa interna, particularmente con la normativa constitucional vinculada a los derechos fundamentales?



Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155

Se puede consultar un extracto de la sentencia en <http://www.crin.org/Law/instrument.asp?InstID=1508> (último acceso de 21 de agosto de 2013), y un resumen de la misma en

[http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/vargas\\_areco.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/vargas_areco.pdf)

La versión completa de la decisión de la Corte es accesible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_155\\_es.p.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_es.p.pdf) (último acceso de 21 de agosto de 2013).

El niño Gerardo Vargas Areco fue reclutado para el servicio militar en las fuerzas armadas de Paraguay el 26 de enero de 1989, cuando tenía 15 años de edad. El 30 de diciembre de 1989 el niño, que se encontraba supuestamente arrestado como sanción por no haber regresado a su destacamento a tiempo tras disfrutar de una licencia para visitar a su familia en Navidad, trató de darse a la fuga, según todos los indicios, para huir del destacamento y evitar la sanción a la que se le había sometido. Al ver que el niño se alejaba corriendo, un suboficial le disparó por la espalda, ocasionándole la muerte.

**Tras leer la sentencia en la versión completa de la misma, responda a las siguientes preguntas:**

1. Identifique qué derechos han sido vulnerados en el supuesto de hecho que se analiza y en qué preceptos de los siguientes instrumentos internacionales se tipifican tales derechos.

**Orientación para la respuesta:** Realice el ejercicio siguiendo el modelo que se propone a continuación:

DERECHO	INSTRUMENTO INTERNACIONAL	ARTÍCULO
<b>Derecho a la vida (por ejemplo)</b>	Pacto de San José de Costa Rica	
	Convención sobre los Derechos del Niño	
	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados	
	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	
	Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación	
<b>Derecho a...</b>	Pacto de San José de Costa Rica	
	Convención sobre los Derechos del Niño	
	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados	
	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	
	Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación	

2. Realice un esquema básico con el siguiente contenido:
  - a) Documentos internacionales relativos a la participación de los niños en conflictos armados
  - b) Edad mínima de reclutamiento en virtud de esos documentos

- c) Garantías de respeto de la edad mínima de reclutamiento según los documentos internacionales citados y las normas internas de aplicación de los mismos en el caso del Paraguay.
3. Explique la posición de la Corte Interamericana en relación con la posibilidad de pronunciarse o no, en este caso, de forma genérica, sobre la cuestión del reclutamiento de niños soldado. Una vez explicada esta posición, resuma la doctrina de la Corte sobre el reclutamiento de niños soldado.

**Orientación para la respuesta:** En la medida en que uno de los objetivos de nuestro trabajo es desarrollar las competencias relacionadas con la didáctica de los derechos humanos, resuma esa doctrina de forma esquemática y simplificada. Piense que la información contenida en ese resumen o esquema debe poder ser transmitida a personas no especializadas en la temática de los derechos humanos desde el punto de vista teórico. No se trata de realizar un trabajo de localización y transcripción de la doctrina en la sentencia, sino de realizar un análisis de la misma que permita comprenderla, sintetizarla y transmitirla adecuadamente.

4. El 14 de marzo, 2012 La Corte Penal Internacional (CPI) declaró culpable al ex líder rebelde congolés Thomas Lubanga de reclutar a niños y niñas menores de 15 años para usarlos como soldados. Este veredicto fue el primero en los diez años de historia de la CPI, por lo que resulta de suma importancia por sí mismo, importancia que se ve incrementada, en nuestro caso, porque el veredicto se refiere a los derechos de la infancia. En concreto M. Lubanga fue declarado culpable, en calidad de co-autor, de crímenes de guerra consistentes en la captación y reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años en la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC), para participar activamente en las acciones bélicas relacionadas con el conflicto armado interno del Congo, desde el 1 de septiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003,

actividad esta tipificada en los arts. 8.2 y 7 del Estatuto de Roma. A este veredicto de culpabilidad acompañó, el 10 de julio de 2012, una condena a una pena total de 14 años de prisión.

El veredicto y la condena pueden leerse en su totalidad en inglés y francés y se pueden localizar en la web. Una vez realizada la lectura, el ejercicio consistirá en realizar un esquema – resumen básico de la doctrina del Tribunal Penal Internacional en materia de reclutamiento de niños soldado. En un segundo momento, se completará el ejercicio realizando un análisis comparativo entre la doctrina del TPI y de la Corte Interamericana en la materia, utilizando para ello los dos esquemas-resúmenes previamente realizados. El objetivo es determinar los puntos de encuentro y las diferencias existentes entre los pronunciamientos de estas dos cortes en relación con la misma materia, sacando conclusiones que expliquen esos puntos de conexión o, en su caso, de disenso.

Para localizar el texto del veredicto y de la condena debe consultarse el sitio de la Corte Penal Internacional. A 1 de septiembre de 2013 la localización era la siguiente:

Veredicto en inglés:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>

Veredicto en francés:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1462060.pdf>

Condena en inglés:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1438370.pdf>

Condena en francés:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1462058.pdf>

### 3. SUPUESTO PRÁCTICO

El planteamiento de este supuesto práctico es muy sencillo, pero su solución es tremendamente compleja. Para alcanzarla piense que el supuesto al que nos referiremos inmediatamente tiene lugar en su propio país, con sus condicionantes constitucionales y legales propios.

Una asociación de defensa de los derechos de los niños que actúa en su localidad acude a recabar asistencia jurídica de usted. Le cuenta la siguiente situación: un niño de 8 años se encuentra gravemente enfermo, ingresado en el hospital. Entre otras cosas,

tiene una anemia muy importante que le impide recuperarse del cuadro clínico que le aqueja. Los médicos que siguen su caso han sugerido que se le efectúe una transfusión sanguínea, puesto que, en caso de no hacerlo, corre peligro la vida del menor. Cuando comunican a los padres del niño la necesidad de afrontar el tratamiento mediante transfusiones, estos dicen a los médicos que la familia pertenece a la confesión religiosa de los Testigos de Jehová, concretamente a una rama de los mismos que rechaza frontalmente los tratamientos médicos de transfusión sanguínea. Los padres rechazan, por tanto, en nombre de su hijo menor, y en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, el tratamiento médico. La salud del menor empeora progresivamente y de forma cada vez más difícilmente reversible.

La asociación, que ha sido informada por el equipo médico del hospital desea saber:

- Si es posible obviar la decisión paterna, en defensa del interés superior del menor al mantenimiento del derecho a la salud, o incluso del derecho a la vida.
- Si es posible dar prioridad al deseo del menor sobre la voluntad paterna.
- Si es posible acudir a un órgano judicial para obligar a los padres a efectuar el tratamiento médico.
- Si los textos internacionales dan alguna pista para solucionar un caso de este tipo, o si lo hacen la Constitución nacional o la legislación interna.

Como abogado experto, haga usted un informe sobre el caso, tratando de responder, fundamentalmente, a las inquietudes de la asociación que acude a usted.

#### 4. OTROS EJERCICIOS PRÁCTICOS

##### **Análisis del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones**

Como hemos visto en el capítulo del manual, la Convención sobre Derechos del Niño no posee un sistema cualificado de garantía. Para solventar este inconveniente relativo a la eficacia plena de la Convención, se ha elaborado un Protocolo Facultativo

de la Convención, destinado a establecer un procedimiento de comunicaciones que facilite el seguimiento, por parte de la AGNU, del grado de cumplimiento y ejecución del Convenio.

Tras la lectura del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (accesible en

[http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A\\_RES\\_66\\_138\\_ES.pdf](http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A_RES_66_138_ES.pdf)), realice una guía para organizaciones no gubernamentales detallando el procedimiento.

### **Análisis de los Protocolos Facultativos a la Convención sobre Derechos de los niños ya en vigor**

Sabemos que la Convención sobre derechos de los niños se completa con dos Protocolos facultativos ya en vigor, elaborados para contribuir a eliminar la situación de vulnerabilidad extrema de los niños y niñas en todo el mundo afectados por conflictos armados y situaciones de explotación sexual.

Localice, lea y haga un resumen de los contenidos de:

- El Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados.
- El Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

## **5. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS**

### **5.1. Organizaciones dedicadas a la infancia**

Resulta de sumo interés la consulta de los sitios que a continuación se proponen. Algunos de ellos corresponden a organizaciones de la estructura de Naciones Unidas, otros a organizaciones no gubernamentales dedicadas específicamente a temas de la infancia, pero en todos ellos se encuentran referencias al tema del tratamiento internacional de los derechos de los niños, que es el que nos ocupa en particular en este tema.

Véanse, por tanto las páginas web de:

a) **UNICEF:** <http://www.unicef.org/spanish/>

La página del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, la agencia de la ONU consagrada a la mejora y promoción de los

derechos y condiciones de vida de los niños y niñas de todo el mundo, recoge documentos de interés sobre los derechos de los niños y adolescentes y sobre las situaciones de crisis que se ciernen particularmente sobre la infancia. Además casi todos los países del mundo tienen sedes de Unicef que desarrollan sus propios sitios internet, ofreciendo información más precisa sobre las campañas y acción de UNICEF a nivel local.

**b) CHILD RIGHTS CONNECT:**

<http://www.childrightsnet.org/NGOGroup/>

CRC es una red global compuesta por aproximadamente 80 organizaciones no gubernamentales de alcance nacional e internacional, unidas en el objetivo común de proteger los derechos de la infancia tal y como aparecen definidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de los niños. La finalidad de esta red de trabajo, que se traslada a su página web, es ofrecer una plataforma de coordinación para las ONGs que la integran, y trabajar activamente en el desarrollo de la protección y garantía de los derechos de los niños.

**c) Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina (SIPI):** <http://www.sipi.siteal.org/>

Esta organización sistematiza la información sobre las acciones orientadas al cumplimiento de los derechos de la primera infancia en América Latina, y da cuenta del grado de cumplimiento de estos derechos.

En la web se ofrecen estadísticas, así como datos sobre las normativas y las políticas de los países de la región.

**d) Childs Rights International Network (CRIN):**

<http://www.crin.org/index.asp>

CRIN es una red de trabajo por los derechos de la infancia, que busca, fundamentalmente, el cambio social y jurídico que permita garantizar mejor los derechos de niños, niñas y adolescentes. La asociación busca para mejorar los derechos, no para hacer de los niños sujetos de acciones caritativas, y aboga por un cambio genuino y sistémico de la visión que gobiernos y sociedades tienen de la infancia.

Lo más interesante de su web es que nos ofrece:

- Bases de datos de jurisprudencia y doctrina (case law):

<http://www.crin.org/Law/instrument.asp?InstID=1634>

- Guía de asistencia legal:

[http://www.crin.org/docs/CRIN\\_Legal\\_Assistance\\_Toolkit\\_SP.pdf](http://www.crin.org/docs/CRIN_Legal_Assistance_Toolkit_SP.pdf)

**e) Comité de los Derechos del Niño:**

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>

**5.2. Estudios de Naciones Unidas sobre la infancia:**

Estudio de las Naciones Unidas Sobre la Violencia contra los Niños

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/study.htm>

Estudio del ACNUDH sobre el derecho del niño a la salud

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/RightHealth/Pages/righttohealthindex.aspx>

Niños trabajando o viviendo en la calle

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Study/Pages/childrenonthestreet.aspx>

Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenIndex.aspx>

Niños y conflictos armados

<http://childrenandarmedconflict.un.org/es/>

## 2

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

Karlos Castilla  
Universitat Pompeu Fabra

### 1. LECTURAS DOCTRINALES COMPLEMENTARIAS

## 1.1

#### Situación de la niñez en el mundo

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF), *Estado mundial de la infancia 2012. Niñas y niños en un mundo urbano*, UNICEF, Nueva York, febrero de 2012, p.p. 35-45.

En el informe sobre la situación mundial de la infancia se hace una aproximación estadística, sociológica e histórica respecto al estado en el que se encuentran las niñas y los niños en las diferentes regiones del mundo, caracterizado por un entorno cada vez más urbano en el que han surgido nuevos desafíos para la efectiva protección de los derechos de niñas y niños. La lectura de las páginas que se señalan de este texto servirán para conocer de manera concreta cuáles son los problemas más puntuales a los que se enfrenta la infancia en un entorno urbano, con lo cual se podrá comprender de mejor forma los retos a los que se enfrenta el sistema normativo vigente relativo a la niñez, así como la forma en que éste debe ser aplicado e interpretado para hacer frente de manera efectiva a los problemas actuales. Para una comprensión integral del tema, es recomendable la lectura de todo el informe.

1.2

**Justicia juvenil en América**

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Justicia juvenil y derechos humanos en las américas*, UNICEF/Banco Interamericano de Desarrollo/Luxemburgo/Save the Children Suecia/CIDH, Washington, D.C., 2011, pp. 46-68.

En las páginas que se indican de este texto se hace un análisis detallado del conjunto de garantías que deben ser observadas por todo sistema de justicia responsable de conocer casos en los cuales estén involucrados niños y niñas, proporcionando las características y modalidades en que dichas garantías deben ser puestas en práctica por los tribunales. La lectura de ese apartado servirá para reforzar el aprendizaje adquirido en la parte teórica, así como para profundizar en el conjunto de mínimos que deben ser garantizados por todo sistema de justicia en el cual se conozca de casos en los que participen niños y niñas, teniendo una especial referencia a los estándares establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos.

1.3

**El interés superior de la niñez**

ZERMATTEN, Jean, *El Interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Informe de trabajo 3-2003. Institut International des Droits de L'enfant, Ginebra, Suiza, 2003, 30p.

Este documento contiene un breve análisis histórico, jurídico, político y filosófico del concepto "interés superior de la niñez", en el cual se describen las razones de su surgimiento, la forma en la que se reconoció normativamente, los impulsos políticos que ha tenido y un intento de establecer el fondo filosófico que justifica dicha idea, así como sus fines últimos. La lectura de este texto servirá para conocer los diferentes puntos de vista a partir de los cuales puede ser estudiado el interés superior de la niñez, las fortalezas y debilidades con las que cuenta, pero también, algunas ideas respecto a cómo podría ponerse en práctica y, especialmente, cómo pueden ser aprovechadas y desarrolladas las virtudes que tiene, pero también minimizados sus defectos, en aras de una mejor protección de los derechos de niñas y niños.

**Preguntas:**

Al concluir la lectura de los textos antes referidos, se deberá responder a las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál de los problemas a los que se enfrenta actualmente la infancia en el mundo está presente en la ciudad en la que vives? ¿Por qué?
2. ¿Con qué garantías cuenta una niña migrante que ingresó de manera irregular a un país del cual no es nacional y es detenida para ser devuelta a su país de origen?
3. ¿Cómo se garantizaría el interés superior del niño en el caso de un menor que es acusado de formar parte de un grupo armado que ha causado la muerte de 25 personas?

**2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

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.



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.

Al concluir la lectura de las sentencias antes referidas, se deberá responder respecto de cada una las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el hecho o hechos que generaron la violación de los derechos de los niños?
2. ¿Qué derechos de los niños son analizados?
3. ¿Qué tratados internacionales utiliza la Corte Interamericana para interpretar los derechos de los niños?
4. ¿Cómo utiliza el “interés superior de la niñez” la Corte Interamericana?

5. ¿Qué medidas de reparación establece la Corte Interamericana para evitar la repetición de violaciones de los derechos de los niños?

### 3. SUPUESTO PRÁCTICO

Olga es una mujer de América central que emigró a un país europeo hace 7 años. Su ingreso al país europeo lo hizo como turista, por lo que al cumplirse los 3 meses que tenía para permanecer en ese país con esa condición migratoria, su estancia se volvió irregular. A los 2 años de estar viviendo en ese país europeo, y como resultado de una relación que tuvo con una persona de origen africano que también se encontraba de manera irregular en el país europeo, nació Carina, quien hoy tiene 5 años.

Carina es una niña que al haber nacido en el país europeo fue registrada en éste, desde los 3 años se encuentra inscrita en una escuela y en los servicios de salud públicos.

Con motivo de su situación irregular, el padre de Carina, cuando ésta tenía 2 años, se trasladó a otro país europeo en donde consiguió un trabajo y regularizó su estancia migratoria. Por su parte, la madre de Carina el mes pasado fue detenida y trasladada a un Centro de Retención de Migrantes al habersele iniciado un procedimiento administrativo de expulsión por encontrarse de manera irregular en el país europeo.

Como resultado de esa situación, Carina y su madre se encuentran detenidas, ya que la menor no tenía otra persona que cuidara de ella en el país europeo en el que viven. Esto ha generado, entre otras cosas que, Carina deje de asistir a la escuela, que se encuentre privada de la libertad, que no cuente con un lugar adecuado para jugar y que se encuentre detenida junto con otras personas adultas. La asistencia médica que ha recibido cuando se ha enfermado ha sido proporcionada por el médico adscrito al Centro de Retención y los alimentos que recibe son los mismos que le dan a todas las personas que se encuentran ahí.

Ante esa situación, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Se está protegiendo el interés superior de la niña?
2. ¿Qué harías para proteger el interés superior de la niña?
3. ¿Se están violando derechos de la niña? ¿Cuáles?

4. ¿Resulta aplicable a éste caso algún tratado internacional?  
¿Cuál?
5. ¿Existe en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos algo que resulta aplicable, al menos por analogía, a este caso?

#### 4. ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

##### Presentación de una petición ante el sistema interamericano de derechos humanos

Siguiendo las instrucciones del Manual elaborado por la CIDH ([https://www.cidh.oas.org/cidh\\_apps/manual\\_pdf/MANUAL2010\\_S.pdf](https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2010_S.pdf)) y la documentación que aparece en su página web ([https://www.cidh.oas.org/cidh\\_apps/instructions.asp?gc\\_language=S](https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/instructions.asp?gc_language=S)), formule una denuncia de la violación del derecho a la salud, a la integridad personal y el derecho a la educación de un grupo de 5 niñas indígenas privadas de la libertad en un centro de cumplimiento de sanciones para jóvenes en un país de América Latina.

Para ese fin, establezca los hechos que generan la violación de los derechos antes referidos, las normas jurídicas internacionales que los reconocen y de existir, la jurisprudencia en que respalda sus argumentos.

##### Análisis de material audio-visual

En el video que aparece en este link (<https://www.youtube.com/watch?v=WOv1PWFevnA>) se narra la forma en la cual la Convención sobre los Derechos del Niño surgió y se desarrolló durante sus primeros 20 años de exigencia. A partir de escuchar y ver dicho video establezca:

1. ¿Cuándo se aprobó la Convención sobre Derechos del Niño?
2. ¿De qué países se ponen ejemplos en el video respecto a lo que han hecho para proteger los derechos de los niños y niñas?
3. ¿Cuáles son 5 derechos respecto a los cuales se hace mención en el video?
4. ¿Qué imagen o imágenes le impactaron más?

5. ¿Qué podría proponer para hacer posible el objetivo que busca la Convención sobre Derechos del Niño?

## 5. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 5.1. Bibliografía

- 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.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Justicia juvenil y derechos humanos en las américas, UNICEF/Banco Interamericano de Desarrollo/Luxemburgo/Save the Children Suecia/CIDH, Washington, D.C., 2011.  
<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Estado mundial de la infancia 2012. Niñas y niños en un mundo urbano, UNICEF, Nueva York, febrero de 2012.  
[http://www.unicef.org/spanish/sowc/files/SOWC\\_2012-Main\\_Report\\_SP.pdf](http://www.unicef.org/spanish/sowc/files/SOWC_2012-Main_Report_SP.pdf)
- 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.
- ZERMATTEN, J, "El Interés Superior del Niño. Del análisis literal al alcance filosófico". Informe de trabajo 3-2003. Institut International des Droits de L'enfant, Ginebra, Suiza, 2003.  
[http://www.childsrighst.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrighst.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf)

### 5.2. Páginas de internet

- Relatoría sobre los derechos de la niñez (CIDH).  
<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/>
- Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente.  
<http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
<http://www.corteidh.or.cr/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.  
<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>

### **5.3. Instrumentos interamericanos relevantes**

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".

### **5.4. Instrumentos internacionales relevantes**

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.



# II

## **DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**



## 3

## DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: O CONTEXTO UNIVERSAL

George Rodrigo Bandeira Galindo  
Universidade de Brasília

### 1. LEITURA DOUTRINÁRIA

Com a leitura doutrinária, busca-se fornecer instrumentos para a compreensão da proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Ainda que a literatura específica sobre o assunto ainda não seja significativa, há reflexões bastante analíticas sobre o impacto da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD) na forma como tradicionalmente se concebe a proteção de direitos no mundo atual.

Para aprofundar tal questão, recomenda-se a leitura do texto abaixo. Um breve resumo e perguntas buscam auxiliar a leitura e a análise crítica de seu conteúdo.

#### 1.1

MÉGRET, Frédéric. The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights. *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, nº 2, pp. 261-278.

Também disponível on line em

[http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1267726](http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267726)

*Frédéric Mégret é Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade MacGill, Canadá*

#### **Resumo:**

O autor argumenta que a CDPD traz impactos não apenas para a forma como se observam os direitos de pessoas com deficiência, mas para os direitos humanos de maneira geral. A Convenção, em sua visão, desafia dicotomias tradicionais no campo dos direitos humanos sobre (1) tipos de direitos; (2) os atores principais nos direitos humanos; (3) a intensidade normativa dos direitos e (4) a melhor maneira de implementá-los.

Assim, em relação à dicotomia (1), a Convenção transcende: a divisão entre direitos positivos e negativos; entre direitos civis e políticos e direitos econômicos sociais e culturais; entre a esfera pública e privada. Com respeito à dicotomia (2) a Convenção é responsável por transcender a divisão entre Estado e indivíduo; entre o Estado e a sociedade, entre o indivíduo e a comunidade, entre o nacional e o internacional. Quanto à dicotomia (3) a Convenção é responsável por fazer transcender a divisão entre obrigações imediatas e de realização progressiva, entre o absoluto e o relativo, entre o vertical e o horizontal. Finalmente, no que diz respeito à dicotomia (4), o texto da Convenção faz transcender a divisão entre direitos individuais e obrigações estatais, entre a adoção por meio do direito e a implementação por meio de políticas, entre remédio e prevenção. Todas essas mudanças promovidas pela Convenção fazem Mégret acreditar que esse tratado, ao forçar-nos pensar sobre o direito de alguns, também nos faz repensar o direito de todos. A própria definição de deficiência – que alguém pode vir a adquirir em circunstâncias diversas – dá um ideia de fluidez que faz concluir que a linha que separa a deficiência da não-deficiência é bastante tênue. Em síntese, a CDPD pode apontar os rumos futuros do direito internacional dos direitos humanos ao nos levar a conceber os direitos humanos de maneira mais holística.

**Perguntas:**

1. Porque o conceito de pessoa com deficiência trazido pela CDPD é fluído? Quais seus elementos distintivos?
2. Como a CDPD faz transcender a dicotomia público/privado no Direito Internacional dos Direitos Humanos? Porque esse ramo do direito internacional ainda se alimenta de tal distinção?
3. Como a CDPD se distingue e se assemelha aos demais tratados internacionais de proteção no âmbito global?
4. Como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e a CDPD em particular, confirma ou transcende a dicotomia comunidade/indivíduo? Tal distinção ainda é útil no plano internacional?

5. Traga um exemplo de como a CDPD pode ser utilizada para repensar a forma de interpretar direitos clássicos como o direito a votar e ser votado ou o direito à propriedade?
6. Compare um direito de pessoa com deficiência previsto no seu ordenamento jurídico nacional com um direito correlato previsto na CDPD? Há mais similitudes ou diferenças? A CDPD estimula ou dificulta a interação entre o direito internacional e o direito interno?
7. O que significa dizer que a CDPD, “ao forçar-nos pensar sobre o direito de alguns, também nos faz repensar o direito de todos”? Você concorda com tal afirmação?
8. Como é possível ver os direitos humanos de uma maneira mais holística? Isso é desejável? Quais os perigos (acaso existentes) nessa forma de vê-los? Qual a relação entre a CDPD e o holismo no direito internacional dos direitos humanos?
9. Ante a existência de tantos tratados de direitos humanos, era necessária a criação de uma convenção específica para o direito das pessoas com deficiência? Isso reforça ou minora a efetividade do sistema internacional de proteção dos direitos humanos?

## 2. LEITURA JURISPRUDENCIAL



*Decisão do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Decisão sobre a Comunicação No. 4/2011.*

A decisão pode ser encontrada no sítio do Comitê, especificamente em

[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-10-DR-4-2011\\_en.doc](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-10-DR-4-2011_en.doc)

No caso, seis indivíduos húngaros peticionaram perante o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Por sofrerem “deficiência intelectual” e estarem sob tutela (guardianship), seus nomes foram retirados do registro eleitoral e, por consequência, não lhes foi garantido o direito a votar. A decisão tomada pelas autoridades húngaras teria ocorrido com base na legislação, inclusive constitucional, daquele Estado. Os petionários afirmaram que a exclusão não levou em conta que

eles eram capazes de entender a política e participar nas eleições. O Comitê decidiu que a exclusão do direito a votar com base em uma presumida ou real deficiência intelectual ou psicossocial, inclusive uma restrição de acordo com um estudo individualizado, constitui discriminação com base na deficiência. Estabeleceu ainda que o estudo sobre a capacidade de alguém para votar não é nem legítimo nem proporcional. Ao final, o Comitê determinou a inclusão dos petionários nos registros eleitorais húngaros, além de uma compensação por danos morais e pelos custos com a petição perante o Comitê. De maneira geral, foi estabelecido que a Hungria considerasse a revogação da lei que discrimina pessoas com deficiência relativamente ao direito ao voto e garantisse esse mesmo direito a tais indivíduos sem a necessidade de um estudo sobre sua capacidade para votar.

Responda às seguintes questões:

1. Pesquise nas bases de dados de tribunais internacionais regionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos decisões que tratam sobre os direitos das pessoas com deficiência. Em seguida, refine tal pesquisa e tente encontrar casos que tratem especificamente do direito das pessoas com deficiência de votar.

*Levando em conta especificamente o caso resumido acima, e depois de ler a sua íntegra, responda às demais questões:*

2. A resposta do Estado Húngaro consegue abranger todas as reclamações feitas pelos petionários? Como você avalia o tipo de resposta dada pelo Estado Húngaro?
3. No caso, houve a intervenção de um *amicus curiae*. O que significa *amicus curiae*? Que argumentos adicionais ele trouxe para reforçar a tese dos petionários? Como, em sua visão, os argumentos do *amicus curiae* foram importantes para o desfecho da questão?
4. Você acredita que a decisão do Comitê poderia se estendida ao direito de ser votado? Poderiam pessoas com deficiência intelectual concorrer a cargos eletivos com base na CDPD?
5. Por que o Comitê afirma que é discriminatório fazer um estudo individualizado sobre a capacidade de alguém votar?

Esse mesmo entendimento poderia ser aplicado a outros grupos vulneráveis como refugiados ou estrangeiros? Essa conclusão pode nos ensinar algo sobre a necessidade de se ter uma visão holística sobre os direitos humanos?

6. Por que, em sua visão, o Comitê não se restringe apenas a decidir sobre o caso dos petionários e vai além para fazer recomendações gerais para o Estado Húngaro sobre como lidar com a questão do direito de votar de pessoas com deficiência? Tal postura do Comitê é recomendável?
7. O Comitê sugere que o Estado Húngaro modifique sua própria Constituição para se adaptar à CDPD. Esta não é uma intromissão indevida na soberania do Estado? Se um órgão internacional determinasse a mudança da Constituição do seu próprio Estado de nacionalidade, como você entenderia, juridicamente, essa situação? E quanto ao Poder Judiciário do seu Estado de nacionalidade, como encararia a decisão do Comitê?

*Tendo feito pesquisa nas decisões de tribunais internacionais de direitos humanos sobre a matéria, responda às questões:*

8. É possível estabelecer alguma padrão entre tais decisões? Em sua visão, que tribunal possui uma posição mais protetiva dos direitos das pessoas com deficiência levando em conta o instrumento internacional que utilizaram para analisar o caso?
9. Especificamente quanto ao direito a votar, caso você tenha encontrado outra decisão sobre o assunto, esse direito está sendo efetivamente protegido também no âmbito de cortes regionais de direitos humanos? Em caso afirmativo, cite ao menos duas diferenças na abordagem da questão pela corte regional de direitos humanos e o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.
10. As conclusões alcançadas nas decisões de tribunais regionais, acaso existentes, lidas em conjunto com a decisão do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência podem ajudar, vistas em seu conjunto, na já citada compreensão holística dos direitos humanos? Em caso afirmativo de que maneira?

### **3. SUPOSTO PRÁTICO**

Três cidadãos brasileiros, João, José e Pedro, deficientes visuais, tornaram-se clientes do maior banco do país. Na ocasião da assinatura do contrato de prestação de serviços bancários, os três cidadãos informaram expressamente que sua deficiência visual não lhes permitia enxergar nada, o que teria sido anotado pelo funcionário do banco que lhes atendeu.

Alguns dias depois de terem assinado o referido contrato, os três cidadãos perceberam que o Caixas Eletrônicos da cidade em viviam não possuíam indicações em braile ou sistema de áudio que lhes permitisse, de maneira autônoma, realizar transações bancárias.

Inconformados com a situação, João, José e Pedro, escreveram uma carta ao presidente do banco requisitando que fossem disponibilizados em sua cidade caixas eletrônicos adaptados para deficientes visuais. Somente um ano após o envio da carta, o presidente do banco lhes respondeu informando que os custos para adaptação das máquinas eram muito altos, o que não poderia ser realizado a curto prazo. Também informou que João e José e Pedro tinham plena consciência, quando assinaram o contrato de prestação de serviços bancários, que o seu acesso aos caixas eletrônicos seria rigorosamente idêntico ao de outros clientes do banco. Ainda na resposta dada pelo presidente do banco constava que o princípio da igualdade exigia que todos fossem tratados igualmente e que a adoção de medidas de discriminação positiva é dever do Estado. Em sua visão, o princípio da igualdade, ainda que de grande importância, deve levar em conta a liberdade de contratar na esfera privada.

Ante a situação, João, José e Pedro decidem ingressar na justiça brasileira contra a recusa do banco em fazer adaptações em seus caixas eletrônicos. Em primeira instância, obtiveram provimento favorável ao seu pedido, sendo exigido ao banco que adaptasse todos os caixas eletrônicos da cidade a pessoas com deficiência visual. Na segunda instância, todavia, a decisão foi revertida. Argumentou o tribunal que não se pode exigir de um banco privado que faça adaptações financeiramente custosas em seus caixas eletrônicos. Isso violaria não apenas a liberdade de

contratar com também o princípio da livre iniciativa privada. O tribunal ainda argumentou que direitos humanos são exigíveis ao Estado e não a particulares. O caso foi ainda levado a outras duas cortes recursais brasileiras. A decisão de segunda instância foi, no entanto, mantida em sua integralidade.

*Os fatos, com diversas adaptações de locais, nomes e argumentos jurídicos, são baseados em um caso real.*

**Responda às seguintes questões**

1. Você entende que o caso acima pode ser apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? Em caso afirmativo, que dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e da CDPD foram violados? Teria havido, no caso, prévio esgotamento dos recursos internos?
2. Imagine que você é advogado de João, José e Pedro. Que argumentos jurídicos, baseados em instrumentos internacionais de direitos humanos, você apresentaria para sustentar que seus clientes possuem o direito à adaptação dos caixas eletrônicos?
3. Sendo possível ingressar com o caso perante instâncias internacionais, imagine-se na posição de advogado do Estado brasileiro. Que argumentos você traria para defender que não houve violação, por parte do Estado, de nenhum instrumento internacional pertinente de direitos humanos?
4. É possível reconciliar os princípios da livre iniciativa privada, liberdade de contratar e não discriminação contra pessoas com deficiência? Quais as implicações de uma possível reconciliação para o princípio da dignidade humana?
5. Ponha-se agora na posição de julgador (seja juiz da Corte Interamericana ou Membro do Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência). Como você decidiria o caso, caso ele fosse admitido? O que ele representaria para a compreensão do direito das pessoas com deficiência?

## 4. OUTROS EXERCÍCIOS PRÁTICOS

### ***Apresentação de uma denúncia***

De acordo com as linhas mestras estabelecidas pelas Nações Unidas para a apresentação de petições perante mecanismos internacionais de monitoramento de direitos humanos ([http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f2%2f3&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f2%2f3&Lang=en)) e o formulário próprio existente para esse fim ([http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f5%2f3%2fREV.1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f5%2f3%2fREV.1&Lang=en)), apresente uma denuncia sobre o direito das pessoas com deficiência terem acesso amplo e irrestrito a todos os prédios públicos em seus país. Para isso, você pode consultar as medidas hoje existentes em seu país sobre acessibilidade de pessoas com deficiência assim como verificar situações concretas que mereceriam a formulação de uma petição desse tipo.

### ***Intervenção concreta***

As Nações Unidas fizeram publicar um Manual para Parlamentares sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>

Procure entrar em contato com um parlamentar local ou nacional a fim de informá-lo da existência de tal material bem como fornecer-lhe o link para acesso ao material. Se possível, peça uma audiência com um ou mais parlamentares a fim de explicar que medidas concretas podem ser feitas em sua cidade ou seu país para melhorar as condições de vida das pessoas com deficiência. Mostre-lhe também a importância da cooperação entre as esferas nacional e internacional para uma melhor proteção de grupos vulneráveis como as pessoas com deficiência.

## 5. FONTES DE INFORMAÇÃO COMPLEMENTARES

### 5.1. Leitura complementar

Além das leituras propostas nos exercícios anteriores, propõe-se a leitura dos seguintes trabalhos que, direta ou indiretamente, ajudam a compreender o estado atual do direito das pessoas com deficiência, em especial no âmbito global:

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.

PALACIOS, Agustina, BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermi, Ediciones Cinca: Madrid, 2008 (disponible en

[http://www.cermiaragon.es/sites/default/files/biblioteca/archivos/a\\_document\\_146.pdf](http://www.cermiaragon.es/sites/default/files/biblioteca/archivos/a_document_146.pdf))

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermi, Ediciones Cinca: Madrid, 2008 (disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/m6.pdf>).

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.

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. 689-728.

ZIEGLER, D. A (coord.), *Inclusion for All: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, IDEBATE Press: New York, 2010.

## 5.1. Documentação on line

Há varias páginas web que tratam da questão dos direitos das pessoas com deficiência. A referência obrigatória é aquela relativa aos órgãos de monitoramento e tribunais internacionais de direitos. Há também páginas de Organizações Governamentais e Não-Governamentais que disponibilizam material científico de ótima qualidade sobre o assunto. Eis aqui alguns exemplos:

- **ONU (SCDPD) – Secretariado para a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:**

<http://www.un.org/disabilities/>

O Secretariado da CDPD é o ponto focal, no âmbito das Nações Unidas, para os direitos das pessoas com deficiência. No sítio é possível encontrar a principal documentação oficial sobre a Convenção, tal como informações sobre reuniões e deliberações da Assembleia de Estados Partes, medidas de articulação com outras organizações internacionais sobre os direitos das pessoas com deficiência, cooperação técnica no assunto e medidas sobre a implementação da convenção no nível nacional, regional e internacional.

- **CERMI – Comitê Espanhol dos Representantes de Pessoas com Deficiência:**

<http://www.cermi.es/es-ES/Paginas/Portada.aspx>

O Comitê Espanhol dos Representantes de Pessoas com Deficiência é uma organização que representa os interesse de milhões de pessoas com deficiência na Espanha. A instituição congrega uma grande rede de ONGs que lidam com questões sobre direitos de pessoas com deficiência. A biblioteca digital do CERMI é bastante ampla e possui a vantagem de disponibilizar material de alta qualidade em língua espanhola.

- **CorteIDH- Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

<http://www.corteidh.or.cr/>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão que pode ser constantemente chamado a se pronunciar sobre os direitos das pessoas com deficiência. O conhecimento de sua jurisprudência é essencial não apenas para entender os direitos desse grupo vulnerável, mas para compreender as concepções de direitos humanos mais influentes que circulam nos países da América Latina.

- **CSDPD- Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:**

<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx>

O Comitê é o principal órgão em nível universal para a proteção de direitos de pessoas com deficiência. Embora tenha ainda poucos anos de funcionamento, o Comitê já analisou vários relatórios apresentados por Estados e possui uma crescente jurisprudência sobre casos individuais. O Comitê também produz Comentários Gerais para a interpretação da CDPD.



## 4

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

Renata Bregaglio Lazarte  
Pontificia Universidad Católica del Perú

### 1. LECTURA DOCTRINAL

1.1

#### INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

*Derechos de las personas con discapacidad. Módulo 6.* San José: 2008.

También disponible on line en

[http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\\_125911109/modulo\\_derechos\\_discapacidad\\_m6.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/modulo_derechos_discapacidad_m6.pdf)

#### **Resumen:**

El presente trabajo desarrolla la temática de la discapacidad y la vincula con el trabajo en derechos humanos. Al respecto, cabe destacar que el texto inicia señalando las visiones tradicionales de trabajo que se han tenido con respecto a la discapacidad. Es así que se habla de los cuatro paradigmas: tradicional, biológico, social y de derechos humanos. Al desarrollarlos, determina sus alcances y limitaciones.

Con posterioridad, se analizan los instrumentos internacionales referidos a la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad como son la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas. A partir de ello, se desarrolla la forma en que se deben aplicar los derechos de las personas con discapacidad enfatizando el principio de igualdad y no discriminación.

**Preguntas:**

1. ¿Qué sostiene cada uno de los paradigmas de la discapacidad?
2. ¿Cuáles son los límites del modelo social con respecto al modelo de derechos humanos?
3. ¿Considera que los paradigmas tradicionales siguen vigentes en algunas de las prácticas que se dan hoy día?
4. ¿Cómo se entienden los derechos con respecto a la discapacidad? ¿Se aplican de igual manera o algún elemento cambia?
5. ¿Cómo se debe evitar la sobre-protección o dependencia al momento de evaluar el cumplimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad?
6. ¿Qué mecanismos existen para exigir el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad?

**2. LECTURA JURISPRUDENCIAL**



Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Asunto Artavia Murillo (Fecundación In Vitro Vs. Costa Rica). Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2012.

Se puede leer en el sitio web de la Corte Interamericana, concretamente en

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_es.p.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_es.p.pdf)

*Es particularmente importante la lectura de los párrafos 288 al 293 para conocer la interpretación que hace la Corte Interamericana con respecto a la discapacidad y cómo ello debe ser tomado en cuenta en el caso de la fecundación in vitro.*

**Responda a las siguientes cuestiones:**

1. ¿Qué modelo de discapacidad adopta la Corte? ¿De qué instrumento internacional recoge dicha concepción?
2. ¿Cómo se justifica la calificación de discapacidad en el caso de la infertilidad?
3. ¿Cuáles son las consecuencias prácticas de reconocer a la infertilidad como una discapacidad? ¿Qué clase de obligaciones tendría que realizar el Estado bajo este nuevo supuesto?

### 3. SUPUESTO PRÁCTICO

El señor Damián Peralta es un ciudadano peruano residente en la ciudad de Lima con esquizofrenia paranoide detectada a la edad de 23 años. Está medicado desde los 25 años y vive con su madre que cuida de él y se encarga de darle pastillas.

El año pasado, no obstante, la madre sufrió una caída que le impide seguir cuidando de Damián. Ante ello, y por recomendación de su abogado, la familia decide interdicar a Damián y llevarlo a un centro de salud mental. Damián no desea vivir allí pero no tiene la posibilidad de cuestionar la decisión de internarlo. Cuando se niega a tomar las pastillas es sometido a prácticas de sujeción que buscan que se allane al tratamiento. Cuando su familia lo visita, notan que ha bajado de peso y que tiene cicatrices en el cuello y las muñecas. Damián busca al director del centro de salud y denuncia los malos tratos y señala que no lo pueden retener ahí contra su voluntad. Nuevamente, sus reclamos son ignorados. Damián no encuentra posibilidad alguna para salir del centro de salud. Dos años después, producto de una hemorragia no detenida a tiempo, Damián muere en el centro de salud.

#### ***Responda a las siguientes cuestiones***

1. ¿Qué derechos considera que han sido vulnerados?
2. ¿Considera que la madre puede ser considerada una víctima? ¿O podría considerarla responsable en parte por ser quien interna al hijo?
3. ¿Considera que la figura de la interdicción es compatible con los derechos humanos? ¿Considera que hay otros derechos que se vulneran de manera conexa al interdicar a una persona?
4. ¿Qué trabas al derecho de acceso a la justicia podría generar la interdicción?

## 4. OTROS EJERCICIOS PRÁCTICOS

### *Análisis de material audiovisual*

En el siguiente vídeo se puede ver parte de la Audiencia Pública sobre la Situación de derechos humanos de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2013 en su 149 Periodo de Sesiones.

<http://www.youtube.com/watch?v=vwccGa4Ta38>

Una vez escuchadas las intervenciones, revise la legislación civil de su país e investigue cuáles son las barreras jurídicas que enfrentan las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

## 5. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

### 5.1. Lecturas complementarias

Además de la lectura propuesta en el primer ejercicio, existen otros documentos doctrinales de sumo interés que el alumno puede consultar. Destacamos aquí el siguiente trabajo:

PALACIOS, Agustina. 2008. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, Madrid: Cinca

### 5.2. Documentación on line

Existen una serie de instituciones que trabajan por los derechos de las personas con discapacidad

- **Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sección discapacidad**

De acuerdo a su página web, la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP es un espacio de aprendizaje colaborativo que busca aplicar los conocimientos de los estudiantes a casos emblemáticos. En el caso particular de esta clínica, situaciones vinculadas a la discapacidad y la discriminación. El estudiante analizará la compatibilidad de diversas prácticas sociales y jurídicas con el mandato de no discriminación establecido en la Constitución y en la

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobado por el Perú.

Es posible encontrar normativa, jurisprudencia y diversos documentos en línea.

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/clinica-juridica/>

- **Human Rights Watch – Discapacidad**

En la página web de esta organización es posible encontrar información relacionada a la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad alrededor del mundo. A través de su labor de incidencia y sus informes, HRW ha logrado alertar acerca de los problemas que enfrentan las personas con discapacidad y ha propuesto y logrado modificaciones normativas.

<http://www.hrw.org/topic/disability-rights>

- **Disability Rights International**

La presente organización trabaja de manera específica los derechos de las personas con discapacidad. Ha realizado trabajo de incidencia en diversos países de América Latina. Se pueden encontrar diversos recursos en su página web.

<http://www.disabilityrightsintl.org>



# III

## GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS



## 5

## SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Yolanda Gómez Lugo  
Universidad Carlos III de Madrid

### 1. LECTURA DOCTRINAL

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.

Con el objeto de profundizar en esta temática se recomienda la lectura del siguiente texto, al que se acompaña un resumen y una guía de lectura en forma de preguntas.

#### 1.1

COURTIS, Christian, «La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer», en MORENEO ATIENZA, C. y MONEREO PEREZ, J.L. (Directores y coordinadores), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Comares, 2010

También disponible *on line* 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, [http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/DERECHOS\\_DE\\_LA\\_S\\_MUJERES-2.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/DERECHOS_DE_LA_S_MUJERES-2.pdf)

#### Resumen

El artículo recomendado analiza la compleja cuestión de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales, más concretamente, el caso de los

derechos de la mujer. En el mismo se examina el contenido de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, así como su Protocolo Facultativo. Se presta especial atención al órgano y mecanismos de supervisión de la CEDAW, y sobre todo, a los mecanismos de impugnación creados por el Protocolo Facultativo: de una parte, comunicaciones individuales y grupales en caso de violación de los derechos establecidos por la Convención, y de otra, comunicaciones interestatales e investigaciones sobre violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados por la CEDAW. Asimismo, se incluye un análisis de las interpretaciones y aplicaciones del tratado efectuado por el Comité en casos concretos en los que se incluyen procedimientos de comunicaciones individuales, un procedimiento de investigación, recomendaciones efectuadas por el Comité ante los informes periódicos y algunas Recomendaciones Generales adoptadas.

### **Preguntas**

Tras haber leído detenidamente el texto recomendado, así como el contenido de la *CEDAW*, responda a las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué consecuencias tiene para los poderes públicos nacionales la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos según el autor del artículo?
2. Analice que dificultades puede plantear la recepción, aplicación y eficacia de la CEDAW en la jurisdicción interna de su Estado o país de origen; en especial, para los órganos del poder judicial.
3. ¿Por qué considera el autor que el contenido de la CEDAW adopta una estructura “similar” a la de una Constitución?
4. ¿En qué se diferencia la CEDAW con respecto a otros tratados universales de derechos humanos anteriores?
5. Ponga un ejemplo concreto de una situación discriminatoria por razón de género en el ámbito privado, y otro ejemplo de desigualdad en la esfera de la vida pública. Teniendo en cuenta el concepto de medida de acción positiva incluido en el Artículo 1º de la CEDAW, ¿qué tipo de medida concreta recomendaría a las autoridades estatales para hacer efectivo el contenido de los derechos humanos de las

mujeres de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales?

6. Compare el valor o eficacia de los criterios interpretativos que el Comité puede adoptar en los diferentes procedimientos o decisiones.

## 2. LECTURA JURISPRUDENCIAL



OPINIÓN DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER aprobado a tenor del párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la CEDAW. Comunicación núm.20/2008

El documento puede consultarse en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/517/26/PDF/N1151726.pdf?OpenElement>

En este caso se propone la lectura de la opinión emitida por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la que se resuelve la comunicación presentada por una mujer que afirma haber sido víctima de diversas infracciones de la Convención por el Estado Parte. La autora sostiene que, tras haber sido víctima de violencia doméstica de forma continuada por parte de su esposo, acudió a los tribunales de justicia solicitando amparo. Sin embargo, en su opinión no se le proporcionó una protección efectiva sobre la violencia doméstica, de ahí que considere que el Estado Parte ha infringido diversas obligaciones “positivas” previstas por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Recomendación General nº19 del Comité.

### **Preguntas**

A la luz de los hechos de la comunicación, responda a las siguientes cuestiones:

1. Sistematice o identifique los diferentes tipos de incumplimientos de obligaciones que la Convención atribuye a los Estados Parte y que han sido vulnerados en opinión de la autora.

2. Identifique los derechos reconocidos en la CEDAW que le han sido presuntamente lesionados a la autora de la comunicación.
3. ¿Considera que la autora quedó realmente sin protección por parte del Estado Parte? Argumente jurídicamente la respuesta.
4. ¿Qué significa la obligación del Estado Parte de adoptar medidas apropiadas para ofrecer suficiente protección contra la violencia doméstica? ¿Qué opinión le merece las medidas adoptadas por el Estado Parte en este caso concreto?
5. Haga una valoración jurídica de las observaciones formuladas por el Estado Parte tanto sobre la admisibilidad, como sobre las cuestiones de fondo planteadas.
6. A su modo de ver, ¿son suficientes las observaciones formuladas al Estado por el Comité? En caso negativo, ¿qué otras recomendaciones hubiera realizado para reparar la presunta infracción de derechos en el presente caso?

### 3. SUPUESTO PRÁCTICO

Doña Gabriela M. nacional de Colombia afirma que su deportación desde Canadá constituye una vulneración de sus derechos conforme al artículo 1, artículo 2 párrafos a), b) c) y d), artículo 5 a) y artículo 24 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Convención y Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado parte el 10 de diciembre de 1981 y el 18 de octubre de 2002, respectivamente.

La autora afirma haber sido víctima de violencia doméstica por parte de su marido desde principios de 1995 hasta febrero de 2001 en que se separó de él. Durante este periodo, doña Gabriela y su familia se trasladaron a Canadá y solicitó el estatuto de refugiado; solicitud, que les fue denegada. En febrero de 2001, decidió comunicar la situación de violencia doméstica a las autoridades policiales canadienses y separarse de su marido. Seis meses más tarde éste fue deportado a Colombia, tras lo cual ésta se divorció de su marido y obtuvo la custodia de sus hijos menores. Ante las continuas amenaza de éste con matar a doña

Gabriela, ésta optó por refugiarse en un centro de para mujeres en Toronto. Dicho centro solicitó en abril de 2001, en nombre de la autora y ante el Servicio de Inmigración de Canadá, una evaluación previa del riesgo inherente a la expulsión justificando la situación de riesgo por motivo de violencia conyugal que sufriría la autora si regresaba a Colombia donde su marido se encontraba tras haber sido deportado por las autoridades canadienses. Asimismo dicho centro presentó también una solicitud de residencia “por motivos humanitarios”. La petición de evaluación previa del riesgo inherente a la expulsión fue desestimada, ya que no se demostró que las autoridades colombianas no estuviesen en condiciones de ofrecer protección a doña Gabriela y sus hijos. Igualmente fue desestimada la solicitud de residencia permanente por motivos humanitarios debido a que la autora podría buscar protección en un centro para mujeres en Colombia y no tenía por qué regresar al mismo domicilio donde en ese momento residía su marido.

En junio de 2002, ante el riesgo de ser deportada, doña Gabriela decidió presentar una segunda solicitud de evaluación previa del riesgo inherente a la expulsión, esta vez en nombre propio y el de sus hijos, y desistir de solicitar la revisión judicial de la desestimación de la primera solicitud instada por el centro para mujeres de Toronto.

### **Preguntas**

Responda a las siguientes cuestiones

1. Si usted fuera el representante legal de doña Gabriela, ¿cómo argumentaría jurídicamente la denuncia a la luz de los hechos descritos? Trate de redactar una denuncia argumentando jurídicamente las razones por las que considera que el Estado parte ha vulnerado la Convención (CEDAW), e identifique los derechos y obligaciones concretos supuestamente vulnerados por el Estado Parte<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para redactar la denuncia puede consultar la información, así como el modelo de formulario de denuncia que encontrará en el Folleto informativo sobre los derechos humanos n°7 “Procedimientos para presentar denuncias” publicado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas en el siguiente enlace: [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7\\_s.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7_s.pdf)

2. Ahora, sitúese en la posición de representante legal del Estado Parte y trate de redactar los argumentos jurídicos por los que solicitaría al Comité la desestimación de la denuncia presentada por doña Gabriela. Trate de responder tanto a las cuestiones de forma (especialmente requisitos de admisibilidad), como a las de fondo que suscita el presente caso.

## 4. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

### 4.1. Lecturas complementarias

Además de la lectura propuesta en el primer ejercicio, existen otros documentos doctrinales de sumo interés que el alumno puede consultar. Seguidamente se destacan algunas lecturas que pueden ser de gran utilidad sobre esta temática:

*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, María, "Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, N°. 9, 2003

BARRÈRE UNZUETA, María, *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 MENENDEZ, 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., coords.), Zaragoza, Mira Editores, 2002
- 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
- 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.
- 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.
- VAZQUEZ, R. y CRUZ PARCERO, J. (Coords.), *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.

#### 4.2. Documentación on line

A continuación se incorpora un listado de los principales instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos de la mujer que el alumno puede consultar<sup>2</sup>:

a) Los instrumentos de protección universal del sistema de Naciones Unidas que a continuación se incluyen pueden ser consultados *on line* en la siguiente web:

[http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_subj\\_sp.asp?subj=32](http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=32)

- 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) Los instrumentos de protección específicos sobre los derechos de la mujer aprobados por Naciones Unidas que a continuación se incorporan pueden consultarse en:

[http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_subj\\_sp.asp?subj=4](http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=4)

- 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)

<sup>2</sup> Una compilación de este conjunto de Convenios y declaraciones internacionales puede 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>

- 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)
- 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)  
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>
- 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)<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A%2FCONF.177%2F20%2FRev.1&Submit=Buscar&Lang=S>



## 6

## LA CONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO REGIONAL AMERICANO

Yanira Zúñiga Añazco  
Universidad Austral de Chile

### 1. LECTURA DOCTRINAL

La finalidad de este capítulo es revisar la construcción de la igualdad de género desde una perspectiva teórico-conceptual e histórico-normativa y conocer los estándares que, al respecto, ha ido elaborando el sistema interamericano de derechos humanos para evaluar los avances obrados en la región americana sobre la materia. Al mismo tiempo, se busca ofrecer elementos para el análisis de la forma en que dichos estándares dialogan con los desarrollos normativos recientes del constitucionalismo latinoamericano a fin de observar, desde una visión multinivel, las sintonías, las disonancias y detectar las zonas críticas.

Para profundizar el conocimiento de los estándares de igualdad de género del sistema interamericano y visualizar la forma en que éstos son aplicados por tribunales internos, se recomienda la lectura del siguiente texto, al que se acompaña un resumen y una guía de lectura en forma de preguntas.

#### 1.1

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 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 Documentos Oficiales OEA/Ser. L/V/II. 143 Doc. 60, 03 de noviembre de 2011, Original en español, (135 pp.). El texto está disponible on line, en formato pdf, en la siguiente dirección: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>

**Resumen:**

El texto recoge el desarrollo de estándares de igualdad de género en el sistema interamericano, tanto en los Informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y analiza su impacto en las decisiones de los tribunales de los países que conforman el sistema. Los estándares aparecen sistematizados en función de dos grandes áreas temáticas, a saber, la violencia contra las mujeres y la discriminación contra las mujeres, que se descomponen, a su vez, en diversas sub-secciones. Por ejemplo, en materia de violencia contra las mujeres el texto analiza, entre otros estándares, la diligencia debida y la naturaleza, definición y alcance de la violencia sexual. En relación con la discriminación contra las mujeres, por su parte, se examina la situación de los derechos laborales, de los derechos políticos y la posición de la mujer en la esfera familiar, entre otras materias. En cada área temática, se presenta un corpus de sentencias nacionales que han aplicado, en el ámbito de diversos procedimientos jurisdiccionales, dichos estándares interamericanos.

**Preguntas:**

1. ¿Qué estándares de igualdad de género ha desarrollado la Comisión IDH?
2. ¿Cuáles son las materias, relacionadas con la igualdad de género y los derechos de las mujeres, que ha abordado la Corte IDH y cuáles han sido sus contribuciones a este respecto?
3. Identifique los estándares específicos de violencia de género que, según el texto, aplican los tribunales nacionales de los Estados parte del sistema.
4. De acuerdo a los estándares interamericanos ¿qué contenido y alcance tiene la violencia sexual? Dichos estándares ¿son aplicados por tribunales internos?
5. ¿Qué características tiene la discriminación en el caso de las mujeres indígenas? Ejemplifique citando las decisiones pertinentes de la Corte IDH

6. ¿Cuáles son los riesgos que afectan a las mujeres en el caso de conflicto armado?
7. De acuerdo a lo examinado en el texto ¿qué componentes podría concluirse que tiene la obligación de no discriminar contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los derechos sexuales y con los derechos reproductivos?

## 2. LECTURA JURISPRUDENCIAL



Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto González y otras (Campo algodnero) vs. México, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 16 de noviembre de 2009, serie c no. 205.

Se puede leer en el sitio web de la Corte Interamericana, concretamente en

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_es\\_p.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_es_p.pdf)

Se propone la lectura de la decisión más emblemática de la Corte IDH en relación con la igualdad de género, conocida coloquialmente como “la sentencia de las mujeres de Ciudad Juárez”. La demanda se relaciona con la desaparición y ulterior muerte de tres mujeres jóvenes, Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodnero de Ciudad Juárez, en noviembre de 2001. En la demanda se responsabilizó al Estado por la falta de medidas de protección de las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición, la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada. La Comisión solicitó a la Corte IDH que declare responsable al Estado por afectación de los siguientes derechos: derecho a la vida, derecho a la integridad personal, garantías judiciales, derechos del Niño y protección Judicial

**Preguntas:**

Responda a las siguientes cuestiones, a propósito de esta sentencia

1. Según la Corte IDH ¿Qué impacto tuvieron los estereotipos de género en la falta de diligencia del Estado mexicano y cómo gravitó esta cuestión en su responsabilidad internacional? Para responder esta pregunta identifique previamente los estereotipos citados en esta decisión, con indicación del párrafo respectivo.
2. Comente críticamente la reflexión que hace la Corte IDH en la sentencia examinada en relación con el feminicidio.
3. Refiérase a las medidas de reparación consideradas en el fallo y establezca si son adecuadas o no, en relación con los hechos denunciados.
4. Refiérase a las medidas de no repetición consideradas en la sentencia y evalúe, razonadamente, su efectividad.
5. En su opinión, ¿cuál es la contribución más significativa de esta sentencia en relación con la construcción de estándares de igualdad de género en el sistema interamericano? Para responder a esta pregunta, tenga en vista el texto doctrinal referido más arriba y procure resumir su respuesta en no más de 15 líneas.



Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *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.

Se puede leer en el sitio web de la Corte Interamericana, concretamente en

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Esta decisión se pronuncia sobre los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional un Decreto Ejecutivo que regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en dicho país. Esta última sentencia ocasionó que la FIV no pudiera practicarse en el territorio de Costa Rica y obligó a las víctimas a interrumpir tratamientos médicos ya

iniciados y/ o desplazarse al extranjero para acceder a esta técnica. Con base en estos hechos, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente a Costa Rica por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Uno de los puntos sobresalientes de la sentencia es su pronunciamiento sobre el régimen de protección jurídica del pre-embrión/embrión/feto bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual la Corte realizó un extenso ejercicio de interpretación del art. 4.1 de la Convención, en el que acudió a diversos elementos hermenéuticos. Sobre este asunto, *en particular interesa la lectura de los párrafos 163 a 264 de la sentencia.*

El segundo aspecto a tener en cuenta es la vinculación que la Corte IDH establece entre los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y los derechos reproductivos de las personas

**Preguntas:**

Responda a las siguientes cuestiones:

1. Resuma la tesis de la Corte IDH en relación con la interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana. Procure hacerlo en no más de 15 líneas.
2. ¿Cuáles son las vinculaciones que la Corte IDH establece entre la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia y el derecho a la integridad física y mental, por una parte, y los derechos reproductivos de las personas, por la otra? En su opinión, ¿tales vinculaciones alcanzan a las decisiones de no procrear? y, si es el caso ¿en qué términos?
3. ¿Qué distinción realiza la Corte a propósito del régimen de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con la jurisprudencia sobre la protección de la vida privada-familiar de su homóloga europea? Para responder a esta pregunta investigue las

líneas matrices de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con el referido derecho y evalúe si la distinción que plantea la Corte IDH implica o no una ventaja comparativa del sistema interamericano.

4. ¿Qué concepto de discriminación utiliza la Corte IDH en este asunto? ¿Cuáles de los elementos constitutivos de tal concepto son especialmente relevantes en materia de igualdad de género?
5. ¿Sobre qué bases la Corte IDH determinó que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica fue desproporcionada? ¿Qué elementos de esta aproximación deben ser tenidos en cuenta para evaluar la compatibilidad de las regulaciones prohibitivas del aborto existentes en América Latina, en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos?

### 3. SUPUESTO PRÁCTICO

Gabriela era madre de tres hijos, el primero engendrado en una violación cometida por un familiar cuando ella tenía 16 años, el que se encuentra al cuidado de uno de sus hermanos mayores, pues nació con problemas. El segundo de los niños y el único que vive con ella, había nacido producto de una relación con Eloy G. C, a quien conoció mientras trabajaba en Zapahuira y que no lo reconoció como su hijo. La menor de sus hijos fue entregada al cuidado una institución de protección de la infancia, y fue concebida con su hermano, Cecilio, quien supo de su paternidad meses después que la niña había nacido.

Gabriela trabajaba en el pastoreo de llamas para la Estancia Caicone (ubicada a 17 Km. del caserío de Alcérreca, en el norte de Chile), por el que recibía una remuneración de \$3.000 diarios, más alimentación y sin trato por pérdida de los animales. Tenía una relación sentimental con el dueño de la estancia y los animales, quien era casado y su mujer no conocía la existencia de la relación extra marital. El día 17 de julio de 2007 Gabriela se dirige a la Estancia Caicone para comenzar al día siguiente la labor de pastoreo, que dura cerca de 12 días. Esta labor debe comenzar muy temprano a fin de poder guarecerse antes que llegue la noche, pues las temperaturas pueden alcanzar los 25° bajo cero.

Como no consigue que alguien cuide a su hijo Domingo, de 3 años, lo lleva con ella. El día 23 de julio, en momentos que ya bajaba con el ganado, se percató que algunos animales se habían retrasado, por lo cual deja a su hijo con los restantes, luego de haberse cerciorado que no había peligro, para ir en búsqueda de los que estaban perdidos. Cuando regresa, cerca de una hora después, no encuentra a su hijo, lo busca y al no encontrarlo, regresa a Alcérrega en busca de ayuda. Denuncia el hecho a funcionarios de la policía local y éstos la detienen. El cuerpo de Domingo es encontrado el 2 de diciembre de 2008 en el sector denominado Palcopampa, distante a 12 km. del caserío Caicone, no pudiendo determinarse de manera fehaciente la causa de su muerte.

Entre los días 5 a 10 de abril del año 2010 se lleva a cabo un juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo penal (TOP) de Arica, en contra de Gabriela, por los delitos de abandono de menor en lugar solitario con resultado de muerte, obstrucción a la investigación e incesto. Por este último delito también es acusado su hermano Cecilio. En la sentencia se absuelve a Cecilio y Gabriela por el delito de incesto y a Gabriela por el de obstrucción a la investigación, pero se la condena, en cambio, a 10 años y un día, por el abandono del menor con resultado de muerte.

La defensoría pública alegó a los efectos de apreciar la negligencia de la imputada debía aplicarse la costumbre indígena, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, dado que la ésta pertenecía a la etnia aimara, dedicada ancestralmente al pastoreo, y considerando que dentro de esta comunidad es una práctica habitual que los niños acompañen a las madres en estas tareas. El TOP de Arica descartó dicho alegato advirtiendo que la defensa intentó mostrar a la acusada “como una mujer indígena totalmente fuera de la cultura «occidental»”. Sin embargo- según los jueces- Gabriela Blas fue al colegio hasta sexto año básico, trabajó nueve meses como empacadora de tomates en Azapa, también en un restaurante en Zapahuira, donde sostuvo relaciones de pareja con los camioneros que pasaban, e hizo un reclamo en la Dirección del Trabajo por no pago de sus cotizaciones, trámites que no podría haber efectuado una persona con de privación cultural. Además, el

fallo sostuvo que en su casa de Alcérreca la Policía de Investigaciones (PDI) encontró prendas femeninas y documentación en el lugar, tales como toallas higiénicas y su carnet del Fondo Nacional de Salud.

En cuanto al delito de abandono de menores, el TOP argumento que se puede dar " por acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico, puesto que lo aseverado por los propios peritos de la defensa [...], al referirse a las diversas conductas que dentro de la comunidad son aceptables, en nada difiere en este punto con cualquier otra cultura, esto es, el cuidado que una madre debe brindar a sus hijos, y si bien es posible aceptar que la forma en que ancestralmente la comunidad se ha dedicado al pastoreo, permiten sostener que es algo cotidiano que los niños desde pequeños son enseñados en las labores de pastoreo, es la conducta errática de la acusada asumida desde el momento que se acerca a realizar su denuncia, la que no es congruente con su conducta posterior, especialmente la de cambiar lugares, involucrar a otras personas, designar evidencias que sabía falsas, incluso aceptar dar muerte a su hijo. Esta conducta a juicio de estos sentenciadores permite restarle toda verosimilitud a su versión de extravío" (Considerando 9º de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 15 de abril de 2010)

La defensa de Gabriela interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia antes referida, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica el 30 de agosto de 2010, ordenando que se realizara nuevamente un juicio oral, en atención a que se había incumplido el mandato legal del Art. 342 letra c) del Código procesal penal, esto es, que la sentencia del TOP expusiera en forma clara, lógica y completa los fundamentos que hubieren servido para establecer los hechos. El nuevo juicio se realizó los días 4 y 6 de octubre de 2010 y sólo comprendió los hechos que, de acuerdo al Ministerio Público, constituían el abandono del menor, resultando Gabriela condenada a una pena de cumplimiento efectivo de 12 años de presidio mayor en su grado medio.

En esta nueva sentencia, las consideraciones de fondo del tribunal, respecto de la manera de apreciar el delito de abandono de menores, son similares a las contenidas en el fallo anulado. Así, se argumentó que “es ese el sentido de la carga de los niños en el aguayo; la protección, el cuidado por la prole, el mismo que tiene la tradición oral del cuidado la que Isabel Flores, una pastora relató, manifestando que su madre siempre le decía que los niños pegados con ella, porque había leyendas de niños perdidos, de esta forma de las madres a las hijas se les traspasa el conocimiento de los cuidados que se deben tener con los niños, este es el mismo sentido que tienen las leyendas de los niños perdidos (del duende que llora, que señaló Supanta y que corresponde a un niño perdido) estas leyendas corresponden a la cultura popular, por medio de la cual les enseña a los pastores y se les advierte de la existencia de peligros en esta actividad [...] en este contexto Gabriela pudo hipotéticamente representarse que si los animales quedaban atrás podían perderse o ser atacados por un animal feroz, pues bien, usando esta misma lógica estos magistrados no logran entender cómo Gabriela en su posición de garante, de madre indígena conocedora de los peligros no se representó que la pérdida o el ataque de un animal feroz podía acontecerle a su hijo, una criatura con menos herramientas que cualquier animal altiplánico frente al frío, al hambre, al ataque de los depredadores o a las inclemencias del clima. De esta forma, si el peligro que acechaba al animal al que fue a buscar Gabriela era el frío o la noche ninguno de estos peligros era mortal para un animal del altiplano, sí para Domingo a quien dejó abandonado cuando según ella optó por el animal; actitud que no cuadra con los usos y costumbres del pastoreo en el altiplano” (Considerando 11° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 11 de octubre de 2010).

En la aplicación de la pena, el TOP tampoco aplicó el Convenio 169 de la OIT que obliga a privilegiar las sanciones no privativas de libertad, las que deben ser ajustadas, en lo posible, a las costumbres del grupo étnico. Los jueces interpretaron, en cambio, que su obligación era conceder este beneficio siempre y cuando la legislación interna contemplase una pena alternativa o si

la Ley No. 18.216 (que establece medidas alternativas a las penas privativas de libertad) fuese aplicable a sanciones superiores a los cinco años y un día.

Al cumplir 6 años de condena efectiva, Gabriela fue indultada por el Presidente de la República de Chile. Gabriela ha sostenido en reiteradas oportunidades que durante la investigación sufrió la hostilidad de la policía.

*Los hechos que se relatan en el supuesto son totalmente reales. Más antecedentes sobre este caso pueden encontrarse en la tesina de grado, realizada por Gabriel Galaz, y publicada por el periódico de investigación CIPER, bajo el título “La historia no contada de la pastora aimara condenada por extraviar a su hijo”, disponible en versión electrónica en*

<http://ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/>

**Preguntas:**

Responda a las siguientes cuestiones:

1. Sitúese en la posición de la víctima. ¿Qué derechos de los reconocidos en la Carta Interamericana de Derechos Humanos considera usted que han sido vulnerados en este caso? Detalle los preceptos del Pacto de San José en que esos derechos se contienen y explique las razones por las que considera que han sido vulnerados.
2. Sitúese en la posición de representante legal del Estado de Chile. Si Gabriela hubiese planteado una demanda individual sobre la base de los hechos que acaban de relatarse y usted debe redactar el escrito de alegaciones de respuesta a la demanda, ¿qué argumentos jurídicos cree que pueden plantearse para que la Comisión inadmita la demanda?
3. En su opinión ¿las sentencias referidas contienen estereotipos? Si su respuesta es afirmativa, señale determinadamente cuáles y cómo habrían impactado en tales decisiones.
4. En el caso relatado ¿qué contenido y alcance debiera darse al principio del interés superior del niño y a la costumbre indígena?

5. Investigue cuáles son las relaciones entre el género y la diversidad cultural y elabore un análisis sobre sus vinculaciones, exponiendo si existen o no áreas de conflicto.

#### 4. OTROS EJERCICIOS PRÁCTICOS

##### *Análisis de material audiovisual*

En el siguiente vídeo se puede ver un documental completo emitido por el programa “La noche temática” de TVE (España), el 8 de Diciembre de 2007, que explora la prácticas de infanticidio y feticidio en India, Pakistán y China. En este material la ONG “Terre des hommes” recorre los barrios más pobres disuadiendo a los padres de estas prácticas.

<http://www.youtube.com/watch?v=SrvjsxOUzC4>

Una vez visto el documental elabore un ensayo que se refiera a las relaciones entre el género y la cultura, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos.

#### 5. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

##### 5.1. Lecturas complementarias

Además de la lectura propuesta en el primer ejercicio, existen otros documentos doctrinales de sumo interés que los estudiantes pueden consultar. Destacamos aquí los siguientes trabajos:

EMMENEGGER, S. “Perspectivas de género en derecho” en Hurazo Pozo, J. (Dir.) *Derecho penal y discriminación de la mujer: anuario de derecho penal*, 1999-2000, Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2001, disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1999\\_05.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_05.pdf)

Facio, A. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD, 1992, disponible en [http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/documentos/Lib\\_cuando\\_genero\\_suena.pdf](http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/documentos/Lib_cuando_genero_suena.pdf)

García Pascual, Cristina, “Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto”, *Derechos y Libertades*, Número 16, Época II, enero de 2007, pp. 181-209, disponible en <http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7135/DyL-2007->

[GarciaPascual.pdf;jsessionid=8E48F907AD79230B0EC31CB89E7DFB2B?sequence=1](http://www.garcia-pascual.com/pdf/jsessionid=8E48F907AD79230B0EC31CB89E7DFB2B?sequence=1)

Lagarde, M. "Mujeres cuidadoras: entre la obligación y la satisfacción". *Cuidar Cuesta: costes y beneficios del cuidado*, SARE, 2003, disponible en

[http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/marcela\\_lagarde\\_y\\_de\\_los\\_rios/mujeres\\_cuidadoras\\_entre\\_la\\_obligacion\\_y\\_la\\_satisfaccion\\_lagarde.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/marcela_lagarde_y_de_los_rios/mujeres_cuidadoras_entre_la_obligacion_y_la_satisfaccion_lagarde.pdf)

Scott, J. I género: Una categoría útil para el análisis histórico, en Joan W. Scott, *Género e Historia*, Fondo de Cultura, Económica-Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2008, Hay una versión disponible en

<http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/scott.pdf>

Villanueva Flores, R. *El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 2007, disponible en

<http://www.artemisanoticias.com.ar/images/FotosNotas/participacionpolitica.pdf>

VVAA. *Justicia, género y sexualidad*, RED ALAS y Centro de DDHH de la Universidad de Chile, Santiago, 2012, disponible en

<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/84.pdf>.

### 5.1. Documentación on line

Latindex, que es un sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, España y Portugal, contiene un repertorio de revistas sobre estudios de género. Éste puede consultarse en:

[http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficTema.html?opcion=1&clave\\_tema=180&nivel\\_tema=5.64](http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficTema.html?opcion=1&clave_tema=180&nivel_tema=5.64)

# IV

## **DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y AFRODESCENDIENTES**



## 7

## EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Julian Burger

Human Rights Center, University of Essex, UK

### 1. PUNTOS CLAVE Y CUESTIONARIO

El propósito de este capítulo es proporcionar un resumen de los puntos claves y preguntas para orientar los debates en clase. El manual está dividido en tres secciones.

La primera sección establece la **información general** que es de referencia útil para la comprensión de las cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas y los derechos humanos.

La segunda sección establece las **normas internacionales** de derechos humanos relativas a los pueblos indígenas y se centra, en particular, en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La tercera sección examina la cuestión de la aplicación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y de los **mecanismos de las Naciones Unidas** disponibles.

#### Sección 1: información general

##### **Puntos clave:**

- Los pueblos indígenas se enfrentan a la discriminación y el trato desigual en los países en los que viven. Esto se manifiesta en forma desproporcionada con problemas de salud, menores ingresos y oportunidades de empleo, menos acceso a la educación y la desventaja en relación con otros indicadores socioeconómicos.
- Los pueblos indígenas vinculados a sus tierras tradicionales enfrentan el desplazamiento forzado para dar paso a las actividades económicas a menudo relacionadas con la extracción de recursos. Sus tierras pueden ser despojadas y las economías de subsistencia de los pueblos indígenas y la

seguridad alimentaria se ve afectada. Los pueblos indígenas retirados de sus tierras pueden perder sus identidades, culturas y lenguas distintas.

- Históricamente los pueblos indígenas han sido sometidos a la colonización y, a menudo consideran que sus formas distintivas de la vida se ven amenazados por las políticas gubernamentales de la actualidad y que no son libres de determinar su propio futuro.
- No existe una definición internacionalmente aceptada de los pueblos indígenas, sino criterios que son útiles para la comprensión de sus características comunes son ampliamente reconocidas. Estos elementos incluyen el hecho de que los pueblos indígenas tienen fuertes vínculos con sus tierras tradicionales, territorios y recursos y son discriminadas por ser indígenas.
- La ONU acepta la primacía de la auto identificación y que los pueblos indígenas a decidir quién y quién no es indígena. Esto puede dar lugar a algunos problemas en los estados, en particular en África y Asia, donde muchos gobiernos no aceptan la noción de los pueblos indígenas.
- Después de décadas de obtener poco reconocimiento por la comunidad internacional, los pueblos indígenas han ido ganando visibilidad en los foros internacionales.

**Preguntas:**

1. ¿Cuáles son los principales problemas de derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas?
2. ¿Qué tan importante es el legado histórico de la colonización?
3. ¿Cómo podemos caracterizar a los pueblos indígenas? ¿Qué características comunes de hacer los pueblos indígenas de las diferentes regiones han? Distinguir entre las minorías y los pueblos indígenas?
4. ¿Por qué es importante para los pueblos indígenas la noción de auto-identificación?
5. ¿Qué factores han contribuido al creciente reconocimiento internacional de las preocupaciones de los pueblos indígenas?

**Sección 2: normas internacionales de derechos humanos*****Puntos clave:***

- La Organización Internacional del Trabajo fue el primer órgano intergubernamental para reconocer los derechos de los pueblos indígenas cuando se adoptó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957. El Convenio fue criticado por ser asimilacionista. Fue sustituido por el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989. Hasta la fecha el Convenio sea ratificado por 22 países, principalmente en América Latina.
- El proceso de elaboración de una declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas se inició con la creación del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Poblaciones Indígenas en 1982. El Grupo de Trabajo estuvo integrado por 5 expertos independientes que completaron el proyecto en 1993. De 1995 a 2006, un grupo de trabajo especial de los gobiernos examinó el proyecto, aprobó cambios en cooperación con los pueblos indígenas, y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General en septiembre de 2007.
- La Declaración fue desarrollado con amplia participación de las comunidades indígenas.
- La Declaración protege los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como de sus derechos individuales.
- La Declaración tiene varios artículos que afirman el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y garantizar su derecho a la igualdad de trato. Una tercera parte de los artículos son relacionados con las tierras, recursos y territorios.
- La Declaración introduce el concepto de consentimiento libre, previo e informado, que reconoce debe ser la base de las consultas entre los gobiernos y los pueblos indígenas.
- La Declaración reconoce los derechos de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propios sistemas jurídicos y costumbres al tiempo que reconoce los derechos de las personas a disfrutar de todos los derechos establecidos en el derecho internacional.

- La Declaración es una resolución de la Asamblea General y, como tal, no es vinculante para los Estados. Sin embargo, la Declaración ayuda a establecer que los derechos que son vinculantes para los gobiernos pueden implementarse para los pueblos indígenas.

**Preguntas:**

1. ¿Por qué son importantes los derechos colectivos de los pueblos indígenas?
2. ¿Qué significa el derecho a la libre determinación en la práctica?
3. Distinguir entre la consulta y el consentimiento?
4. ¿Qué significa el consentimiento libre, previo e informado?  
¿Qué se entiende por libre, previo e informado?
5. ¿Por qué es como una gran cantidad de la Declaración dedicada al derecho a la tierra?
6. ¿Qué protecciones existen para los pueblos indígenas de las tierras, los territorios y los recursos?
7. ¿Cuál es el desarrollo con cultura e identidad?
8. ¿Cuál es el estatus jurídico de la Declaración?
9. ¿Cómo se relaciona con otras normas internacionales de derechos humanos?
10. ¿Cómo es diferente y similar al Convenio 169 de la OIT, la Declaración?

**Sección 3: Los mecanismos de las Naciones Unidas**

**Puntos clave:**

- El primer organismo creado exclusivamente para discutir cuestiones de los pueblos indígenas es el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas. Se reunió anualmente entre 1982 y 2006. Además de la preparación del primer borrador de la Declaración, que fue la base para las discusiones, sino que también organizó numerosos seminarios de expertos, llevó a cabo estudios y propuso acciones para mejorar la situación de los pueblos indígenas a nivel internacional.
- El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos) se inició en 2001.

El Relator Especial recibe las denuncias de abusos contra los derechos humanos, realiza visitas a los países y prepara informes sobre cuestiones temáticas.

- El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se reunió por primera vez en Nueva York en 2002 y es un órgano consultivo del Consejo Económico y Social. Tiene el mandato de contribuir a la coordinación del sistema de las Naciones Unidas en relación con los pueblos indígenas. Se compone de 16 expertos de la mitad de los cuales se seleccionan de entre los candidatos presentados por las organizaciones y los pueblos indígenas.
- El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue establecido como un órgano consultivo del Consejo de Derechos Humanos para preparar estudios temáticos sobre los pueblos indígenas. Está compuesto por expertos que hasta la fecha, principalmente han sido nombrados de los pueblos indígenas.

### ***Preguntas***

1. ¿En qué medida los tres mecanismos de las Naciones Unidas que se ocupan de los pueblos indígenas se complementan entre sí?
2. ¿Cómo pueden los pueblos indígenas utilizar estos mecanismos para elevar sus problemas y llamar la atención sobre las presuntas violaciones de los derechos?



## 8

## MOVIMENTOS, POVOS & CIDADANIAS INDÍGENAS: *INSCRIÇÕES* CONSTITUCIONAIS E DIREITOS ÉTNICOS NA AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

Jane Felipe Beltrão  
Assis da Costa Oliveira  
Universidad Federal de Pará

### 1. LEITURA DOUTRINAL

Retomando a discussão feita no texto *Movimentos, Povos & Cidanganias Indígenas: Inscrições Constitucionais e Direitos Étnicos na América Latina* as leituras indicadas se propõem a examinar os eixos da problematização apresentada para poder avançar na discussão dos limites do direito e do estado nacional no trato da diversidade cultural. Considerando que as noções de justiça para os povos indígenas não necessariamente coincidem com as noções judaico-cristã impressas nos textos constitucionais, e que para compreendê-las deve-se usar de *sensibilidade jurídica*, como ensina Geertz (1998), usando da possibilidade de compreender o uso do relativismo e da diversidade. Portanto, as leituras e os questionamentos dizem respeito ao campo da Antropologia em diálogo com o Direito.

---

<sup>1</sup> Uma primeira versão das ideias que, ora se apresenta, pode ser consultada em: 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.

1.1

GEERTZ, Clifford. "Anti anti-relativismo". In *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 47-67.

**Resumo:**

O autor discute no texto os limites do relativismo e a conjuntura política de sua utilização, apontando a necessidade de praticar o anti anti-relativismo como possibilidade de problematizar as situações e de compreender direitos, inclusive em caso de conflito considerando os contextos sociais e as complexidades do saber local.

1.2

GEERTZ, Clifford. "Os usos da diversidade". In *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 68-84.

**Resumo:**

O texto discute a noção de diversidade cultural e as possibilidades de utilização da mesma em diálogo entre a Antropologia e o Direito, considerando a necessidade de se ter como horizonte as especificidades para a adequada formulação "das justiças".

1.3

GEERTZ, Clifford. "O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa". In *O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa*. Rio de Janeiro, Vozes, 1998, pp. 249-356.

**Resumo:**

O artigo informa sobre as relações entre Antropologia e Direito identificando as diferenciadas epistemologias dos campos, considerando os saberes locais sobre as noções diferenciadas de justiça em três comunidades diferentes, as quais para serem compreendidas se deve fazer uso da *sensibilidade jurídica*, conceito elementar na argumentação de Geertz.

**Sobre o autor:**

Clifford Geertz traz uma nova ideia sobre cultura enquanto sistema simbólico no conjunto dos textos que produziu. É o fundador da Antropologia interpretativa que procura fazer etnografia lendo os diversos “textos” na tentativa de interpretar símbolos e apresentá-los por meio de uma descrição “densa”. Sua produção impactou a Antropologia na segunda metade do século XX e influenciou outras disciplinas.

Para conhecer o autor leia: SERNA, Justo. “Por qué hay que leer a Clifford Geertz” *In Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*. Nº. 10, 2002. [www.uv.es/jserna/Geertz.htm](http://www.uv.es/jserna/Geertz.htm) e TSU, Victor Aiello & GEERTZ, Clifford. “A Mitologia de um Antropólogo (entrevista)” *IN Revista de Estudos da Religião*. Nº. 3, 2001: pp. 126-133. [www.pucsp.br/rever/rv3\\_2001/p\\_geertz.pdf](http://www.pucsp.br/rever/rv3_2001/p_geertz.pdf)

**2. LEITURA JURISPRUDENCIAL**

Considerando a necessidade de tornar visível os avanços e os recuos referentes aos Direitos Étnicos, na América Latina, frente ao colonialismo interno e externo, propõem-se a análise de casos julgados pelos Tribunais Internacionais e pela Corte Interamericana, pois a jurisprudência internacional contribui para o alargamento do reconhecimento dos direitos indígenas nos direitos nacionais. Leia cuidadosamente, pelo menos, duas das sentenças abaixo e após a leitura trabalhe as interrogações apresentadas ao final da listagem.

**2.1. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua**

*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 1 de febrero de 2000. (Excepciones Preliminares). Disponível em:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_66\\_esp.pdf](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). Disponível em:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)

De forma resumida, pode-se dizer que o caso tem início em função da divergência da comunidade *Mayagna* (Sumo) *Awat Tingni* em relação ao ato da Junta Diretora do Conselho Regional da Região Autônoma Atlântico Norte, o qual em 1995 reconheceu convênio firmado entre o Governo Regional Autônomo e a empresa Solcarsa S/A para realização de operações florestais na Zona de Wakambay. A eminência do fato leva o representante legal da comunidade a manifestar-se por meio de carta endereçada ao Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (MARENA) para protestar contra possível outorga de concessão de exploração de recursos naturais nas terras indígenas à Solcarsa S/A, sem consulta prévia à comunidade. Desde então, uma série de ações judiciais e recursos administrativos foram impetrados pelo representante legal da comunidade objetivando suspender a outorga à empresa e garantir a demarcação das terras tradicionais da comunidade, sem que lograsse efeito satisfatório para os demandantes, nas mais variadas esferas da organização judicial do país. Assim, mediante alegação de esgotamento dos recursos internos, conforme previsto na *Convenção Americana*, o caso é apresentado à Comissão em 1995 e é encaminhado com pedido de medidas cautelares para impedir a exploração dos recursos naturais pela empresa. Em 1998, o caso ingressa na Corte, pois o Estado nicaraguense: (1) não demarcou o território coletivo da comunidade *Awat Tingni*, da etnia *Mayagna*, para assegurar o direito à propriedade comunal do território e ao manejo dos recursos naturais; e (2) por ter apoiado a exploração dos recursos naturais existentes no território por empresa privada, sem consulta prévia a comunidade. Em 2001, decorridos seis anos do ingresso do conflito na Comissão e três anos da apresentação à Corte, a última emite Sentença na qual condena a Nicarágua a arcar com diversas responsabilidades referentes ao processo e pelo fato de ter violado, em prejuízo da comunidade *Awat Tingni*, os artigos 21 (direito à propriedade) e 25 (direito à proteção judicial) da *Convenção Americana*, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção.

Com base na leitura das sentenças, reflita e responda as demandas abaixo.

1. Faça uma síntese contendo os principais eventos do caso enquanto tramitava na Comissão IDH e identifique qual a posição desta ao apresentar o caso à Corte IDH.  
Orientação para resposta: buscar as informações nos Itens III e IV da Sentença de Exceções Preliminares (pp. 4-8) e/ou o Item III da Sentença de Fundo, Reparações e Custas (pp. 2-6).
2. Qual a posição da Nicarágua e da Comissão IDH a respeito do não esgotamento dos recursos internos e qual o posicionamento assumido pela Corte IDH?  
Orientação para resposta: procurar as informações no Item VI da Sentença de Exceções Preliminares (pp. 10-13) e o Item VIII da Sentença de Fundo, Reparações e Custas (pp. 60-73).
3. Qual a postura do Estado nicaraguense com relação à garantia dos direitos territoriais do povo Mayagna antes da Sentença e de que forma a comunidade foi impactada pela Sentença?  
Orientação da resposta: coletar as informações, sobretudo, no trecho: “19. El 17 de noviembre de 1997 los peticionarios manifestaron que el aspecto central de la denuncia era la falta de protección por parte de Nicaragua de los derechos de la Comunidad sobre sus tierras ancestrales, situación que aún permanecía vigente.” (Corte IDH, 2000: 5-6)
4. Identifique os principais argumentos produzidos por testemunhas e peritos sobre a identidade cultural e a territorialidade étnica da comunidade *Awes Tingni*?  
Orientação para resposta: utilizar os dados presentes no Item “B” da Sentença de Fundo, Reparações e Custas (pp. 18-47), sobretudo os testemunhos de Jaime Castillo Felipe, Charly Webster Mclean Cornelio e Theodore Macdonald Jr.
5. Comente de que forma a presença de representantes indígenas e de especialistas contribuiu para a elucidação do conflito e a relação entre direitos humanos e direitos indígenas?

Orientação para resposta: o conteúdo para as respostas encontram-se sobretudo nas pp. 66 e seguintes da Sentença de Fundo, Reparações e Custas, indicando, dentre outras coisas a forma como testemunhas locais e os especialistas participaram do jogo de produção dos discursos no processo para conversão político-ideológica das fronteiras jurídicas da Corte, provocando novos arranjos de legitimação das relações (internacionais) de poder existente entre Corte, Estado e Vítimas, além de, no plano propriamente dos direitos humanos, apropriarem-se de categorias nativas para orientar a renovação hermenêutica das normas internacionais.

6. Como ocorreu o processo de construção hermenêutica da conexão entre a noção nativa de territorialidade e sua tradução jurídica na categoria propriedade privada, pela Corte IDH?

Orientação para resposta: os subsídios encontram-se no Item IX da Sentença de Fundo, Reparações e Custas (pp. 73 e seguintes), com especial enfoque no ponto 148: “[m]ediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos –, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.” (Corte IDH, 2001: 78).

7. Com base nos textos de Geertz, reflita de que forma é possível fazer uma leitura do reconhecimento da noção nativa de territorialidade pelos juízes da Corte IDH?

Orientação para debate: procurar os subsídios nos pontos 148 e 149 da Sentença de Fundo, Reparações e Custas (p. 78) e fazer análise com base nos conceitos de sensibilidade e pluralismo jurídico de Geertz (1998).

8. Quais os ganhos político-normativos com a utilização da interpretação evolutiva pela Corte IDH? E, de que forma este mecanismo pode contribuir para o avanço dos direitos dos povos tradicionais nos ordenamentos nacionais?

Na resposta, deve-se fazer menção ao artigo 29 da *Convenção Americana* que apresenta os parâmetros da interpretação evolutiva. Em relação ao caso *Mayagna Vs. Nicarágua*, informar quais as principais contribuições da interpretação evolutiva dos direitos humanos foram no sentido de trazer elementos hermenêuticos para (1) orientar a leitura das normas internacionais e nacionais do caso; (2) subsidiar jurisprudência da Corte favorável às coletividades diferenciadas étnico-culturalmente; e (3) possibilitar o ingresso no espaço jurisdicional internacional de membros da comunidade *Awas Tigni* com status de porta-vozes privilegiados da memória dos valores culturais locais e das atrocidades sócio-estatais. Com isso, a interpretação evolutiva dos direitos humanos se coloca como instrumento de qualificação pós-colonial dos espaços jurisdicionais, ao exigir (para não dizer obrigar) a abertura da cultura jurídica internacional e nacional à sensibilidade jurídica de outros grupos étnicos.

9. Qual o julgamento da Corte IDH sobre a violação do direito à propriedade da comunidade *Awas Tigni*? (Indique as proposições resolutivas).

Orientação para resposta: as informações podem ser obtidas nos pontos 153 e 164 (pags. 79, 84) e o Item XII (pp. 86-88) da Sentença de Fundo, Reparações e Custas.

10. Na sua opinião, de que forma a Corte IDH influenciou a modificação do direito nacional nicaraguense para reconhecimento dos direitos indígenas?

Orientação para resposta: buscar informações nos pontos e itens definidos na pergunta anterior.

### 3. EXERCÍCIO PRÁTICO

Na diversidade, o respeito aos povos etnicamente diferenciados é fundamental à convivência plural, autodeterminação e autonomia dos indígenas em qualquer país

latino americano. Busque a decisão do Tribunal Constitucional da Bolívia que reconhece autonomia da Justiça Indígena. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/Resolucion\\_1422\\_2012\\_\\_Tribunal\\_Constitucional\\_de\\_Bolivia.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/Resolucion_1422_2012__Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf) .

**Resumo:**

Trata-se de sentença emitida pelo *Tribunal Constitucional de Bolívia*, em 24 de setembro de 2012, de julgamento da ação de liberdade interposta por Balvino Huanca Alavi contra a decisão tomada por Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo, dirigentes da Junta Vicinal de Poroma, da província de Oropeza, do departamento de Chuquisaca, cujo teor propõe a aplicação da sanção de expulsão da comunidade a Balvino e sua família em consequência do delito de roubo cometido por seu filho. A importância da decisão judicial reside na estruturação de critérios para a interpretação dos direitos fundamentais em contextos interculturais, utilizando-se, para tanto, de embasamento jurídico-antropológico e reconhecendo os valores do pluralismo jurídico, da interculturalidade e da descolonização, com a formulação do critério do “teste do paradigma do viver bem” (*test del paradigma del vivir bien*), o qual passa a ser usado como parâmetro essencial para o controle plural de constitucionalidade das decisões emanadas da Jurisdição Indígena Originária Campesina. Com isso, o julgamento do caso, ao sopesar a análise dos fatos concretos por meio dos critérios interculturais estabelecidos, concede a tutela aos pleiteantes.

1. Quais as informações antropológicas trazidas pela Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional e sua importância para o andamento do caso?

Orientação para resposta: fazer menção aos aportes socioculturais e cosmológicos de caracterização do povo indígena presentes no Item III da Sentença (pp. 4-9) e indicar que a utilização do aporte antropológico serviu para o reconhecimento judicial da legitimidade da Jurisdição Indígena e também da identidade cultural dos moradores da província de Oropeza.

2. De que forma os valores do pluralismo jurídico, da interculturalidade, da descolonização e da interlegalidade são estabelecidos no âmbito do Estado Plurinacional da Bolívia?

Orientação da resposta: buscar subsídios na argumentação jurídica presente no Subitem IV.1 (pp. 10-11), construindo reflexões que indiquem também a forma como o Estado Plurinacional boliviano passa a se conformar a partir da fundamentação jurídica destes princípios.

3. Qual a argumentação jurídica produzida na Sentença para justificativa do controle plural de constitucionalidade das decisões emanadas na Justiça Indígena Originária Campesina?

Orientação para resposta: utilizar os aportes presentes nos Subitens IV.3 e IV.4 (pp.13-14), fazendo menção as limitações de exercício da Jurisdição Indígena codificados na Constituição boliviana, tendo por base o respeito aos direitos fundamentais.

4. Identifique e caracterize os critérios estabelecidos para possibilitar a interpretação dos direitos fundamentais em contextos interculturais e indique se estes critérios poderiam ser utilizados em outros estados latino-americanos?

Orientação para resposta: buscar os dados presentes nos Subitens IV.5 e IV. 6 (pp. 14-17) que estabelecem cinco critérios: (1) harmonia axiomática; (2) decisão da Justiça Indígena em acordo com a cosmovisão própria da nação e povo indígena; (3) ritualismo harmônico, com procedimentos e normas tradicionais utilizados de acordo com a cosmovisão de cada nação e povo indígena; (4) proporcionalidade e necessidade estrita; (5) controle plural de constitucionalidade contra decisões desfavoráveis a grupos vulneráveis (no caso concreto, mulheres e crianças) internos das nações e povos indígenas.

5. Apresente as conclusões apresentada pela relatora da análise do caso concreto, tendo por base os pontos de utilização dos componentes do “teste do paradigma do viver bem”.

Orientação da resposta: encontra as informações no Subitem IV.8 (pag. 18-23), e principalmente a partir da página 20, sendo necessário que os estudantes apresentem as considerações e decisões estabelecidas para cada componente do critério do “teste do paradigma do viver bem”?

6. Você concorda com o controle plural de constitucionalidade da Justiça Indígena e com os componentes estabelecidos no “teste do paradigma do viver bem”?

Orientação da resposta: produzir reflexões livres que coloquem sua posição em relação aos elementos centrais presentes na Sentença, e buscando análise comparativa com seus contextos nacionais. Deve-se presar por respostas que tenham boa fundamentação teórica, normativa e empírica, de modo a garantir aportes críticos.

7. Considerando que operadores do direito são formadores de opinião produza um pequeno texto (cerca de 4.000 caracteres) tecendo considerações sobre a importância da decisão do Tribunal Constitucional da Bolívia para divulgação em jornal.

#### 4. OUTROS EXERCÍCIOS PRÁTICOS

Na busca pela diferença cabe aos juristas trabalhar invadindo as fronteiras da Antropologia em busca de exercitar a sensibilidade jurídica e a tradução intercultural dos direitos humanos, buscando subsídios em aportes audiovisuais que o enriquecimento da reflexão e do debate sobre o avanço dos direitos indígenas no cenário dos Estados nacionais.

O vídeo abaixo disposto constitui-se numa entrevista concedida pela professora Raquel Yrigoyen Farjado, investigadora do Instituto Internacional de Derecho y Sociedad de Perú, disponibilizada em 18 de julho de 2010, e composta por dois arquivos.

Primeira parte da entrevista:

[http://www.youtube.com/watch?v=Ez3zmkqukk&feature=youtuube\\_gdata\\_player](http://www.youtube.com/watch?v=Ez3zmkqukk&feature=youtuube_gdata_player)

Segunda parte da entrevista:

[http://www.youtube.com/watch?v=u8KGUyZX6FU&feature=youtube\\_gdata\\_player](http://www.youtube.com/watch?v=u8KGUyZX6FU&feature=youtube_gdata_player)

Após ouvir atentamente a entrevista, escreva um pequeno texto analisando as informações disponibilizadas pela professora Raquel Yrigoyen Farjado, na primeira parte da entrevista, de maneira a relacioná-las à discussão trazida pelo texto-base, uma vez que ambos discutem o movimento de constitucionalismo multicultural na América Latina e, sobretudo, as novas experiências de constitucionalismo de Estados Plurinacionais.

Com base na segunda parte da entrevista da professora, faça um debate em que cada participante possa expressar sua opinião a respeito: (1) da conjuntura político-econômica atual da América Latina e de que forma seria possível discutir a elaboração de um “Pacto entre Povos”, como aborda a professora, que reconfigure o modelo de desenvolvimento para tratar a diferença e os direitos da diferença de uma maneira mais igualitária e na perspectiva da garantia dos direitos humanos?; (2) do modo como a professora aborda os desafios do trabalho com as categorias jurídicas pelos profissionais e estudantes do campo do Direito, e como estes desafios podem se concretizar nos países latino-americanos representados na turma?

### ***Refinando conceitos ou glossário da diversidade***

Considerando os caminhos para a definição dos novos direitos étnicos e prestando atenção à Antropologia, é politicamente pertinente trabalhar um vocabulário mínimo sobre a diversidade para ensaiar discutir os conceitos, as noções e as definições importantes para a compreensão dos Direitos Étnicos.

Considerando o texto sobre as constituições latino-americanas tente, a partir da literatura produzir verbetes para os vocábulos abaixo. Fique atento às formas como alguns verbetes foram elaborados, os demais são de sua responsabilidade. Ao produzir os verbetes tente fazê-lo usando da literatura escrita por indígenas para compreender a crítica que fazem ao eurocentrismo, assim sendo, leia entre outros autores: LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: O que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Vol. 1. Brasília: MEC/SECAD;

LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>. E, ainda, os indígenas advogados que escrevem na coletânea: ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. *Povos Indígenas e a "Lei dos Brancos": o direito à diferença*. Vol. 3. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>, pois é preciso criar de forma plural.

**Alteridade –**

**Assimetrias –**

**Autonomia –**

**Cidadania diferenciada –** compreende a possibilidade de "... que os povos indígenas, além do usufruto dos direitos universais de cidadão brasileiro ou planetário, possuem também o usufruto de direitos específicos relativos à sua cultura, às tradições, aos valores, aos conhecimentos e aos ritos."(Luciano, 2006: 89.)

**Cidadania liberal –** "... entendida como direitos e deveres comuns a indivíduos que partilham os mesmos símbolos e valores nacionais" (Luciano, 2006: 87.) Como indica o autor, tomada desta forma não contempla a multiculturalidade latino-americana, portanto urge repensar a forma de compreender as cidadanias.

**Cidadania multicultural –**

**Colonialismo –**

**Colonialismo externo –**

**Colonialismo interno –**

**Concepções emancipatórias –**

**Cosmovisões –**

**Demodiversidade –**

**Desigualdade –**

**Direitos consuetudinários –**

**Direitos étnicos –**

**Direitos indígenas –**

**Diversidade cultural –**

**Dupla cidadania – ver etnocidadania.**

**Emancipação –**

**Etnias –**

**Etnicidad –**

**Etnocentrismo** – atitude coletiva que consiste em repudiar as formas culturais, sejam elas religiosas, morais, estéticas. São julgamentos de valor que incentivam a intolerância e instituem formas racistas de perceber o outro. Sobre o assunto, conferir Bonte & Izard (2008).

**Etnocidadania** – ou cidadania dupla como argumenta Luciano (2006) diz respeito a possibilidade de uma pessoa indígena ser cidadão de um determinado Estado e, ao mesmo tempo, continuar a ser membro de um grupo étnico sem que prescindia da proteção aos direitos etnicamente diferenciados que requerem sensibilidade jurídica<sup>2</sup> não-ocidental, no sentido proposto por Geertz (1998).

**Garantia –****Grupos étnicos –****Identidade étnica –****Igualdade material –**

**Intercultural** – ação que compreende saberes e conhecimentos diferenciados partilhados na produção de formas iterativas de interação social em espaços multiculturais, nos quais se tenta “evitar” hierarquizações e hegemonias na busca de diálogos mais simétricos.

**Interculturalidade** – é entendida como complementação entre saberes (embora contemple divergências e pluralidade de

<sup>2</sup> Pensada no plural como “.. noções sobre o que é exatamente a justiça e sobre as maneiras como ela deve ser exercida. São “.. métodos e formas de conceber as situações de tomadas de decisão de modo a que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las ...”. Criadas pela maneira pela qual as instituições legais traduzem a linguagem da imaginação para a linguagem da decisão – “Ou seja, dadas as nossas crenças, como devemos agir; ou, dados os nossos atos, em que devemos acreditar” – as sensibilidades jurídicas, traduzem um conceito de justiça específico, um sentido de Direito particular a cada cultura, variando conforme o saber local. Segundo Geertz, “.. essas sensibilidades variam, e não só em graus de definição; também no poder que exercem sobre os processos da vida social, frente a outras formas de pensar e sentir...; ou nos seus estilos e conteúdos específicos. Diferem, e profundamente, nos meios que utilizam – nos símbolos que empregam, nas estórias que contam, nas distinções que estabelecem – para apresentar eventos judicialmente.” Desse modo, as sensibilidades jurídicas referem-se aos significados emanados do campo jurídico-legal, destacando as bases culturais do Direito, como uma maneira específica de imaginar a realidade, que traduz uma visão geral de mundo. São formadas pelo agrupamento de uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimento e conceitos metafísicos. (1998: 325)

paradigma), forma de reorientação solidária da relação entre conhecimentos distintos procurando adotar práticas que promovam novas formas de convivência interativa e ativa de saberes – no caso, tradicional e científico – que pode garantir diálogo simétrico. Valorizando ambos os conhecimentos como possibilidade de reflexão. Afinal, estudiosos indígenas e não-indígenas estão a trabalhar em conjunto produzindo mudanças no campo do conhecimento. (Beltrão, 2013).

**Livre determinação –**

**Marcadores sociais da diferença –**

**Movimentos indígenas –**

**Multiculturalismo –**

**Nação –**

**Neocolonialismo –**

**Neo-imperialismo –**

**Pacificação** – processo por intermédio do qual o Estado “se aproxima” dos povos indígenas para integrá-lo, no afã de promover a homogeneização, promove um “cerco de paz” que implicou no genocídio (extermínio físico e massivo) de inúmeras etnias na América Latina. Quando, pouco produzia, a ação estatal determinava o etnocídio (proibições e impedimentos dos povos indígenas de viverem de acordo com seus preceitos culturais), na verdade o Estado produziu guerra contra os donos da terra. (Souza Lima, 1999.)

**Pan-indigenismo –**

**Pluralismo Jurídico –**

**Pluricultural –**

**Plurinacional –**

**Plurinacionalidade –**

**Pós-colonial –**

**Pós-guerra –**

**Povos indígenas** – “Los pueblos indígenas 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 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 en que 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.)

**Promoção –**

**Proteção –**

**Refundação –**

**Relações coloniais –**

**Sistema Jurídico –** Para a Antropologia interpretativa (leia-se para Geertz), o sistema jurídico é a descrição do mundo numa linguagem jurídica. Não se trata da divisão entre aquilo que acontece e aquilo que deveria acontecer – entre o que é correto e o que simplesmente é. Tampouco a técnica jurista, empregada nesses sistemas, é uma tentativa de conciliar as decisões éticas, que respondem ao que é correto, com as determinações empíricas, que respondem ao que simplesmente é. Para Geertz, os “... sistemas [jurídicos] descrevem o mundo e o que nele acontece em termos explicitamente judiciosos, e... a técnica [jurista] nada mais é que um esforço organizado para que a descrição esteja correta.” (1998: 259.)

**Sustentabilidade –**

**Território –** é compreendido como base sócio-espacial que, tradicionalmente, pertence a um grupo étnico e com a qual os membros do referido grupo mantêm laços de pertença e

a partir dela se expressam cultural e socialmente retirando ou não deste território tudo, parte ou muito pouco do que é necessário para sua sobrevivência, dada a situação “colonial”. A relação de pertença ao território não é necessariamente empírica, pois alguns grupos perderam a base física em função do alargamento das fronteiras nacionais.

**Tutela –**

**Violação –**

## 5. BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

- ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. *Povos Indígenas e a “Lei dos Brancos”: o direito à diferença*. Vol. 3. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>.
- BARIÉ, Cletus Gregor. “El debate actual sobre autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas” In SEVILLA, R. e GREGOR-STRÖBEL, J. (orgs.). *Pueblos Indígenas - Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad*, Weingarten (Oberschwaben): Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, 2009, pp. 32-56.
- BELTRÃO, Jane Felipe. “Haraxare Krokti Ronore Konxarti e a vigilância do território Gavião Parketêjê – *Lauda Antropológico*” In Humanitas. Belém, CFCH/UFGA, V. 13, Nº 1/2, 2004: pp. 101-111.
- \_\_\_\_\_. *Diversidade cultural rima com Universidade(s) ou conversa propósito de conviver e construir*. EdUFGA, Série Aula Magna, Nº. 4, Belém, 2008.
- \_\_\_\_\_. “Direitos Humanos e Povos Indígenas: um desafio para a Antropologia” In COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (org.). *Direitos Humanos em Concreto*. Curitiba: Juruá editora, 2008, pp. 157-174.
- \_\_\_\_\_. “Desafios à Antropologia: diálogos interculturais entre os “outros” de ontem, os protagonistas de hoje e os antropólogos “situados” In: Sarti, Cythia; Duarte, Luiz Fernando Dias. (Org.). *Antropologia e ética: desafios para a regulamentação*. Brasília: ABA publicações, 2013, v. 1, p. 86-105.
- BELTRÃO, Jane Felipe; MASTOP-LIMA, Luiza N. & MOREIRA, H. L. F.. De vítima a indiciados, um processo de ponta-cabeça: Suruí Aikewára *versus* Divino Eterno – *Lauda Antropológico In Espaço*

- Ameríndio*. Porto Alegre, v. 2, N<sup>o</sup>. 2, pp. 194-258, jul./dez. 2008. Disponível em:  
<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/7175>.
- BENBASSA, Esther. *Dictionaire des racismes, d'exclusion et des discriminations*. Espanha, Rodesa, 2010.
- BENVENUTO, Jayme. *Justiciabilidade internacional dos direitos humanos : os casos Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua e Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido*. Recife: Ed. do autor, 2009. Disponível em:  
<http://www.unicap.br/revistas/publicacaojusticiabilidade.pdf>
- BONTE, Pierre & IZARD, Michel. (direção) *Dictionaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*. Paris: Quadrige/PUF, 2008.
- CRUZ, Rodrigo de la. *Descripción de la comprensión corriente del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas como un asunto metodológico, en las actividades relacionadas con pueblos indígenas: significado y desafíos*. 2005. Disponível em:  
[http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.un.org%2Fesa%2Fsocdev%2Funpfii%2Fdocuments%2Fworkshop\\_FPIC\\_dela\\_cruz.doc&ei=N5rUbbWFYLC0gG-h4DQCg&usg=AFQjCNEYOcgoyUaPTc8gXZONhvcV9UotVA](http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.un.org%2Fesa%2Fsocdev%2Funpfii%2Fdocuments%2Fworkshop_FPIC_dela_cruz.doc&ei=N5rUbbWFYLC0gG-h4DQCg&usg=AFQjCNEYOcgoyUaPTc8gXZONhvcV9UotVA)
- FERNÁNDEZ O., Marcelo. *La ley del Ayllu: Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor e Justicia Menor) en comunidades aymaras*. La Paz-Bolivia: Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2000.
- FONSECA, Claudia; TERTO Jr., Veriano & ALVES, Caleb Farias (orgs.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.
- GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- KANT de LIMA, Roberto. *Antropologia e Direitos Humanos 2*. Niterói: EdUFF, 2003. Disponível em: [www.abant.org.br/](http://www.abant.org.br/)
- \_\_\_\_\_. *Antropologia e Direitos Humanos 3*. Niterói: EdUFF, 2005. Disponível em: [www.abant.org.br/](http://www.abant.org.br/)
- \_\_\_\_\_. *Antropologia e Direitos Humanos 5*. Niterói: EdUFF, 2008.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *L'Identité*. Paris: Quadrige/PUF, 1983.
- LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: O que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Vol. 1. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>
- MELO, Mario. "Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos" *In Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2006, vol.3, n.4, pp. 30-

47. ISSN 1806-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100003>
- MOREIRA, Manuel. *La cultura Jurídica Guarani*. Argentina: Antropofagia, 2005.
- NOVAES, Regina Reyes & KANT de LIMA, Roberto. *Antropologia e Direitos Humanos*. Niterói: EdUFF, 2001. Disponível em: [www.abant.org.br/](http://www.abant.org.br/)
- OLIVEIRA, Assis da Costa. "Sensibilidade jurídica e embate colonial: análise do caso Saramaka vs. Suriname" *In Direito e Práxis*. vol. 04, nº. 01, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/3081/2507>
- \_\_\_\_\_. "Pós-Colonialismo, Relações Internacionais e Direitos Humanos: Análise do Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Estado Da Nicarágua" *In O Direito Alternativo*. v.2, nº.1, pp. 39-63, junho de 2013. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/627>
- 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. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>
- ROWLAND, Robert. *Antropologia, História e Diferença*. Porto: Afrontamento, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. São Paulo: Cortez, 2004.
- \_\_\_\_\_. *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra/Bolívia: Alianza Interinstitucional CENDA - CEJIS - CEDIB, 2007.
- SOUZA LIMA, Antonio Carlos de. 1995. *Um grande cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, Vozes.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED/ABA, 2012.
- STAVENHAGEN, Rodolfo In Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la/Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingui Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de maio de 2011.
- TISCORNIA, Sofía & PITA, Maria Victoria (eds.). *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina e Brasil: estudios de Antropología jurídica*. Buenos Aires-Argentina: Antropofagia, 2005.

YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. "De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta e consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación" *In Amazônica – Revista de Antropologia*. Vol. 1 N°. 2, set, 2009, pp. 368-405. Disponible em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/issue/view/20>

\_\_\_\_\_ "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización" *In: César Rodríguez Garavito (coord.). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Ed., 2011, pp. 139-159. Disponible em: <http://www.cesarrodriguez.net/docs/libros/ElDerechoenAmericaLatina.pdf>



## 9

## LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Rosmerlin Estupiñan Silva  
Universidad Paris 1- Panthéon Sorbona

### 1. COMENTARIO DOCTRINAL

A continuación presentaremos dos textos doctrinales, relativos a la interpretación dinámica del juez interamericano en materia de pueblos indígenas y tribales (Hennebel, 2010) y al desarrollo de los derechos convencionales sobre la materia (Castrillón, 2005). Hemos respetado la misma división del capítulo correspondiente en el Manual de contenido, buscando complementarlo y aportar al lector otras informaciones y análisis que no se hallen suficientemente desarrolladas en este. La bibliografía de esta guía práctica contiene algunos documentos de autoría más reciente (hasta 2012), no obstante, hemos querido privilegiar estos dos textos, que consideramos ricos en cuanto a la profundidad del análisis doctrinal y prácticos, debido a su extensión, para la lectura de los estudiantes.

#### 1.1. La interpretación dinámica del juez interamericano

**1.1** HENNEBEL, L, «La Convención Americana de Derechos Humanos y la protección de los derechos de los pueblos indígenas», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie XLIII, núm. 127, pp. 131-177. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/127/art/art4.pdf> [consultado: 21-5-2013].

El capítulo correspondiente del Manual de contenidos nos aporta la mirada del universalismo jurídico y de los métodos precisos de interpretación en materia de obligaciones positivas y contenidos inherentes. Este artículo complementario del profesor Ludovic Hennebel profundiza el análisis del método sociológico de interpretación de la Corte IDH en materia de pueblos indígenas en el contexto multicultural del continente.

Hennebel explica en qué medida la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, a través de una interpretación dinámica de la Convención Americana, un régimen jurídico de protección de los derechos humanos de los indígenas que toma en cuenta sus especificidades como pueblos y comunidades.

Este artículo comienza por una descripción del “método sociológico de interpretación” de la Corte IDH. Para ello, Hennebel aborda las teorías liberales de los derechos humanos defendidas por autores como Bobbio, Donnelly, Alston y Kingsbury (para quienes los grupos pueden lograr el pleno ejercicio de sus derechos a través del disfrute de los derechos de los individuos) y la teoría de los derechos diferenciados defendida por autores como Kymkicka (a favor de los derechos de los grupos humanos), para concluir que la Corte IDH ha asumido abiertamente la teoría de los derechos diferenciados en materia de pueblos indígenas. Para el autor, más allá del análisis teleológico, la Corte IDH ha adoptado una postura de interpretación sociológica que trasciende los legalismos nacionales, sobre la base de la tesis de la asimetría estructural que será explicada por Hennebel a través de las sentencias de *Yakye Axa* y de *Sawhoyamaxa* contra Paraguay<sup>1</sup>.

En un segundo momento el profesor Hennebel afirma que la interpretación jurisprudencial se ha erigido como respuesta al desafío de la heterogeneidad cultural latinoamericana, generando una jurisprudencia dinámica que sienta las bases para lo que él llama “reconciliación general”. Su hipótesis se funda en la necesidad existente de garantizar un régimen de protección adaptado a los pueblos indígenas, que no pasa por alto el respeto de la protección de los derechos individuales de los miembros de

---

<sup>1</sup> El estudiante encontrará la referencia exacta de cada sentencia en la Bibliografía de este documento.

dichos pueblos (e.g. *López Álvarez vs. Honduras*) así como la transformación del contenido de los daños materiales e inmateriales en el marco de la identidad cultural. El autor nos hablará de la diferenciación integrada de las peculiaridades indígenas como una oportunidad de integrar al sistema interamericano derechos sociales, de la interpretación sociológica y autónoma de las disposiciones convencionales en materia de temas como conceptos como la propiedad y la familia, y de los desarrollos jurisprudenciales más recientes. Para finalizar, el autor nos recuerda que la población indígena en el continente americano constituye aproximadamente el 10% de la población total y su supervivencia se encuentra en peligro. El profesor Hennebel termina su escrito destacando la importancia de la acción de la Corte IDH en la protección de los derechos de los pueblos indígenas conforme a sus tradiciones y su organización interna, en materias tales como la propiedad colectiva, la visión cultural y espiritual de las comunidades y como base para la convivencia en medio de la heterogeneidad cultural del continente.

## 1.2. El desarrollo de los derechos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

**1.2** CASTRILLÓN ORREGO, J. D., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas», en BECERRA RAMÍREZ, M., (coord.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp. 143-204.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/10.pdf>  
[consultado: 15-2-2013]

Si el capítulo correspondiente del Manual de contenidos nos aporta el estado actual de la jurisprudencia de la Corte IDH (hasta 2013) en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, este artículo complementario del profesor Juan Diego Castrillón Orrego nos presenta un estimulante recorrido histórico de la función contenciosa de la Corte IDH como portadora de la construcción de derechos específicos acordes con las realidades étnicas de los pueblos indígenas y tribales hasta 2005.

El autor identifica tres momentos de construcción del Derecho Internacional aplicable: la entrada en funcionamiento de la Corte IDH en 1979 que coincide con una fuerte movilización internacional de los pueblos indígenas, el replanteamiento de la visión etnocentrista de la Comisión (CIDH) a partir de 1991 y la revisión de la labor del Instituto Indigenista Interamericano que, en sus inicios (1940), estuvo marcado por la defensa de una visión asimilacionista e integracionista. No olvida el autor, las transformaciones constitucionales en Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perú, Bolivia, entre otras, que incorporaron el reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas.

Catrillón Orrego aborda el análisis de casos que estructuraron la jurisprudencia interamericana en la materia, en este contexto de profundas transformaciones: *Aloeboetoe* (1993), *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (2001), *Moiwana* (2005), *Yakye Axa* (2005), *Yatama* (2005), sin olvidar el análisis centrado en la dimensión étnica del fallo *Plan de Sanchez* (2004).

En *Aloeboetoe* el autor destaca el debate jurídico en torno a los criterios culturales (de núcleo familiar) como fundamento para establecer los derechos de indemnización. Para Castrillón Orrego se trató de un análisis socio-jurídico preocupado por la eficacia del derecho civil en el marco de una comunidad tribal.

En *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia fundadora en materia de derechos de los pueblos indígenas, el autor sintetiza los aportes de la jurisprudencia en torno a la existencia cultural diferente de estos pueblos en el seno del Estado y a su carácter de titulares de derechos políticos, sociales y culturales colectivos. Entre otros elementos, no escapa al autor la reconceptualización del derecho a la propiedad en términos de propiedad comunitaria así como el análisis minucioso que la Corte IDH efectúa sobre el derecho interno del Estado.

En el fallo *Plan de Sanchez*, el autor subraya el análisis de la Corte IDH en torno a los perjuicios comunitarios que puede causar una masacre en el seno de una comunidad indígena (e.g. la interrupción de ciclos vitales y de los ritos y ceremonias del pueblo maya).

En la sentencia del caso *Moiwana*, el autor subraya que la Corte IDH reconoció la realidad del pueblo tribal a pesar de la ausencia de reconocimiento en el derecho interno del Estado y revisó la noción de titular de derechos convencionales, para conceder derechos comunitarios en materia de propiedad, garantías judiciales y reconocimiento jurídico. Para Castrillón Orrego, *Moiwana*, será una síntesis de los derechos indígenas integrados a las realidades de los pueblos tribales afro-descendientes.

El autor termina su estudio con dos sentencias: *Yakye Axa* y *Yatama*. En *Yakye Axa*, donde señala cómo la Corte IDH pone el acento sobre las garantías procesales en términos de eficiencia y efectividad (recurso eficaz), el reconocimiento de la personalidad jurídica y el equivalente entre la propiedad privada y la propiedad comunitaria en el derecho interno del Estado, así como en el vínculo estrecho entre el derecho a la vida y el derecho a la propiedad territorial, dado por el particularismo cultural indígena.

Finalmente, en *Yatama*, el autor subraya el reconocimiento que hace la Corte IDH de los derechos políticos de las comunidades indígenas y tribales, quienes también gozan de una particular protección que debe tomar en consideración las formas organizativas de las comunidades, *so pena* de violación flagrante de la cláusula convencional de no discriminación.

**Ejercicios sugeridos:**

Lea los artículos sugeridos y discútalos en grupos de máximo 4 personas, indicando algunos elementos adicionales de interés, de actualidad y/o de controversia.

**PARA RECORDAR**

- La protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales opera en igualdad de condiciones para los unos y los otros, aunque los pueblos tribales no sean pueblos originarios. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que los pueblos afro-descendientes pueden ser considerados como pueblos tribales.
- La Corte IDH se basa en un análisis conjunto del derecho presuntamente violado y de los artículos 1-1 (obligación de respetar y garantizar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (principio *pro homine* o prohibición de interpretación restrictiva de derechos).

- La Convención protege los derechos de los individuos pertenecientes a pueblos indígenas y tribales y, adicionalmente, los derechos de los pueblos indígenas y tribales como sujetos colectivos de derechos.
- Según la jurisprudencia constante de la Corte IDH, el artículo 21 de la Convención contiene elementos multiculturales inherentes que se refieren a la protección de la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales.
- Para las comunidades indígenas y tribales, el ejercicio de otros derechos reconocidos en la Convención está estrechamente ligado a su derecho a la propiedad y al goce de los derechos territoriales.
- El derecho de propiedad comunal no deriva exclusivamente de la posesión ancestral de la tierra, sino del vínculo espiritual, cultural y tradicional del pueblo con sus territorios. El derecho de propiedad comunal persiste mientras tal vínculo se mantenga vigente.
- La identidad cultural es el prisma con el cual deben ser analizados los derechos convencionales en materia de pueblos indígenas y tribales.
- Los Estados Parte de la Convención tienen obligaciones positivas de implementar los mecanismos institucionales necesarios y eficaces para garantizar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en particular, en materia de propiedad comunal, reconocimiento de su personalidad jurídica y respeto de su identidad y supervivencia como pueblo.
- La Convención no prohíbe *per se* la explotación económica por parte del Estado de los territorios pertenecientes a las comunidades indígenas y tribales pero, en dicha hipótesis, el Estado debe garantizar una consulta previa, real, de buena fe y tendiente a analizar los impactos ambientales y las ventajas que las comunidades indígenas y tribales tendrán de la ejecución de los proyectos a venir.
- La Corte IDH se basa ampliamente en el derecho aplicable del Estado al momento de emitir un fallo.

## 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para adentrarnos en el estudio de la jurisprudencia interamericana hemos escogido seis extractos relativos a la vida, las garantías judiciales, los derechos políticos, la dimensión cultural de las reparaciones, la propiedad privada y la consulta previa. Esta elección no corresponde a una lista exhaustiva de derechos

convencionales y solo pretende mostrar algunos de los avances más importantes de la jurisprudencia de la Corte IDH en materias indígenas y tribales. Por la misma razón, hemos incluido una referencia expresa, separada del derecho a la propiedad, en materia de consulta previa.



## 2.1. Los elementos inherentes del derecho a la vida

Lea con atención los siguientes párrafos de la sentencia de fondo: *Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005:

Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

**Responda a las siguientes preguntas apoyándose en su comprensión del texto anterior. Para su respuesta puede apoyarse igualmente en toda jurisprudencia de la Corte IDH que estime pertinente:**

1. ¿Qué significa para la Corte IDH que la salvaguarda del derecho a la vida es fundamental para la realización de los demás derechos?
2. Desarrolle dos hipótesis concretas donde, aún respetando el derecho a la vida en sentido restrictivo, no se respeta el derecho a la vida en el sentido amplio de la interpretación de la Corte IDH.
3. ¿Qué son las obligaciones positivas a cargo de un Estado en materia de derechos humanos?

4. ¿Qué significa: “personas en situación de vulnerabilidad y riesgo”? ¿Esta denominación es exclusiva de los pueblos indígenas y tribales? Justifique brevemente su respuesta.



## 2.2. Garantías judiciales

Lea con cuidado los siguientes párrafos de la sentencia de fondo: *Tiu Tojin vs. Guatemala*, de 26 de noviembre de 2008:

95. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, la Corte ha establecido, *inter alia*, que es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada representación o gestión de los intereses o las pretensiones de aquellos cuyos derechos u obligaciones estén bajo consideración judicial. Asimismo, esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer obstáculos a las personas que acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o práctica del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención. Esto tiene particular relevancia en casos de desaparición forzada de personas, dado que el derecho a las garantías judiciales comprende también el derecho de los familiares de la víctima a acceder a éstas.

96. Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

**Responda a las siguientes preguntas apoyándose en su comprensión del texto anterior. Para su respuesta puede apoyarse igualmente en toda jurisprudencia de la Corte IDH que estime pertinente.**

1. Haga una lista de, por lo menos, tres requisitos (condiciones o procedimientos) que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención.

2. Enumere por lo menos tres ejemplos de obstáculos que el Estado puede llegar a interponer para que las personas acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos.
3. ¿Qué restricciones (obstáculos) considera usted (por lo menos dos) que podrían ser consideradas por la Corte IDH como “justificadas por las razonables necesidades de la propia administración de justicia” para limitar el acceso de las personas a los tribunales?.
4. ¿Las garantías judiciales pueden ser más exigentes en caso de ciertas violaciones de derechos más graves? Justifique su respuesta.
5. Enuncie por lo menos cinco características que pueden ser consideradas como particularidades propias de las comunidades indígenas y tribales y que deben ser tomadas en cuenta por el Estado para honrar el derecho de Garantías judiciales. Explique brevemente (1 párrafo) cada una.



### 2.3. Derechos políticos

Lea con cuidado los siguientes párrafos de la sentencia de fondo: *Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005:

204. De acuerdo al artículo 29.a) de la Convención no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial.

206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos [...] Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática.

225. La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas [...] puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones

y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.

227. Para valorar el alcance de dicha afectación es preciso tomar en cuenta que YATAMA contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas [...]. Su estructura y fines están ligados a los usos, costumbres y formas de organización de dichas comunidades. Como consecuencia de ello, al haber excluido la participación de los candidatos de YATAMA se afectó particularmente a los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que estaban representados por dicha organización en las elecciones municipales [...], al colocarlos en una situación de desigualdad en cuanto a las opciones entre las cuales podían elegir al votar, pues se excluyó de participar como candidatos a aquellas personas que, en principio, merecían su confianza por haber sido elegidas de forma directa en asambleas, de acuerdo a los usos y costumbres de dichas comunidades, para representar los intereses de los miembros de éstas. Dicha exclusión incidió en la carencia de representación de las necesidades de los miembros de las referidas comunidades en los órganos regionales encargados de adoptar políticas y programas que podrían influir en su desarrollo .

**Responda a las siguientes preguntas apoyándose en su comprensión del texto anterior. Para su respuesta puede apoyarse igualmente en toda jurisprudencia de la Corte IDH que estime pertinente.**

1. ¿Por qué razón se evoca o cuál es el papel del artículo 29.a en el análisis jurisprudencial de la Corte IDH del caso Yatama?
2. ¿Toda restricción del derecho de participación política supone una violación de los derechos políticos del artículo 23 de la Convención y de la cláusula de no discriminación del artículo 24 de la Convención? Justifique su respuesta y explique con un ejemplo.
3. Enumere por lo menos tres componentes del derecho de participación política, señalados por la Corte IDH, que el Estado debe garantizar vis-à-vis las comunidades indígenas y étnicas.
4. Enuncie por lo menos tres elementos que deben ser tomados en cuenta a la hora de valorar el alcance de una afectación al derecho de la participación política de una comunidad indígena y étnica, siguiendo la sentencia Yatama. Explique brevemente (1 párrafo) cada una.



## 2.4. Dimensión cultural de las reparaciones

Lea atentamente los siguientes párrafos del voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, en la sentencia: *Moiwana vs. Surinam*, de 15 de junio de 2005:

71. [Se trata de] un daño espiritual, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El daño espiritual no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación....

76. De allí que surge el énfasis excesivo puesto en la indemnización material, alimentando la discusión doctrinal de tan larga duración. Esto ha llevado, en los sistemas legales de jurisdicción interna, a reduccionismos que han superado el camino de las deformadas «industrias de la indemnización», vacías de verdadero valor humano. La llegada del Derecho Internacional de Derechos Humanos y, especialmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ampliaron, de manera considerable, el horizonte de la indemnización e introdujeron esa diferencia doctrinal a gran escala inmaterial, sino irrelevante, en nuestros tiempos...

77. [E]n el [...] presente caso, los vivos y los muertos sufren juntos y eso tiene una proyección intergeneracional. A diferencia del daño moral, desde mi punto de vista, el daño espiritual no es susceptible de «cuantificar» y sólo puede ser resarcido, de manera segura, por medio de obligaciones de hacer en la forma de satisfacción (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos) .

**Responda a las siguientes preguntas apoyándose en su comprensión del texto anterior. Para su respuesta puede apoyarse igualmente en toda jurisprudencia de la Corte IDH que estime pertinente.**

1. ¿Cuáles son los tipos de daño reparados clásicamente por la Corte IDH?
2. ¿En qué consiste el daño espiritual defendido por el juez Cançado Trindade y en qué se diferencia de las formas clásicas de daño?
3. ¿Cuáles son las formas clásicas de reparación de los daños materiales e inmateriales?
4. ¿Conoce usted otras modalidades de reparación puestas en práctica por la Corte IDH o por los Estados Parte de la Convención? Si su respuesta es afirmativa, explique

brevemente. Si su respuesta es negativa, especule acerca de formas alternativas de reparación de daño espiritual conforme a los parámetros establecidos por el juez Cançado Trindade en el texto precitado.



## 2.5. Propiedad privada y propiedad comunal

Lea atentamente los siguientes párrafos de la sentencia de fondo: *Sarayaku vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012:

¶145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas 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. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.

146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

**Responda a las siguientes preguntas apoyándose en su comprensión del texto anterior. Para su respuesta puede apoyarse igualmente en toda jurisprudencia de la Corte IDH que estime pertinente.**

1. ¿Cuáles son las características novedosas del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales?
2. ¿Qué elementos determinan el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios?
3. ¿Cuál es la diferencia sustancial entre tierra y territorio?
4. Enumere las obligaciones derivadas de la obligación de protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales: (por ejemplo: garantizar su seguridad y permanencia...). Explique brevemente por qué son obligaciones estatales derivadas.



## 2.6. Consulta previa, libre y consentida

Lea cuidadosamente los siguientes párrafos de la sentencia de fondo: *Saramaka vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007.

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo *Saramaka* en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo *Saramaka*, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo *Saramaka* tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo *Saramaka* para la toma de decisiones.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio *Saramaka*, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los *Saramakas*, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.

**Responda a las siguientes preguntas apoyándose en su comprensión del texto anterior. Para su respuesta puede apoyarse igualmente en toda jurisprudencia de la Corte IDH que estime pertinente.**

1. Enumere las características esenciales que debe reunir una "consulta" para que la Corte IDH considere que se han cumplido las condiciones mínimas de aceptabilidad, adaptación y eficacia.
2. ¿En qué casos el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales?
3. ¿En qué pueden consistir los "procedimientos culturalmente adecuados" para una consulta?
4. Siguiendo la sugerencia de la Corte IDH, desarrolle la diferencia conceptual entre la consulta general y la consulta especial calificada por el consentimiento.

### **3. SUPUESTO PRÁCTICO**

A continuación estudiaremos una petición ficticia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien actúa en la fase inicial del procedimiento como interlocutor válido del sistema interamericano frente a los individuos. Queremos con ello complementar el Manual de contenido, que se ha centrado fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte IDH, y adentrar al estudiante (futuro abogado y/o defensor de derechos humanos) en este ejercicio, donde el rol del/la peticionario/a, de la ONG, de la víctima o de sus abogados/as, es de vital importancia.

**Lea con atención y realice los ejercicios que se sugieren a continuación.**

1. El 29 de febrero de 2011, el señor Toribia, en representación del pueblo indígena Sumak denunció ante la CIDH actos de tortura presuntamente cometidos por fuerza pública del Estado de Mosquitos, contra Pablo Toribia y Jesus Toribia el sábado 30 de enero de 2008 cerca de la municipalidad de Zumbe, donde fueron detenidos ilegalmente, amarrados, interrogados en español y golpeados brutalmente. Las víctimas fueron abandonadas cerca del caserío de Zumbe, en horas de la madrugada y desde entonces se encuentran en recuperación, bajo la protección del curandero de la

comunidad. Las víctimas no hablan español. El señor Toribia anexa dos cartas enviadas al Centro de Policía y al Juez municipal de Zumbe donde la comunidad pide que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables. El peticionario dice que, hasta el momento de la denuncia la comunidad no ha recibido respuesta. A la petición le fue asignado el número 11.345.

2. En su denuncia el peticionario alega la responsabilidad internacional de la República de Mosquitos (en adelante "el Estado"), quien ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, por haber actuado por intermedio de sus órganos de la fuerza pública en violación de los derechos a la vida y la integridad de la Convención Americana y por no haber protegido a las comunidades indígenas ni adelantado investigaciones claras y efectivas para la sanción de los responsables materiales de tales violaciones.
3. El Estado, por su parte, manifestó que la petición no contiene evidencia de los atentados anunciados en la denuncia e informó, en lo referente a los hechos del caso, que rechazaba por "falsas y tendenciosas, sin prueba alguna, las acusaciones formuladas ante la CIDH, por los sucesos alegados". El Estado acompañó su respuesta con copia del Informe de las Fuerzas Armadas del Gobierno, sobre los hechos relativos a la detención de miembros de la comunidad indígena *Sumak*, que se relatan como interrogatorios, en el que consta la firma de las víctimas presuntas y su atestación de haber recibido un buen trato durante su detención. El Estado anexa igualmente copia del Informe del Abogado Principal de del Ministerio de Guerra sobre el mismo asunto en la que se resumen las investigaciones y actuaciones de la Justicia Penal Militar en el caso que han archivado el expediente. El Estado alega igualmente que los peticionarios no han agotado los recursos internos.
4. La CIDH estudió la petición en orden de entrada y, después de agotado el trámite respectivo, en el Informe No. 4/04, aprobado el 24 de diciembre de 2011, la Comisión concluyó que la petición era admisible, de conformidad con lo establecido por los artículos 46 y 47 de la Convención, y que continuaría con el análisis respecto a las presuntas violaciones de los artículos 5.1, 5.2, 8, 25, 1.1 y 2 del mismo instrumento. La Comisión hizo público el registro de la petición como caso en el informe de 2011 para dar inicio al debate y la decisión sobre el fondo.
5. El 24 de mayo de 2012 fue fijado el plazo de 4 meses para que los peticionarios presentaran sus observaciones adicionales sobre el fondo, que fueron presentadas y transmitidas al Estado el 25 de junio de 2012.
6. El peticionario, en una carta enviada a la CIDH manifestó que no se ha hecho justicia en el caso a nivel interno, que no se encuentra en capacidad de llegar a una solución amistosa con el Estado y que no puede presentar más observaciones adicionales porque no sabe escribir en español y la persona que le escribe las cartas dirigidas a la CIDH no puede seguir haciéndolo. En sus observaciones adicionales, el Estado consideró que la CIDH no contaba con la información necesaria para decidir sobre el fondo y solicitó el archivo del expediente.

7. La CIDH prosiguió el examen del caso y en el curso de su reunión siguiente y, en agosto de 2014, debe tomar una decisión relativa al archivo del caso o la presentación de un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones que será transmitido al Estado como requisito previo de la presentación del caso ante la Corte IDH. La CIDH puede, adicionalmente, adelantar otras gestiones durante este periodo si lo estima pertinente.

### **Ejercicios prácticos sugeridos:**

Proponga un informe de la CIDH (5 páginas máximo) en uno de los dos sentidos posibles: 1) Informe sobre el archivo del caso; o 2) Informe preliminar sobre el fondo, con proposiciones y recomendaciones al Estado. Justifique brevemente su elección.

El Informe debe contener por lo menos:

- 1.1. los derechos convencionales pertinentes al caso interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales;
- 1.2. las recomendaciones al Estado;
- 1.3. la evaluación de la acción del Estado de Mosquitos;
- 1.4. la justificación de la decisión de la CIDH.

Además de la jurisprudencia de la Corte IDH, puede utilizar, en lo posible, los artículos 28-43 del Reglamento de la CIDH, reformado el 19 de marzo de 2013, Resolución 01/2013, disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf>

## **4. OTROS EJERCICIOS**

Tomando como base los hechos descritos en el supuesto práctico anterior, actúe como representante de las víctimas presuntas y formule la denuncia ante la CIDH. Puede apoyarse en la Guía para defensores elaborada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, 2012, 2da edición), [<http://cejil.org/sites/default/files/GuiaDH2012Links.pdf>], en la resolución 01/2013 de Reforma al Reglamento de la CIDH, [<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf>], además de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de protección de los pueblos indígenas [[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)].

## 5. FUENTES DE REFERENCIA (DISPONIBLES ON LINE)

### 5.1. Doctrina

- BELTRÃO, J. F & OLIVEIRA, A. C., "Povos Indígenas e Cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina", 53 *Revista de Antropología de la Universidad de Sao Paulo USP*, 2010, pp. 716-744. <http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/37388/40421> [consultado: 24-4-2013].
- CARMONA CALDERA, C. G., "Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: Los derechos humanos como forma sublimada de asimilación", 23 *Polis* (2009), p. 5. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682009000200014&lng=en&nrm=iso&ignore=.html](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682009000200014&lng=en&nrm=iso&ignore=.html) [consultado: 19-2-2013].
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas" en BECERRA RAMÍREZ, M., (coord.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp. 143-204. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/10.pdf> [consultado: 15-2-2013].
- CEJIL, *Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos: La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. 2da. edición actualizada*, 2012, San José de Costa Rica, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 159 pp. <http://cejil.org/sites/default/files/GuiaDH2012Links.pdf> [consultado: 21-5-2013].
- DEL TORO HUERTA, M. I., "Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas", *SELA- Papers*, no 58, 2008, pp. 1-24, [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/58](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/58) [consultado: 15-2-2013].
- DULITZKY, A., "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos", 26 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1998), pp. 141-142. <http://www.utexas.edu/law/faculty/adulitzky/37-Pueblos-indigenas-jurisprudencia.pdf> [consultado: 19-2-2013].
- GARCÍA RAMÍREZ, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones", en : Corte IDH, *La Corte interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José, 2005, pp. 1-86.

- <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf> [consultado: 19-2-2013].
- <http://books.google.fr/books?id=cl3hxccRyd8C&printsec=frontcover&hl=fr#v=onepage&q&f=false> [consultado: 19-2-2013].
- HENNEBEL, L, "La Convención Americana de Derechos Humanos y la protección de los derechos de los pueblos indígenas" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie XLIII, núm. 127, pp. 131-177.
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/127/art/art4.pdf> [consultado: 21-5-2013].
- IRUROZQUI, M & V. PERALTA, V., "II. 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. <http://books.google.fr/> [consultado: 22-5-2013].
- MEDINA QUIROGA, C., & NASH, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de derechos humanos, Facultad de derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011.
- <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=79> [consultado: 19-2-2013].
- 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 prensa) <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf> [consultado: 15-3-2013]
- 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.
- [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia\\_cidh\\_derechos\\_pueblos\\_indigenas\\_tomo3.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_derechos_pueblos_indigenas_tomo3.pdf) [consultado: 1-4-2013]
- WIESSNES, S., United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, New York, 13 September 2007, Audiovisual Library of International Law, United Nations, 2008, [http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga\\_61-295/ga\\_61-295.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_61-295/ga_61-295.html) [consultado: 19-2-2013].

## 5.2. Documentación

- 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. Todos los informes de la CIDH están disponibles en el sitio: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)
- 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
- 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*, p. 13.
- OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (30-12-2009): *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 153 p. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm> [consultado: 19-2-2013]
- OEA, CIDH. Resolución 01/2013 (19-3-2013): *Reforma del Reglamento, políticas y prácticas.* <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf> [consultado: 21-5-2013].
- OIT, doc. s/n. Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos, 199 pp. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf) [consultado: 19-2-2013].
- ONU, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (8-4-1994): *Observación General No. 23 (General Comments) Derechos de las minorías (art. 27)* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/162/64/IMG/G9416264.pdf?OpenElement> [consultado: 19-2-2013].
- ONU, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Volumen V (3-9-1987): *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Informe final (última parte)\*, presentado por el Sr. José R. Martínez Cobo, Relator Especial.* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N86/121/02/PDF/N8612102.pdf?OpenElement> [consultado: 19-2-2013].

### 5.3. Jurisprudencia

- Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de fondo, 4 de diciembre de 1991. Toda la jurisprudencia de la Corte IDH está disponible en el sitio: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)
- 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 de la *Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 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 *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006.
- 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 *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.

#### 5.4. Bibliotecas virtuales

- Actualidad de Derecho Internacional: [www.ridi.org](http://www.ridi.org)
- Anuario Mexicano de Derecho Internacional:  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/representacion.htm>
- Biblioteca de derechos humanos de la Universidad de Minesota:  
[www.umn.edu](http://www.umn.edu)
- Biblioteca del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Argentina:  
<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/derecho-internacional.html>
- Biblioteca digital Arístides Rojas de la República Bolivariana de Venezuela:  
[http://www.bibliodar.mppeu.gob.ve/?q=doc\\_categoria/derecho%20internacional%20de%20los%20derechos%20humanos](http://www.bibliodar.mppeu.gob.ve/?q=doc_categoria/derecho%20internacional%20de%20los%20derechos%20humanos)
- Biblioteca conjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos:  
<http://biblioteca.corteidh.or.cr>
- Centro de derechos humanos de la Universidad de Pretoria:  
[www.ac.za](http://www.ac.za)
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL:  
<http://cejil.org/publicaciones>
- CREDHO (Paris Sud): [www.credho.org](http://www.credho.org)
- Revista trimestral de derechos humanos: [www.revtrdrh.be](http://www.revtrdrh.be)

Interights: International centre for the legal protection of human rights: <http://www.interights.org/home/index.html>

American Society of International Law:  
<http://www.asil.org/catalog.cfm>

Sistema de Archivo de Documentos de Naciones Unidas:  
<http://documents.un.org/s.html>;  
<http://www.un.org/es/documents/ods/>

### **5.5. Páginas de organizaciones interestatales**

Corte Internacional de Justicia: [www.cij.org](http://www.cij.org)

Organización de Naciones Unidas: [www.un.org](http://www.un.org)

Consejo de los derechos humanos:  
[www2.ohchr.org/french/bodies/hrcouncil/](http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrcouncil/)

Consejo de Europa: [www.coe.int](http://www.coe.int)

Corte europea de derechos humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte penal internacional: [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

Comisión interamericana de derechos humanos: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

Corte interamericana de derechos humanos: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

Corte africana de derechos humanos y de los pueblos:  
<http://www.african-court.org/fr/>

Organización Internacional del Trabajo:  
<http://www.ilo.org/indigenous/lang--es/index.htm>

V

**DERECHOS HUMANOS Y  
DIVERSIDAD SEXUAL**



## 10

## LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Ascensión Elvira Perales  
Universidad Carlos III De Madrid

### 1. LECTURA DOCTRINAL

**1.1** Se recomienda la lectura y comentario de 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.

Los Principios son fácilmente accesibles en [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)

#### **Resumen:**

Los Principios constituyen un catálogo de derechos elaborado a partir de la búsqueda del respeto a la orientación o la identidad sexual. En ellos encontramos no solo el enunciado de los derechos, sino también las recomendaciones que se hacen a los Estados (tanto vinculadas a cada derecho enunciado como generales) para garantizar el efectivo goce de los derechos a las personas LGTBI.

#### **1.2 Lecturas complementarias:**

En el mismo enlace citado se encuentran otros dos recursos de utilidad:

- 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.

- 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. Artículo en el que, entre otros aspectos, se critican también los puntos débiles de estos principios.

### **Cuestiones:**

Los Principios constituyen un buen medio para propiciar el debate en torno a los derechos –y su defensa– del colectivo LGTBI. A partir de su lectura y, en su caso, con el apoyo de las otras dos lecturas sugeridas, cabe abordar los siguientes ejercicios:

1. Contemplar los matices que ofrecen los Principios de los derechos generalmente reconocidos con respecto a las personas LGTB. Por ejemplo, en torno al Pº 6, donde por una parte puede abordarse el derecho de cada persona a revelar o no datos sobre su orientación y/o identidad sexual y, en torno a este punto discutir si en determinados supuestos sería posible divulgar este tipo de información sin el consentimiento de la persona afectada (por ejemplo en caso de políticos que se manifestaran públicamente en contra de los derechos de las personas LGTBI). Así mismo, puede abordarse la afectación a la privacidad que puede producirse desde el momento en que se denuncia una discriminación por razón de orientación o identidad sexual o la vulneración de algún otro derecho originado por esos motivos.
2. Estudiar aquellos derechos que son específicos de esas personas, como son, en particular, el Pº 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y el Pº 18 (protección contra abusos médicos)
3. Estudiar en qué medida pueden y deben intervenir los Estados para garantizar esos derechos. En este caso, se distinguirá de medidas de acción directa, ya sean legislativas (por ejemplo, reconocimiento del matrimonio para las personas del mismo sexo) o de protección frente a vulneraciones de derechos (como la creación de unidades especializadas en la defensorías de derechos), ya de acción

indirecta, como la aprobación de políticas destinadas a fomentar la no discriminación (en este capítulo se incluirían medidas como la formación de funcionarios que, por su trabajo, hayan de abordar, en mayor medida, situaciones o problemas relacionados con LGTBIs, como puedan ser policías, médicos...).

4. Analizar en qué medida la legislación y la práctica del propio país es respetuosa con esos principios. Se pueden analizar diferentes sectores para comprobar el cumplimiento de la legislación estatal con los principios de Yogyakarta, analizando los aspectos más ligados con los problemas del colectivo LGBTBI en Derecho civil, laboral..., pero también se analizará si en la práctica se respetan esos principios. En aquellos supuestos en los que una legislación respetuosa con los derechos de las personas LGBTBI no se vea acompañada por una práctica semejante, se efectuarán propuestas en orden a conseguir la correspondiente adecuación.
5. Discutir acerca de la posible conversión de estos principios en un tratado internacional, de forma similar a los que se han firmado en defensa de los derechos de los menores o de las mujeres y analizar cuáles pueden ser los motivos que han provocado que no se llegara a esa conversión.

El estudio general de los Principios de Yogyakarta puede combinarse con el estudio específico de uno o de alguno de ellos, en particular para comprobar en qué medida el derecho/derechos elegidos son respetados desde el entorno más cercano (en la Universidad, en la ciudad...), la percepción social del problema y el tratamiento que ofrecen los medios de comunicación, para posteriormente ofrecer propuestas para lograr el pleno respeto a los derechos del colectivo LGBTBI.

## 2. LECTURA JURISPRUDENCIAL



Caso *Asociația Accept*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12.

Como lectura jurisprudencial proponemos una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su facilidad para acceder al texto completo tanto en español como en portugués, al margen de que, en la actualidad, la Unión Europea ofrece un nivel de protección significativo en los aspectos que se vinculan con su ámbito competencial.

La Sentencia elegida es el caso *Asociația Accept*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12. En ella se responde a una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Bucarest, en concreto la Corte Nacional para combatir la discriminación (Rumanía), sobre un caso de discriminación por razón de orientación sexual en la contratación de un jugador de fútbol, promovido por una asociación dedicada a la lucha contra la discriminación.

De ella destacamos los siguientes párrafos:

«50 El hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos.

51 Procede recordar a este respecto que la percepción del público o de los medios de que se trata pueden constituir indicios pertinentes para la apreciación global de las declaraciones controvertidas en el litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, Rec. p. I-2749, apartados 55 a 58).

52 Por otra parte, en contra de lo que el CNCD dio a entender en sus observaciones ante Tribunal de Justicia, tanto escritas como orales, el hecho de que un club de fútbol profesional como el del litigio principal no emprendiera negociación alguna con vistas a contratar a un deportista presentado como homosexual no excluye la posibilidad de que se consideren acreditados hechos que permiten presumir

la existencia de una discriminación practicada por dicho club.

53 Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de «hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación» respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad necesaria para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club.

[...]

55 A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando se acrediten hechos que permitan presumir que existe una discriminación en el sentido de dicha Directiva, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados de que se trate, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman*, C-303/06, Rec. p. I-5603, apartado 54).

56 En este contexto, las partes demandadas pueden refutar ante los tribunales nacionales competentes la existencia de tal violación, acreditando mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, en particular, que su política de contratación de personal está basada en elementos ajenos a cualquier discriminación por razón de la orientación sexual.

57 Para desvirtuar la presunción simple cuya existencia puede deducirse del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no es necesario que la parte demandada demuestre que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, pues, en determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.

58 En el marco de la apreciación global que corresponde entonces efectuar al tribunal nacional que conoce del litigio, la apariencia de discriminación basada en la orientación sexual podría refutarse a partir de un conjunto de indicios concordantes. Tal como *Accept* alegó, en esencia, entre tales indicios podría figurar, en particular, una reacción de la parte demandada de que se trate distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de esa parte demandada, al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/78.»

***A la luz de la Sentencia cabe plantear una serie de preguntas:***

1. ¿Afecta la interdicción de discriminación a las relaciones entre particulares?
2. ¿Pueden la discriminación por razón de orientación sexual imputarse a personas jurídicas y no solo a personas naturales? ¿En qué casos?
3. ¿Podría un determinado medio de defensa provocar alguna vulneración de derechos? ¿Por qué motivo?
4. ¿Qué particularidad procesal ofrecen los supuestos de discriminación por razón de orientación/identidad sexual con respecto a su prueba?
5. ¿Qué órganos son los encargados de la defensa de estos derechos?
6. ¿Considera que se respetan los Principios de Yogyakarta? ¿Cuáles se ven afectados?
7. A la luz de esta sentencia, ante unas circunstancias semejantes, ¿en qué medida el Derecho interno aporta instrumentos de garantía? De no lograr satisfacción por parte de los órganos estatales, ¿Cabría posibilidad de recurso a órganos supranacionales? ¿Cuál sería la vía y el procedimiento?

***Documentación complementaria:***

De igual modo podrían analizarse otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asuntos *Römer* (Sentencia de 10 de mayo de 2011, C-147/08), *Maruko* (Sentencia

de 1 de abril de 2008, C-267/06), *K.B.* (Sentencia de 7 de enero de 2004, C- 117/01) o *Margaret Richards* (Sentencia de 27 de abril de 2006, C-423/04).

Los enlaces para buscar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son:

[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)

o

<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

También puede resultar de utilidad el enlace general de la Unión Europea: [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

### 3. SUPUESTO PRÁCTICO

Doña Manuela Pérez se sometió a una operación de cambio de sexo en 1992, para adecuar su cuerpo a su identidad sexual, convirtiéndose así en Manuel Pérez y dando lugar a los cambios correspondientes en el Registro Civil, para después proceder a cambio de identidad en el resto de documentos.

No obstante, cuando en el año 2000 desea contraer matrimonio con Doña Cristina Gómez, el encargado del Registro le informa de que no es posible dado que su sexo biológico de nacimiento era femenino y que la legislación del país no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Años después, en 2011 le informa la empresa en la que trabajaba que había de jubilarse dado que había alcanzado los 60 años, fecha de jubilación para las mujeres, aduciendo que, puesto que había entrado en la empresa con anterioridad al cambio de sexo, seguía figurando como mujer; por lo tanto había de jubilarse a esa edad –y con la fijación de la pensión de jubilación correspondiente a los años prestados hasta esa fecha- y no a los 65, edad de jubilación atribuida a los varones.

#### **Preguntas:**

1. ¿Es correcta la postura del encargado del registro, negando la posibilidad de contraer matrimonio la Sr. Pérez? Argumente la respuesta.
2. ¿Ha de jubilarse el Sr. Pérez a los 60 años como pretende la empresa?
3. ¿Qué argumentos deberá esgrimir el Sr. Pérez para justificar que su jubilación no deberá producirse hasta los 65 años?

4. ¿Qué Principios de Yogyakarta se ven afectados?
5. ¿Se han planteado casos similares en su país? ¿Cuál ha sido la respuesta ofrecida por los poderes públicos? ¿Considera la respuesta adecuada a la luz de los tratados internacionales?
6. Busque sentencias de tribunales internacionales, en particular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se aborden casos similares.

## 4. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

### 4.1. Bibliografía

- BORRILLO, D. Y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. (Dir.): 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 en (2008), pp. 207-248 (accesible [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)).
- O'FLAHERTY, MICHAEL (COORD.): Jurisprudential annotations to the Yogyakarta Principles. [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)
- VV.AA.: Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional. Unifor-Conceito Editorial, Florianópolis, 2012.
- VV.AA.: Revista General de Derecho Constitucional (revista electrónica de Iustel), núm., 2013, monográfico.

### 4.2. Enlaces

- 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/](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#>

## 11

## DIREITOS HUMANOS E DIVERSIDADE SEXUAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Cristina Figueiredo Terezo  
Universidade Federal do Pará

### 1. LECTURA JURISPRUDENCIAL

1.1

*Sentença atala Riffo e filhas Vs chile. Sentença de Mérito, Reparações e Custas de 24 de fevereiro de 2012.*

Para ter acesso ao texto integral da sentença, deve-se acessar o endereço eletrônico indicado:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_254\\_es.p.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_es.p.pdf)

O caso trata de Karen Atala Riffo que se separou judicialmente de Ricardo Jaime López Allende em março de 2002. Dessa união, nasceram M., V. e R. Com a separação do casal, a guarda e tutela das crianças ficou com a mãe. Em 15 de janeiro de 2003, Ricardo Allende reclamou a guarda das filhas por entender que o relacionamento de Karen com uma lésbica causaria sérios danos a formação intelectual e saúde das crianças, o que foi deferido pela Suprema Corte do Chile em maio de 2004.

A Comissão Interamericana apresentou demanda ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em setembro de 2010, alegando violações aos artigos 11, 17, 19, 24, 8 e 25, todos com conexão ao artigo 1.1 da CADH.

#### **Responda as seguintes questões:**

1. O caso em apreço versa sobre orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero? Justifique.
2. Qual o conceito de orientação sexual adotado pela Corte Interamericana no presente caso?

3. Qual a interpretação adotada pela Corte Interamericana ao incluir a orientação sexual no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos?
4. Diante das alegações do Estado de que não havia consenso na sociedade em torno da concepção plural de família, qual foi a decisão da Corte Interamericana?
5. O direito à vida privada é absoluto? Havendo possibilidade de restrição, quais os requisitos a serem observados?
6. Qual o fundamento usada pela Corte Interamericana para entender que o direito à família contido no artigo 17 da Convenção Americana foi violado?

1.2

*Demanda apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o caso Atala Riffo e Filhas vs. Chile*

Para ter acesso ao texto integral da demanda, deve-se acessar o endereço eletrônico indicado:

<http://www.cidh.org/demandas/12.502SP.pdf>

### **Responda as seguintes questões:**

1. Para saber se uma medida adotada pelo Estado é discriminatória ou não, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sugere que se faça um “teste”, semelhante ao que é usado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Como seria esse “teste”?
2. Qual a diferença entre os conceitos de igualdade e não discriminação apontados pela Comissão Interamericana?

## **2. SUPUESTO PRÁCTICO**

O Estado de Generolândia é uma democracia recente na América Latina, devido seu longo período de colônia e de regimes sucessivos totalitários, que surgiram logo após sua independência, no início do século XIX. Desde sua democratização, com a aprovação de uma Constituição moderna, pautada pela proteção dos direitos fundamentais e na dignidade humana, o Estado vem ratificando todos os tratados internacionais de Direitos Humanos, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, com reconhecimento expresso da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde 1988. Diante disso, assume sólida posição internacional de Estado cumpridor das suas obrigações

internacionais, tendo inclusive, recentemente votado de maneira favorável à aprovação pela OEA da Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Tolerância, sem contudo ainda ratificá-la.

João Rodriguez nasceu no Estado da Generalândia, em uma região pobre do país, caracterizada pela produção agrícola e pela presença de povos indígenas. Desde criança, João apresentava comportamento feminino, sempre se travestindo de vestimenta e adornos comumente usados pelo gênero feminino. Em razão do seu maneirismo, João era discriminado na escola e no ambiente familiar, fazendo com que ainda criança deixasse sua comunidade para viver na capital do Estado em 15 de março de 1988.

Em função da baixa formação escolar que possuía, João Rodriguez optou pela prostituição para se manter e assumiu novo nome: queria se chamar Maria Rodriguez. Com os recursos obtidos da prostituição, Maria fez modificações em seu corpo, a fim de se aproximar cada vez mais das formas biológicas da mulher. Além disso, manteve seus estudos, o que lhe proporcionou uma bolsa de estudos para cursar pedagogia. Ao final do curso em 10 de dezembro de 2011, Maria se graduou em Pedagogia e ingressou com um pedido administrativo em sua Universidade, em 11 de dezembro de 2011, que era pública, para que no diploma constasse o nome de Maria Rodriguez.

Em 20 de dezembro de 2011, a Universidade não deferiu o pedido de Maria, por considerar que todos os seus documentos pessoais apresentavam o nome de João Rodriguez e que tais dados acompanhavam sua atividade escolar dentro daquela Universidade e, por via de consequência, fundamentariam os dados para emissão do diploma universitário.

Maria Rodriguez então ingressou com uma ação judicial, em 02 de janeiro de 2012, requerendo que o nome de Maria constasse no seu diploma. O pedido de Maria se fundamentava na Constituição de Generalândia que previa igualdade perante a lei, sem qualquer forma de discriminação e o direito ao nome, como um direito individual e fundamental de todos os cidadãos.

O juízo de primeiro grau entendeu que o pedido de Maria não encontrava amparo nas normas do Estado de Generalândia. Maria

então recorreu e depois de 6 meses, o Tribunal manteve a decisão do primeiro juízo, em 02 de julho de 2012.

Diante de tais decisões judiciais, Maria ingressou com um recurso ante a Corte Constitucional que, passados 6 meses, ainda está pendente de julgamento. Nesse sentido, Maria se recusou a receber o diploma universitário e portanto como ainda não pode exercer regularmente sua profissão, decidiu ingressar com uma denúncia perante o Sistema Interamericano, em 02 de janeiro de 2013.

*Os fatos relatados são hipotéticos.*

**Responda as seguintes questões:**

1. Quais os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos poderiam ser declarados violados pelos órgãos do Sistema Interamericano? Justifique as razões.
2. Quais seriam os precedentes jurisprudenciais da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos que poderiam ser utilizados para o julgamento da questão? Explique os precedentes e demonstre como eles poderiam ser aplicados no caso em estudo.
3. O caso em estudo se refere à orientação sexual, à identidade de gênero ou à expressão de gênero? Justifique sua escolha.

### 3. OTROS EJERCICIOS PRÁCTICOS

#### Análisis de material audiovisual

No video indicado, é possível assistir uma audiência temática, realizada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos durante o 140º Período de Sessões em 25 de outubro de 2010. A audiência foi designada de “Discriminação contra a População Transexual, Transgênero e Travesti no Brasil” e foi solicitada pelo Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL/Brasil), Rede Nacional de Negros e Negras LGBT, Grupo Ativista de Travestis e Transexuais e Amig@s (GATTA) e Identidade.

[http://www.oas.org/OASPage/videosasf/2010/10/102510\\_v3.wmv](http://www.oas.org/OASPage/videosasf/2010/10/102510_v3.wmv)

Após assistir a audiência temática, identifique os principais argumentos apresentados pelas partes durante a audiência, bem

como os recursos utilizados por elas (peticionários e Estado) para exporem seus argumentos, como testemunhas, videos, exposição de especialistas no tema e etc.

## 4. FUENTES DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIAS

### 4.1. Lecturas complementarias

BORGES, Caíque; et all. "Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero: o combate à discriminação e a luta por direitos". *Simulação das Nações Unidas para Secundaristas 2012*. Disponível em: <http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/07-SoCHum.pdf>

Human Rigts Education Associates. "Orientação Sexual e Direitos Humanos". Disponível em: [http://www.hrea.org/index.php?doc\\_id=701](http://www.hrea.org/index.php?doc_id=701)

### 4.2. Documentación on line

- Associação Internacional para Lésbica, Gay, Trans e Intersexo - ILGA

<http://ilga.org>

Este endereço eletrônico congrega várias organizações e entidades que atuam no tema.

- Unidade para os Direitos das Pessoas LGBTI da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/enlaces/>

Neste endereço eletrônico tem-se acesso à informações sobre como a temática em questão vem sendo tratada pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, estão disponíveis jurisprudências, audiências, bem como informações acerca das atividades da própria Unidade, como produção de relatórios e visitas *in loco*.



# VI

## ANEXO: ESTUDIOS DE CASO



## 12

## LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Nataly Viviana Vargas Gamboa y Shirley Gamboa Alba  
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho

### 1. LECTURA DOCTRINAL

La finalidad de esta actividad es definir, en primer lugar, el esquema y visión que adquiere el Derecho al Agua para los Pueblos Indígenas, destacando su especial relación con este recurso, lo cual afecta directamente a sus prácticas culturales y a sus niveles de dignidad de vida. En segundo lugar, se tratará de presentar la construcción internacional del Derecho al Agua, así como los mecanismos de protección con los que cuentan los Pueblos Indígenas para obtener la tutela de dicho derecho.

#### 1.1. Libro colectivo

Se recomienda, en un primer momento, la lectura del siguiente texto:

1.1

BOELENS, Rutgerd, CHIBA Moe, NAKASHIMA Douglas., Y RETANA, Vanessa (Eds.). *El agua y los pueblos indígenas*, Conocimientos de la Naturaleza 2, UNESCO, París. 2007.

El libro se encuentra dividido en dos partes en la versión on line, puede verse cada parte en:

<http://portal.unesco.org/science/en/files/5809/11883043131W/W>

<http://portal.unesco.org/science/es/files/5811/11883044461W/W>

#### **Sobre los autores:**

BOELENS, Rutger, es docente investigador de la Wageningen Universiteit, sus actividades de enseñanza de centran en la gestión de los recursos hidráulicos, desarrollo rural,

pluralismo legal, derechos de agua, políticas de inversión. Ha coordinado diversas actividades en calidad de Investigador, Docente y Coordinador de Proyectos de Investigación. Forma parte del Departamento de Riego y Gestión del Agua, en la Universidad de Wageningen y es asesor académico en la Universidad Mayor San Simón – Bolivia. Realiza también supervisión de estudiantes de Doctorado y Máster en los países andinos. Editando solo, en coedición o en coautoría: Agua y Derecho: Políticas Hídricas, Derechos Consuetudinarios e Identidades Locales (2006). Derechos Colectivos y Políticas Hídricas en la Región Andina (2006). Water, community and Identity: The Politics of Cultural and Agricultural Production in the Andes (2003). Derechos al agua y Acción Colectiva (2001.)

CHIBA, Moe: Sistemas de Conocimiento Locales e indígenas, UNESCO.

NAKASHIMA, Douglas: Líder, Sistemas de Conocimiento Locales e Indígenas, UNESCO.

RETANA, Vanessa: Sistemas de Conocimiento Locales e indígenas, UNESCO.

El equipo de la UNESCO, ha editado, coordinado y supervisado diversos proyectos en relación al Derecho al Agua y los Derechos Indígenas. Así han publicado (juntos o separados): Conocimientos del Pueblo Mayanga sobre la Convivencia del Hombre y la Naturaleza (2010) Weatering uncertainty in the Arctic (2012). An indigenous Knowledge Forum on Climate Change Impacts (2008).

**Resumen:**

*El Agua y los Pueblos Indígenas*, tiene como base a los documentos entregados durante el Segundo, Tercer y Cuarto Foro Mundial del Agua (La Haya en 2000, Kyoto en 2003 y México 2006). Resulta del gran vacío que existe en las políticas internacionales y nacionales en relación a los pueblos indígenas, trayendo a las exigencias indígenas a un primer plano, cuyas críticas han sido cruciales en los debates internacionales. Así, se reposicionan las expresiones y visiones del conocimiento indígena con la perspectiva de integrarlas en la articulación de soluciones

para la crisis mundial del agua. Contribuyen en el trabajo numerosos expertos desde una perspectiva multidisciplinar.

## 1.2. Artículo en revista científica

En un segundo momento es importante estudiar la evolución del tratamiento del Derecho al Agua a partir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), para su protección. Para ello se recomienda:

1.2

— SALMÓN, Elizabeth. El Derecho Humano al agua y los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N°16, julio 2012. ISSN 1698-7950, pp. 245-268.

Puede verse en: <http://universitas.idhbc.es/n16/16-11.pdf>

### ***Sobre la autora***

Elizabeth Salmón es Profesora Ordinaria del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre sus distintas líneas de investigación se encuentran: Grupos vulnerables, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Género. Ha participado como consultora legal de la Secretaría de la Corte Penal Internacional y en Derechos Humanos y Human Rights Based Approach (HRBA). Entre sus últimas publicaciones se encuentran: *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2ª Edición, 2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (3ª Edición, 2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos* (1ª Edición, 2012). *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los Derechos Humanos* (1ª Edición, 2012). *El Perú y su política exterior en materia de Derechos Internacional Humanitario: Reseña de un camino inacabado. En Veinte años de política exterior peruana 1991-2011* (2012).

### ***Resumen:***

El texto refleja la evolución de la protección del Derecho al Agua, el que pese a no encontrarse enunciado de forma explícita en un instrumento internacional vinculante, ha logrado, a través de la interpretación del SIDH, construir estándares de protección, a

partir de los derechos a la propiedad, vida, integridad e igualdad y no discriminación. Destacando que dichos estándares se circunscriben especialmente a la protección de algunos grupos de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas.

### **1.3. Preguntas**

#### ***En relación a la primera lectura***

1. ¿Es adecuada la participación de los pueblos indígenas en el tratamiento del Derecho al Agua en las instancias internacionales?
2. Describa las propuestas de acción para el fortalecimiento del Derecho al Agua desde la visión de los Pueblos Indígenas Andinos. ¿es una visión compartida por los Pueblos Indígenas no andinos?
3. ¿Cuál es la visión de los Pueblos Indígenas del Derecho al Agua? ¿Qué otros aspectos contempla el Derecho al Agua además del de su provisión?
4. ¿Existen puntos en común entre las diferentes culturas con respecto a la concepción del Derecho al Agua?
5. Debata con sus compañeros: ¿Los gobiernos nacionales se preocupan por la protección de la relación espiritual que tienen los Pueblos Indígenas con el agua?
6. ¿Cuáles son los principales desafíos de los gobiernos nacionales para lograr el reconocimiento pleno y garantía del Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas?
7. Mencione los puntos que considere más importantes de la Declaración de Kyoto de los Pueblos Indígenas sobre el Agua y de la Declaración Tlatokan Atlahuak.

#### ***En relación a la segunda lectura***

1. Explique brevemente el funcionamiento del SIDH para la protección de los Derechos Humanos.
2. ¿Qué instrumentos internacionales reconocen al Derecho al Agua como un Derecho Humano?
3. Describa los estándares del Derecho Humano al Agua en el SIDH (Propiedad, vida, integridad y no discriminación).
4. ¿Cómo se ha manifestado el SIDH con respecto al Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas?

5. ¿Cuál es el impacto de la jurisprudencia del SIDH en las cortes nacionales latinoamericanas?

## 2. LECTURA JURISPRUDENCIAL

La finalidad de esta actividad es conocer los dictámenes de los órganos del SIDH en la protección al Derecho al Agua.



Informe de Fondo de la CIDH en el asunto Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice, de 12 de octubre de 2004.

Puede encontrarse en la página de la CIDH, concretamente en:

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>

En este caso se propone la lectura del informe N°40/04 correspondiente al caso 12.053. El Centro de Recursos Legales Indígenas y el Consejo Cultural Maya de Toledo demandan la responsabilidad del Estado de Belice como responsable de la violación de los derechos consagrados en el Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, en relación a ciertas tierras y recursos naturales que alegan les pertenecen y han sido otorgadas a terceros mediante concesiones madereras y petroleras. Vulnerando sus derechos territoriales, con la consecuente afectación negativa del medio ambiente, ocasionando graves problemas de subsistencia para el Pueblo Maya y su cultura.

En este caso resulta particularmente interesante la lectura de los párrafos 31 a 36, en los que se habla específicamente del Derecho al Agua, así como los párrafos 112 a 120 que versan sobre el Derecho a la Propiedad, del que puede desprenderse el Derecho al Agua. Siendo mucho más ilustrativa su lectura completa y, por supuesto, necesaria para la resolución de los cuestionarios.

### **Realice y responda a las siguientes actividades y cuestiones**

1. Localice en la base de datos de la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al menos cinco casos que mencionen violaciones al Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas.
  - En referencia al caso planteado, responda las siguientes preguntas:

2. ¿Sobre qué derechos se encuentra sostenido el Derecho al Agua del Pueblo Maya?. Fundamente.
3. ¿Qué dice el Informe en relación a la evolución del Derecho Internacional? ¿Cómo afecta dicha evolución al Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas?
4. ¿De qué manera se incluye al Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas dentro de su Derecho a la Propiedad?
5. Si bien la CIDH no se pronuncia directamente sobre la violación del Derecho al Agua, puesto que este derecho no fue individualmente alegado en la petición del Pueblo Maya ¿De qué manera influye el dictamen de la Comisión sobre el Derecho al Agua?  
— *Acuda ahora a las sentencias elegidas anteriormente*
6. ¿Qué líneas han seguido la CIDH y Corte IDH en la protección del Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas?
7. ¿Cuáles son las principales valoraciones del Derecho al Agua por la CIDH y la Corte IDH? ¿Cómo indican que afecta al Derecho la Propiedad de los territorios indígenas?
8. ¿Sobre qué otros derechos se ha construido la protección del Derecho al Agua?. Explique.



Localice ahora la Sentencia de la Corte IDH de 24 de agosto de 2010, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay.

Puede encontrarla directamente en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_es.p.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_es.p.pdf)

La demanda alega la responsabilidad internacional de Paraguay por la supuesta falta de garantía del Derecho a la Propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, puesto que desde 1990 se encontraría en trámite la solicitud de reivindicación territorial sin que hubiera llegado a resolverse satisfactoriamente. La CIDH ha reconocido que esta situación ha implicado que la comunidad se mantenga en un estado de vulnerabilidad alimenticia médica y sanitaria, que amenaza su supervivencia e integridad.

De particular importancia es la lectura de los párrafos 85 a 89, que describen el Derecho a la Propiedad Comunitaria, los

párrafos 183 a 193, que hacen una especial mención al derecho a la vida, y los párrafos 194 a 196 que se refieren específicamente al Derecho al Agua. Aunque para una comprensión integral y para la solución del cuestionario resulta indispensable la lectura íntegra del material.

9. ¿Sobre qué derecho se sostuvo el Derecho al Agua?. Fundamente.
10. ¿El fallo de la Corte IDH protege el Derecho al Agua de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek?
11. ¿Cuál es la diferencia entre un Informe de Fondo de la CIDH y una Sentencia de Fondo de la Corte IDH y de qué manera influyen en los Estados para la protección de los derechos?
12. ¿Cuál es tu valoración acerca de la protección del Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas a través del derecho a la propiedad indígena? ¿y a través del derecho a la vida?



Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2007, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.

Puede encontrarla directamente en:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_es.p.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_es.p.pdf)

La demanda trata de las presuntas violaciones cometidas por el Estado de Surinam contra los miembros del Pueblo Saramaka, en este sentido, la CIDH ha alegado que dicho Estado no adoptado medidas efectivas para el reconocimiento del uso y goce del territorio ocupado y usado de forma tradicional.

En particular, resulta interesante la lectura de los párrafos 78 a 86 con respecto a la condición tribal del pueblo Saramaka, los párrafos 87 a 91, en relación al uso y goce del Derecho de Propiedad Comunal, los párrafos 118 a 122, en relación a usar y gozar los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre sus tierras y los párrafos 126 y 150 a 152, con relación al Derecho al Agua. Considerando que para un entendimiento integral de las cuestiones presentadas, así como para la resolución del cuestionario, es necesaria la lectura íntegra de la Sentencia.

**Responda el siguiente cuestionario:**

1. ¿Qué declara la Corte y por qué, en relación a la aplicación del Derecho de Propiedad de los Pueblos Indígenas sobre los Pueblos Tribales?
2. ¿La inexistencia de leyes nacionales que protejan los derechos propietarios indígenas es causal de su desconocimiento? ¿Pueden los Estados abstenerse de dar cumplimiento a los Derechos Humanos reconocidos en los instrumentos internacionales?
3. ¿Cómo se manifiesta la Corte IDH sobre la posibilidad de afectar al agua como recurso de subsistencia del pueblo Saramaka?
4. Describa las medidas de reparación contenidas en la Sentencia. Analice si dentro de las mismas se encuentran elementos oportunos para proteger y reparar la violación al Derecho al Agua del Pueblo Saramaka.

### **3. SUPUESTO PRÁCTICO**

A través de disposiciones legales (México) con vigencia nacional se ejecutaron una serie de obras, entre las cuales se encontraba el trasvase de agua de la cuenca del río Indígena (nombre ficticio). Dicha actividad afectó a muchas comunidades campesinas e indígenas, puesto que vieron desaparecer las lagunas y humedales que utilizaban para el desarrollo de su vida, pues de éstas obtenían alimentos mediante la pesca y muchos productos de origen lacustre, así también sufrieron la pérdida del recurso hídrico que resultaba esencial para el desarrollo de su actividad agrícola.

Para realizar las actividades mencionadas, el gobierno no utilizó ningún mecanismo de consulta previa, ni realizó estudios ambientales sobre el posible daño producido por las mismas. Tampoco se preocupó por las concepciones espirituales, la relación de los Pueblos Indígenas con el agua, sus diferentes percepciones culturales y su situación de indefensión por no encontrarse participando de los sistemas políticos.

La ley nacional no reconoce Derechos Colectivos sobre los territorios a los Pueblos Indígenas, por lo que no cuentan con

recursos jurídicos para la defensa de sus derechos en el plano nacional.

*Los hechos presentados en el supuesto son experiencias reales de violaciones de derechos de los pueblos indígenas en México, siendo ficticio el nombre del río que aparece en el relato.*

**Responda al siguiente cuestionario:**

1. Sitúese en la posición de los Pueblos Indígenas afectados ¿Qué derechos protegidos por el SIDH considera que han sido vulnerados? Detalle los preceptos e instrumentos en los que se encuentran y explique las razones por las que considera que los derechos han sido vulnerados.
2. Actúe como representante legal de los Pueblos Indígenas y plantee una demanda a la CIDH en la que exponga los hechos mencionados, destacando los derechos vulnerados, haciendo una especial referencia a la afectación al derecho al agua.
3. Ahora sitúese en la posición del representante legal del Estado Mexicano y redacte un escrito de alegaciones en respuesta a la demanda, procurando, a través de todos los medios que tenga disponibles, que la CIDH inadmita la demanda.
4. Respecto a la falta de reconocimiento de los derechos colectivos de los territorios indígenas en el sistema nacional: ¿Considera usted que es una causal para oponer una excepción de inadmisibilidad?. Razone debidamente su respuesta.
5. Si la CIDH admite la demanda: ¿cuál es el procedimiento que surge a partir de ello?

## 4. OTROS EJERCICIOS

### 4.1. Planteamiento de una denuncia

Siguiendo las instrucciones contenidas en el formulario elaborado por la CIDH, que puede encontrarse en:

[https://www.cidh.oas.org/cidh\\_apps/instructions.asp?gc\\_language=S](https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/instructions.asp?gc_language=S)

Formule una petición con respecto a las violaciones de los derechos indígenas bolivianos por la industria extractiva en la mina Coro Coro, en la que para la producción de cobre se ha desviado el

curso del agua del río Pozuelo, disminuyendo fuertemente su caudal, afectando el suministro de los Pueblos Indígenas que dependen de ello, causando incluso la pérdida de este recurso en las comunidades indígenas que se encuentran río abajo. Utilice para sustentar el Derecho al Agua a otros derechos, como el de la propiedad, la libre determinación, la consulta previa e informada y la vida. Documentétese a fondo sobre este problema a través de las diversas páginas virtuales. Puede encontrar información relativa a este problema en:

<http://www.ceadesc.org/wp-content/uploads/2011/08/Coro-Coro-EIDH.pdf>

***A tiempo de analizar el caso boliviano y apoyado por el contenido del Manual, responda el siguiente cuestionario:***

1. Defina el concepto «pueblos y naciones indígena originario campesinos».
2. ¿Cuáles son los requisitos para obtener la condición de indígena en Bolivia?
3. ¿Qué colectivos comparten los mismos derechos que los pueblos indígenas en Bolivia?
4. Mencione las principales características de la autonomía indígena originaria campesina en Bolivia.
5. Analice si los derechos indígena originario campesinos solo se circunscriben a sus territorios o, si por el contrario, estos se entrelazan con los demás derechos e instituciones del Estado Plurinacional de Bolivia.

#### **4.2. Análisis de material audiovisual**

En los siguientes videos se puede ver una síntesis de las exigencias de los Pueblos Indígenas del Ecuador, luego de la promulgación de la Constitución en 2008 y durante la discusión de la Propuesta de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento de Agua, para lograr una protección efectiva del Derecho al Agua.

<http://www.youtube.com/watch?v=JJ0zOVnPZLo>

<http://www.youtube.com/watch?v=3sbuF3xefHE>

<http://www.youtube.com/watch?v=a5kqzucE4ZY>

<http://www.youtube.com/watch?v=mjCN0Hf049c>

Una vez vistos los videos, exponga los principales argumentos para la protección del Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas del Ecuador. Acto seguido analice si la línea de defensa planteada coincide con la protección otorgada por el SIDH, utilizando para este análisis todos los Informes y Sentencias, comentados y buscados por usted durante el desarrollo de este capítulo. Analice, fundamentando ampliamente, cuál cree que debe ser el nivel de protección de los gobiernos nacionales para el Derecho al Agua de los Pueblos Indígenas, así también exponga si le parece suficiente la protección otorgada por el SIDH.

## 5. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 5.1. Lecturas complementarias

ALBURQUEQUE, Catarina. Derecho hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento, Textipe Lisboa, 2012.

[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf)

BECERRA, Andrea Becerra. "Movimientos Sociales y Luchas por el Derecho Humano al Agua en América Latina", en ILSA. Revista El Otro Derecho N°34, Polis [En línea], 14 | 2006, Puesto en línea el 11 agosto 2012, <http://polis.revues.org/5282>

BELLO, Álvaro y AYLWIN, José (Comps.). Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Chile, 2008.

<http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/GLOBALIZACION,%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20PUEBLOS%20INDIGENAS.pdf>

BRUNILDA ROVERE, Marta e IZA, Alejandro (Eds.). Prácticas ancestrales y derecho de aguas: de la tensión a la coexistencia, UICN, Gland, Suiza. 2007.

<http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/eplp-068.pdf>

GARCÍA, Aniza. El Derecho Humano al Agua, Trotta, 2008.

JOHNSTON, Barbara Rose. Water, Cultural Diversity, and Global Environmental Change. Emerging Trends, Sustainable Futures?, UNESCO, 2012.

<http://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/onu/960-eng.pdf>

MITRE GUERRA, Eduardo José. El Derecho al agua: Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional, Iustel, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ORDUZ SALINAS, Natalia. Adiós río: La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá, Antropos, Bogotá. 2012.

<http://www.dejusticia.org>

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los pueblos indígenas y sus derechos, UNESCO, México, 2008.

<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

## 5.2. Documentación on line

- a) Naciones Unidas [www.un.org](http://www.un.org)  
Pueden encontrarse diversos documentos en el Centro de documentación de Naciones Unidas sobre agua y Saneamiento  
—Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos  
El Derecho al Agua, Folleto Informativo N°35  
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>  
—Reconocimiento del derecho humano al agua y saneamiento a través de la Resolución 64/292 de 28 de julio de 2010.  
[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S)
- b) Proyecto de cooperación WALIR (Water Law and Indigenous Rights), entre la Universidad Wageningen y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (UN/CEPAL).  
<http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/home.asp>  
—También podemos encontrar diversos documentos institucionales de protección del derecho al agua de los pueblos indígenas en el siguiente enlace de WALIR:  
<http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc.asp?id=sp>
- c) Corte IDH- Corte Interamericana de Derechos Humanos  
<http://www.corteidh.org.cr/>
- d) CIDH- Comisión Interamericana de Derechos Humanos:  
<http://www.oas.org/es/cidh/>  
En esta página podrá encontrar diversos documentos de gran relevancia para la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas, así, pueden destacarse:  
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/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Sobre los derechos de los pueblos indígenas: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>, en la que puede encontrar audiencias, Decisiones, Jurisprudencia, Sistema de Protección, Informes, así como diversas actividades, comunicaciones y enlaces.





## ¿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 Brasília (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](http://www.upf.edu/dhes-alfa/es)