

**Presentación**  
*José Thompson*

**Comment est-ce que le droit international des migrations –y compris la pratique pertinente des organes de contrôle onusiens– protège les groupes vulnérables, notamment les enfants et les femmes?**

*Swami Carolina Antolínez Vásquez*

**From Rhetoric to Reality: Examining Paraguay's Efforts and Limitations in Response to Gender-Based Violence**

*Violeta Colmán*

**Mujeres privadas de libertad y derechos humanos: régimen de visitas. La necesidad de una revisión sobre prácticas penitenciarias**

*Silvana Corvalán y Pablo Antonio Molina*

**Poblaciones vulnerables en contexto de movilidad humana por efectos del cambio climático**

*Javier Alfonso Galindo Perico*

**La vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a los desalojos forzados y el asedio de grupos económicos sobre sus tierras**

*Diana Marlen Mayén Martínez*

**La protección de las personas LGBTIQ en la jurisprudencia interamericana**

*Agustín Pelayo y Bernarda Bertín*

**Deberes del Estado ante las desapariciones de niños, niñas y adolescentes en contextos democráticos. Estándares interamericanos**

*Carla Piccininno*

**La interseccionalidad como forma de enfrentar la discriminación contra las mujeres migrantes**

*Nicolle Alejandra Uchpa Mogollon*

**Los cachorros del califato y las nuevas prisiones: Campamentos de desplazados internos en Siria**

*Inmaculada Yuste Martínez*

**The International Law of Indigenous People in the 21st Century**

*Renato Zerbini Ribeiro Leão*



REVISTA  
**I I D H**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme  
Instituto Interamericano de Direitos Humanos  
Inter-American Institute of Human Rights

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)  
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

**Corrección de estilo:** Español: *Jacinta Escudos*. Francés: *Erika Moyer*. Inglés: *Charles Moyer*

**Portada, diagramación y artes finales:** *Nicole Álvarez Cuevas / Walter Meoño Segura*

**Impresión litográfica:** *Litografía e Imprenta Segura Hermanos S.A. LIHSSA*

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

**Se solicita atender a las normas siguientes:**

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$40,00. El precio del número suelto es de US\$25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Los pagos deben ser hechos por transferencia o tarjeta. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: [s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr).

**Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH**

**Instituto Interamericano de Derechos Humanos**

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404

e-mail: [comiteeditorial@iidh.ed.cr](mailto:comiteeditorial@iidh.ed.cr)

[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)

## INDICE

### Presentación.....7

*José Thompson J.*

### Comment est-ce que le droit international des migrations –y compris la pratique pertinente des organes de contrôle onusiens– protège les groupes vulnérables, notamment les enfants et les femmes? .....11

*Swami Carolina Antolínez Vásquez*

### From Rhetoric to Reality: Examining Paraguay's Efforts and Limitations in Response to Gender-Based Violence .....35

*Violeta Colmán*

### Mujeres privadas de libertad y derechos humanos: régimen de visitas. La necesidad de una revisión sobre prácticas penitenciarias.....53

*Silvana Corvalán y Pablo Antonio Molina*

### Poblaciones vulnerables en contexto de movilidad humana por efectos del cambio climático .....89

*Javier Alfonso Galindo Perico*

### La vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a los desalojos forzados y el asedio de grupos económicos sobre sus tierras.....117

*Diana Marlen Mayén Martínez*

### La protección de las personas LGBTIQ en la jurisprudencia interamericana .....143

*Agustín Pelayo y Bernarda Bertín*

<b>Deberes del Estado ante las desapariciones de niños, niñas y adolescentes en contextos democráticos. Estándares interamericanos</b> .....	185
<i>Carla Piccininno</i>	
<b>La interseccionalidad como forma de enfrentar la discriminación contra las mujeres migrantes</b> .....	203
<i>Nicolle Alejandra Uchpa Mogollon</i>	
<b>Los cachorros del califato y las nuevas prisiones: campamentos de desplazados internos en Siria</b> .....	229
<i>Inmaculada Yuste Martínez</i>	
<b>The International Law of Indigenous People in the 21st Century</b> .....	293
<i>Renato Zerbini Ribeiro Leão</i>	

## PRESENTACIÓN

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 78, la más reciente de una tradición que comenzó en 1985, y que durante 38 años continúa difundiendo doctrina y debates especializados en materia de derechos humanos. En esta edición el IIDH seleccionó artículos académicos que exploran diversas alternativas para la protección de grupos y personas en especial situación de vulnerabilidad, con lo que se busca contribuir a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos e intercambio de buenas prácticas.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Swami Carolina Antolínez Vásquez, quien en su artículo *Comment est-ce que le droit international des migrations –y compris la pratique pertinente des organes de contrôle onusiens– protège les groupes vulnérables, notamment les enfants et les femmes?*, analiza el derecho internacional de las migraciones como un nuevo marco jurídico destinado a proteger a las personas migrantes y refugiadas, especialmente a las mujeres, niñas y niños que enfrentan dificultades adicionales durante su viaje migratorio, tales como la violencia sexual, la trata de personas, así como a la violencia física y psicológica. El análisis da cuenta del desarrollo normativo para proporcionarles una protección adicional y garantizar sus derechos bajo los estándares internacionales de derechos humanos.

En el artículo *From Rhetoric to Reality: Examining Paraguay's Efforts and Limitations in Response to Gender-Based Violence*, Victoria Colmán proporciona un análisis integral de la

evolución de las leyes y políticas sobre violencia doméstica y feminicidio en Paraguay, destacando los logros, desafíos y direcciones futuras para garantizar los derechos de las mujeres y una protección adecuada contra todas las formas de violencia en el país. En última instancia, identifica discrepancias entre las leyes formales y su implementación para mejorar la respuesta del Estado paraguayo.

Por su parte, Silvana Corvalán y Pablo Antonio Molina en *Mujeres privadas de libertad y derechos humanos: régimen de visitas. La necesidad de una revisión sobre prácticas penitenciarias*, exploran tres ejes problemáticos detectados con relación al régimen de visitas sociales, familiares e íntimas de las mujeres privadas de libertad en un pabellón de una unidad penitenciaria de Argentina, a partir de la práctica penitenciaria concreta. Al respecto, se analiza, entre otros, la falta de flexibilidad, la falta de accesibilidad, las condiciones materiales de los espacios y el impacto que ello tiene en el derecho de visitas; proponiendo una revisión de dichas prácticas con perspectiva de género y derechos humanos.

En *Poblaciones vulnerables en contexto de movilidad humana por efectos del cambio climático*, Javier Alfonso Galindo Perico aborda el fenómeno del desplazamiento o migración forzada a causa de desastres naturales y por causa de los efectos adversos del cambio climático como uno de los mayores retos de índole humanitaria que enfrentan los Estados y la comunidad internacional. A partir del repaso del desarrollo doctrinario y jurisprudencial en la materia se identifican vacíos y lagunas que aún significan la desprotección de esta población.

En el artículo *La vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a los desalojos forzados y el asedio de grupos económicos sobre sus tierras*, Diana Marlen Mayén Martínez aborda el contexto de prácticas que despojan a los pueblos indígenas de sus territorios ancestrales (tales como los desalojos forzados y

el asedio de grupos económicos) con el fin de proponer una mirada para enfrentar dichas problemáticas desde el sistema de protección y el urbanismo.

El artículo *La protección de las personas LGBTIQ en la jurisprudencia interamericana*, de Agustín Pelayo y Bernarda Bertín parte de las debilidades del marco jurídico de los derechos humanos con relación a las disidencias sexo-genéricas, tanto en el sistema interamericano como en los demás sistemas internacionales de promoción y protección de derechos. Por lo tanto, hace un análisis cualitativo de la jurisprudencia interamericana a fin de identificar estándares de aplicación en la materia, incluyendo progresiones y regresiones.

En su artículo *Deberes del Estado ante las desapariciones de niños, niñas y adolescentes en contextos democráticos. Estándares Interamericanos*, Carla Piccinino visibiliza la situación de niños, niñas y adolescentes que desaparecen de manera temporal, intermitente o definitiva, estando bajo la protección del Estado. Para ello, se analizan los estándares fijados para la desaparición forzada de personas y los protocolos de actuación que deben implementarse para asegurar el acceso igualitario a la justicia de niños, niñas y adolescentes.

Nicolle Alejandra Uchpa Mogollon en su artículo denominado *La interseccionalidad como forma de enfrentar la discriminación contra las mujeres migrantes* propone el uso del feminismo interseccional para elaborar políticas públicas destinadas a hacer frente a la discriminación contra las mujeres migrantes. Para ello, aborda la discriminación que sufren las mujeres de manera general, enfatizando que este proceso no es homogéneo y está lleno de matices atendiendo a las condiciones sociales de cada una de las mujeres. Adicionalmente, estudia el caso de las mujeres migrantes haciendo hincapié que a su condición de vulnerabilidad se le pueden sumar otros factores.

En el artículo *Los cachorros del califato y las nuevas prisiones: campamentos de desplazados internos en Siria*, Inmaculada Yuste Martínez utiliza la perspectiva de los derechos de las niñas y los niños para establecer los argumentos que pueden invocarse para su repatriación, de conformidad con el derecho a la nacionalidad, el derecho a asistencia consular, el derecho a entrar en el propio país, el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado o maltratado, el derecho a libertad y seguridad. Lo anterior, utilizando como objeto de análisis el caso de las miles de mujeres, niñas y niños europeos que se encuentran atrapados en territorio sirio tras la derrota de Daesh en 2019.

Finalmente, esta edición también incluye la valiosa contribución de Renato Zerbini Ribeiro Leão, quien es miembro del Comité Editorial de este Instituto. En su artículo, *The International Law of Indigenous People in the 21st Century*, presenta e ilustra los tres pilares de la protección legal universal más accesibles para garantizar efectivamente los derechos de los pueblos indígenas: la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el sistema de órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Lo anterior, a través del análisis de tratados internacionales, decisiones de sus órganos supervisores, declaraciones y documentos suscritos por los Estados.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones académicas.

**José Thompson J.**

DIRECTOR EJECUTIVO  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## COMMENT EST-CE QUE LE DROIT INTERNATIONAL DES MIGRATIONS —Y COMPRIS LA PRATIQUE PERTINENTE DES ORGANES DE CONTRÔLE ONU SIENS— PROTÈGE LES GROUPES VULNÉRABLES, NOTAMMENT LES ENFANTS ET LES FEMMES?

*Swami Carolina Antolínez Vásquez\**

### Introduction

Selon les chiffres officiels de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM), un total de 281 millions de personnes se sont déplacées/ont été déplacées en 2020. Environ 41 millions (14,6 %) sont des enfants et 135 millions sont des femmes<sup>1</sup>. La plupart d'entre eux (femmes et enfants) migrent depuis des pays en développement vers les pays industrialisés, où le marché du travail et la qualité de vie sont plus avantageux par rapport à leur pays d'origine. Le manque d'opportunités de travail, la pauvreté, l'instabilité politique et économique sont les principaux facteurs qui poussent ces personnes à quitter leur

\* Abogada y profesional en relaciones internacionales y gobierno con un Máster Erasmus Mundus en Migraciones Transnacionales, Relaciones Internacionales y Estudios Europeos de la Universidad de Lille, Universidad Babes-Bolyai y Universidad de Szeged. Ha trabajado en organismos internacionales como ONUSIDA y la Organización Internacional del Trabajo, así como en la Cruz Roja de Bélgica y el Consejo Noruego para los Refugiados. Su experiencia se centra en derechos humanos, políticas migratorias y derecho internacional. Posee habilidades en investigación, análisis y gestión de proyectos, con dominio de español, inglés y francés. Correo electrónico: [scarolina.antolinezv@hotmail.com](mailto:scarolina.antolinezv@hotmail.com)

1. OIM. *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration. 2020. <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>

pays<sup>2</sup>. En 2020, les pays qui ont accueilli le plus de migrants étaient les États-Unis, la Turquie et les Emirats Arabes Unis<sup>3</sup>.

Souvent, pour arriver dans les pays récepteurs, les migrants – et notamment les femmes et les enfants – doivent faire face à des difficultés dans leur pays d’origine, dans le pays de transit et même dans le pays de destination<sup>4</sup>. En effet, les femmes et les enfants sont victimes de violences sexuelles et de traite des êtres humains, ce qui fait d’eux un groupe vulnérable dans le contexte migratoire<sup>5</sup>.

Partant de ce constant, comment le droit international des migrations – y compris la pratique pertinente des organes de contrôle onusiens – protège-t-il les groupes vulnérables, notamment les enfants et les femmes?

Dans cette recherche, nous tenterons de répondre à cette question à travers l’étude de différents instruments internationaux de protection pour les femmes et les enfants migrants ainsi que

2. OIM. *World Migration Report 2020*. 2019. P. 2. <http://www.iom.int/wmr>

3. OIM, *World Migration Report*, 2020, p. 27.

4. ONU. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (A/RES/73/195)* | *International Organization for Migration*. 2019. Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières L’Assemblée générale, Rappelant sa résolution 71/1 du 19 septembre 2016, dans laquelle elle a décidé d’organiser une conférence intergouvernementale en vue de l’adoption d’un pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, ainsi que ses résolutions 71/280 du 6 avril 2017, 72/244 du 24 décembre 2017 et 72/308 du 6 août 2018, 1. Exprime sa profonde gratitude au Gouvernement et au peuple marocains, pour avoir accueilli, à Marrakech les 10 et 11 décembre 2018, la Conférence intergouvernementale chargée d’adopter le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, et fourni tout l’appui nécessaire ; 2. Fait sien le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, qui sera également appelé Pacte de Marrakech sur les migrations, adopté par la Conférence intergouvernementale et dont le texte figure dans l’annexe de la présente résolution. <https://www.iom.int/resources/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration/res/73/195>

5. OIM, *World Migration Report*, 2020.

via l’étude du travail des organes de contrôle de l’ONU pour la promotion des droits de ce groupe vulnérable dans le contexte de la migration. De plus, et en concordance avec le sujet, nous analyserons comment l’objectif No. 7 du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, s’attaque aux facteurs de vulnérabilité liés aux migrations, dans le but de les réduire.

## 1. Le droit international des migrations et ses instruments

Le développement d’un droit international des migrations a surgi de la nécessité de créer un cadre juridique de protection pour les migrants au niveau international. C’est ainsi que le droit international a développé une série d’instruments dans le but de protéger les différents types de migrants tels que les réfugiés, les apatrides, les migrants économiques, les personnes victimes de traite d’êtres humains et les déplacés internes. Les migrants sont considérés comme un groupe vulnérable face aux non-migrants (c’est à dire les nationaux ou les résidents du pays récepteur)<sup>6</sup>.

C’est pourquoi la communauté internationale, à travers l’Assemblée générale des Nations Unies, a demandé aux États membres la promotion et la protection des droits humains des migrants, en concordance avec les instruments internationaux sur la matière<sup>7</sup>. Cette même résolution a fait une mention

6. Cour Interaméricaine des droits de l’Homme. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: personas en situación de migración o refugio*. 2020. P. 11. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dqBfy2Q07iUJ:https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

7. ONU. *Resolución A-RES-54-166 Sobre protección de los migrantes. Asamblea General*. 2000. <https://www.catalogoderechoshumanos.com/resolucion-a-res-54-166sobre-proteccion-de-los-migrantes-asamblea-general/>

particulière à la nécessité de protéger les femmes et les enfants, étant donné leur vulnérabilité<sup>8</sup>.

En fonction des engagements internationaux de chaque État, les instruments internationaux applicables pour la protection des migrants peuvent être les suivants:

1. La Déclaration Universelle des Droits de l'homme;
2. La Convention de Genève de 1951 et son protocole additionnel de 1967;
3. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques;
4. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels;
5. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants;
6. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale;
7. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille;
8. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>9</sup>;

8. Ibid, p. 3.

9. Informations sur le traité :

1. Nombre d'Etats parties : 191
2. Nombre d'Etats signataires : 2 (Palaos et États-Unis d'Amérique)
3. Nombre d'Etats ayant fait une réserve/déclaration : 79

9. La Convention relative aux droits de l'enfant;
10. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses deux protocoles additionnels.

## 2. La situation des femmes au sein du droit international des migrations

Une fois établis les différents instruments de protection internationale, il convient d'analyser la protection donnée aux femmes au sein du droit international des migrations. L'augmentation de la migration des femmes ou la « féminisation des migrations » est un phénomène qui a commencé dès les années 90 avec l'entrée des femmes sur le marché du travail dans les pays industrialisés, ce qui a laissé les postes de travail domestique vides<sup>10</sup>. De nos jours, les causes de la migration des femmes sont liées à des facteurs économiques et familiaux ainsi qu'à des facteurs de violence et des facteurs relatifs au travail<sup>11</sup>. La migration des femmes a, malheureusement, fait d'elles un groupe très vulnérable aux risques tels que l'exploitation sexuelle, le travail forcé, la traite des êtres humains, l'esclavage et les violences sexuelles<sup>12</sup>.

4. Nombre d'objections éventuelles contre celles-ci par d'autres Etats : 24. Pour plus d'information voir : [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr)

10. Inter-American Commission on Human Rights. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. OAS. 2015. P. 22. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

11. Ibid.

12. CEDAW. *Recomendación General No. 26: Sobre las trabajadoras migratorias. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW/C/2009/WP.1/R*. 2008. Párr. 15. [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_CGoP1imfb8J:www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8337.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_CGoP1imfb8J:www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8337.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co)

## 2.1 La CEDAW

De ce fait, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1981, à travers le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes<sup>13</sup>, a établi une série d'obligations pour les États parties afin d'assurer la protection des femmes migrantes. En effet, le comité, dans ses différentes recommandations, a fait appel aux États membres pour qu'ils prennent des mesures visant à supprimer – sous tous les formes –, le trafic des femmes et l'exploitation sexuelle, étant donné que ces pratiques sont, selon la Convention, contraires à une égalité de jouissance des droits, au respect des droits et à la dignité des femmes<sup>14</sup>. Par ailleurs, le comité a rappelé aux États parties l'importance de créer des politiques publiques non discriminatoires et égalitaires pour les femmes migrantes, de supprimer les restrictions légales qui empêchent les femmes d'accéder au marché de travail en égalité avec les hommes, de promouvoir des voies légales de migration pour les femmes et de protéger les droits des femmes pendant tout leur parcours migratoire<sup>15</sup>.

De plus, le Comité a signalé que la Convention interdit la discrimination à l'encontre des femmes migrantes pendant toute la procédure migratoire – y compris lors du processus

13. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) est un organe d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Le Comité formule également des recommandations générales et des suggestions. Les recommandations générales s'adressent aux États et portent sur des articles ou des thèmes des Conventions. ONU Human Rights. *OHCHR | Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. 2021a. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CEDAWIndex.aspx>

14. CEDAW. *Recommandation générale No. 19 : Violence à l'égard des femmes*. 1992. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3731\\_F.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_F.pdf)

15. CEDAW, 2008.

de demande de protection internationale –, ainsi que la considération que doivent avoir les États pour l'identité sexuelle au moment d'examiner la demande d'asile<sup>16</sup>. Dans sa recommandation No. 32 – qui traite du sujet de non-refoulement au regard de l'identité sexuelle – le comité a également signalé que : « (...) *les États parties ont l'obligation de veiller à ce qu'aucune femme ne soit expulsée ou renvoyée dans un autre État où sa vie, son intégrité physique, sa liberté et la sécurité de sa personne seraient mises en danger et où elle risquerait de subir des formes graves de discrimination, y compris des formes graves de persécutions ou de violences sexistes. Ce qui peut constituer des formes graves de discrimination contre les femmes, y compris la violence sexiste (...)* »<sup>17</sup>. Cette interprétation du comité donne une protection plus élevée aux femmes dans le contexte migratoire en raison de leur sexe<sup>18</sup>.

Le comité peut examiner des communications individuelles alléguant des violations de la Convention par des États parties au Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. De ce fait, l'action du comité, à ce sujet, s'est matérialisée dans un cas contre le Danemark concernant l'expulsion d'une citoyenne indienne vers son pays. Lors de ce cas, le comité a indiqué que, même si la Convention ne mentionne pas le principe de non-refoulement, les obligations de la convention s'appliquent à toutes les personnes sans discrimination, y compris les réfugiés, les

16. CEDAW. *Recommandation générale No. 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*. 2014. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/91/PDF/N1462791.pdf?OpenElement>

17. Ibid. Paragraphe 23.

18. Dans ce point, les persécutions en raison du sexe peuvent être des violences sexuelles, mauvais traitements, violence domestique ainsi que craintes pour leurs enfants comme la pratique des mutilations génitales ou des mariages forcés ou encore de leur éviter l'ostracisme et l'exclusion tout simplement parce qu'elles sont de sexe féminin (CEDAW, 2014, paragr. 26).

demandeurs d'asile, les travailleurs migrants et les apatrides qui se trouvent sur le territoire de l'État membre<sup>19</sup>. Le comité a donc juridiction pour connaître de ces cas et prendre de mesures contre l'État en question.

Par ailleurs, les enfants, spécialement les filles, sont victimes de pratiques dégradantes en raison de leur sexe, ce qui les pousse à fuir leur pays. Ces pratiques non exhaustives sont: la privation de l'alimentation, la mutilation génitale, les preuves de virginité, la servitude, les sacrifices, l'inceste, l'infanticide, le mariage forcé et les modifications corporelles<sup>20</sup>. Dans ce cas, le Comité, en conjonction avec le Comité des droits de l'enfant, a recommandé aux États parties de reconnaître que le risque ou l'exposition à ces pratiques constituent un motif pour accorder l'asile ainsi que de garantir l'accès aux services (santé, migration) en égalité, quel que soit leur statut juridique<sup>21</sup>.

## 2.2 Les femmes et les filles migrantes comme victimes de la traite des êtres humains

En ce qui concerne la traite des êtres humains, les femmes et les filles migrantes sont les plus touchées. Au niveau international il y a d'ailleurs un Protocole additionnel à la Convention des

19. CEDAW. Décision du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes au titre du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (soixante-quatrième session). Communication No. 57/2013. 2013. P. 3. [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6M0Cu4ZoozUJ:https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%2520Documents/DNK/CEDAW\\_C\\_64\\_D\\_57\\_2013\\_25350\\_F.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6M0Cu4ZoozUJ:https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%2520Documents/DNK/CEDAW_C_64_D_57_2013_25350_F.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co)

20. CEDAW & Comité des droits de l'enfant. Recommandation générale/observation générale conjointe No. 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et No. 18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables. 2014. Paragraphe 9. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/79/PDF/N1462779.pdf?OpenElement>

21. Ibid. Paragr. 55.m & 88.e.

Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants<sup>22</sup>. Cet instrument est insuffisant pour protéger les femmes et les filles migrantes face aux nouvelles tendances de recrutement à travers les réseaux sociaux<sup>23</sup>. En effet, selon le comité en sa recommandation No. 38, dans le contexte migratoire, les femmes et les enfants ont besoin « *d'une protection plus large du droit international humanitaire, du droit des réfugiés, du droit pénal, du droit du travail et du droit international privé, des conventions contre l'apatridie, l'esclavage et la traite des esclaves et des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme* »<sup>24</sup>.

Dans les cas de traite, les femmes et les filles sont souvent attirées par des promesses de travail dans des pays où le marché du travail offre de meilleurs salaires. C'est pourquoi la création de canaux légaux pour attirer la migration est un facteur clé pour réduire ce phénomène. Lorsque ces réseaux de traite sont démantelés et que le droit pénal agit pour poursuivre les responsables des réseaux de traite, alors le droit des réfugiés joue un rôle important, puisque les femmes et les filles victimes de la traite sont généralement des migrantes en situation irrégulière dans les pays où elles se trouvent. D'où l'importance d'offrir une protection plus large fondée sur les diverses dispositions

22. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée compte avec deux protocoles additionnels dans le sujet de la traite: le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air.

23. CEDAW. Recommandation générale No. 38 sur la traite des femmes et des filles dans le contexte des migrations internationales. 2020. Parr. 12. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/324/46/PDF/N2032446.pdf?OpenElement>

24. CEDAW. 2020. Paragr. 13.

des instruments de protection internationale. Dans le but de protéger les femmes et les filles migrantes de la traite, le comité a recommandé aux États parties l'abolition des facteurs d'inégalité sociale et économique entre les femmes et les hommes, le changement des lois patriarcales, la modification des législations du travail, l'ouverture des voies légales de migrations pour les femmes et la mise en œuvre de politiques publiques de prévention de la traite<sup>25</sup>.

### 2.3 La protection de femmes migrantes selon le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture

En ce qui concerne les autres organes de contrôle onusiens, le Comité des droits de l'Homme<sup>26</sup>, dans son observation générale No. 28, a rappelé aux États parties l'obligation de l'article 8 du Pacte<sup>27</sup> de prendre des mesures pour empêcher la traite des femmes et des enfants sur leur territoire et au-delà de leurs frontières, ainsi que de garantir la protection des femmes et des enfants étrangers<sup>28</sup>. De plus, le comité a établi que les

25. CEDAW 2020. Paragr. 47, 53, 56 et 56.

26. Le Comité des droits de l'Homme est un organe composé d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par ses États parties. Le Comité publie également son interprétation du contenu des dispositions relatives aux droits de l'Homme, connue sous le nom d'observations générales sur des questions thématiques ou ses méthodes de travail. ONU Human Rights. *OHCHR | Introduction to the Human Rights Committee*. 2021d. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CMW/Pages/CMWIntro.aspx>

27. Ici, on se réfère au Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans son article 8, qui établit : « 1. Nul ne sera tenu en esclavage ; l'esclavage et la traite des esclaves, sous toutes leurs formes, sont interdits. 2. Nul ne sera tenu en servitude ».

28. Comité des droits de l'Homme. Observation générale No. 28 Article 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes). 2000. Paragr. 12. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.10&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.10&Lang=en)

femmes étrangères ont le droit, en concordance avec l'article 13 du Pacte<sup>29</sup>, de faire valoir, en cas d'expulsion, le risque de violations fondées sur le sexe, ce qui constitue une progression dans la protection des femmes migrantes<sup>30</sup>.

De même, le comité a indiqué que la jouissance des droits reconnus dans le Pacte doit être accordée à tous les individus sans distinction de leur nationalité ou de leur condition de réfugié ou de travailleur migrant<sup>31</sup>. Les États ne peuvent donc pas priver les migrants des droits établis dans le Pacte.

Pour sa part, le Comité contre la torture<sup>32</sup> a déterminé que les femmes et les filles étaient exposées à la torture et aux mauvais traitements en raison de leur sexe et souvent à cause de leur statut d'immigrées, ce qui oblige les États parties à la Convention contre la torture à prendre des mesures pour

29. Article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* ».

30. Ibid. Paragr. 17.

31. Comité des droits de l'Homme. *Observation générale No. 31. La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*. 2004. Paragr. 10. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=-6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bfu-d3cPVrcM9YR0iW6Ttaxgp3f9kUFpWoq%2fhW%2b3aq5weOaSYz20ea-TXHrroFgo2UTI2BZTf%2bSMW9sjVdwTYa0MOXFr1hHz9uuUZ%2fSg%-3d%3d>

32. Le Comité contre la torture (CAT) est un organe composé de 10 experts indépendants qui surveille la mise en œuvre de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par ses États parties. ONU Human Rights. *OHCHR | Introduction of the Committee on Migrant Workers*. 2021b. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIntro.aspx>

empêcher ces actes et punir les responsables<sup>33</sup>. De même, le Comité a établi l'obligation pour les États parties d'examiner le risque probable de torture en cas d'expulsion d'étrangers vers leur pays d'origine ou un autre territoire. Sur ce point, le Comité rappelle aux États que tout au long du processus, des normes minimales de protection doivent être garanties, en particulier pour les groupes vulnérables tels que les demandeurs d'asile, les enfants et les femmes migrantes<sup>34</sup>. Aussi, les deux comités peuvent examiner des plaintes individuelles alléguant une violation des droits énoncés dans les deux Conventions par les États parties qui ont fait la déclaration nécessaire et qui ont ratifié le protocole additionnel.

#### 2.4 La protection des travailleuses migrantes au regard du droit international des migrations

En ce qui concerne la migration de travail des femmes et sa protection, celle-ci a été traitée en principe par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) dans de nombreuses conventions, comme la convention No. 97 sur la migration de travail, qui a établi l'égalité entre les travailleurs migrants et les nationaux ainsi que le travail réalisé par les femmes (article 6), mais aussi la convention No. 100 sur l'égalité de rémunération de la main d'œuvre féminine (article 2), ou encore la convention No. 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques, qui établit une

33. Comité contre la torture. *Observation Générale No. 2 Application de l'article 2 par les États parties*. 2004. Paragr. 22. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskvE%2bTuw1mw%-2fKUI18dCyrYrZhDDP8yaSRi%2fv43pYTgmQ5TOoaZN6h8jhb5hPRNWOa-bzzAcp4LXmCj0FqO0m3TQyPE3gBniZ%2fOcIICOqKpsDbQ>

34. Comité contre la torture. *Observation générale No. 4 sur l'application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22*. 2018. Paragr. 40. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskvE%2bTuw1mw%2fKUI18dCyrYrZBES0pgkG84G5A46L-qLcmL%2f3aqn1RoFS51QMVIJDxsJl9MHjchtxwYoclRGck8c-95tpbzRnmBu3jmHAPH803d>

protection contre toutes les formes d'abus, de violence ou de harcèlement (article 5), et enfin la convention No. 190 sur la violence et le harcèlement qui touchent plus les femmes et les filles, ce qui fait que les politiques nationales doivent traiter de ce sujet dans le champ de la migration (article 11).

Aussi, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 constitue un pas important pour la protection des droits des travailleurs migrants. Cependant, cette convention n'a été ratifiée que par des pays du sud ou d'émigration, et non pas par les pays récepteurs de migration<sup>35</sup>. Toutefois, le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, à travers ses observations générales, a établi une série de protections pour les travailleuses migrantes<sup>36</sup>. En effet, le comité a fait appel aux États parties pour résoudre le problème de la vulnérabilité des travailleuses migrantes en régularisant leur situation migratoire<sup>37</sup>. De plus, il y a une protection particulière pour les femmes migrantes contre la

35. En effet, la convention a été ratifiée par 56 pays de l'Amérique Latine et d'Afrique ainsi que par la Turquie (ONU, 2021). Ce dernier est devenu un pays d'accueil de migrants à cause de sa position géographique proche de l'Europe. Aucun pays de l'Union européenne n'a ratifié la convention, ni les États-Unis. Ceci peut s'expliquer par le fait que la convention s'applique à la fois aux travailleurs migrants réguliers et irréguliers (article 5).

36. Le comité est l'organe d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille par ses États parties. ONU Human Rights, 2021b.

37. Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. *Observation générale No. 1 sur les travailleurs domestiques migrants*. 2011. Paragr. 52. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskvE%2bTuw1mw%-dD50s6dX7ewCBgoeKIJYd8ZpyF%2bT77w9N04RfNzOnVuVZJGlaw7kd-520QWjMLiD4xf%2bK1PCQHmqv81185MWDYwCb7wsYpIVMUvc>

violence, le travail forcé et la réponse aux besoins particuliers des femmes migrantes avant et après la grossesse<sup>38</sup>.

Le mécanisme de plainte individuelle du comité n'est pas encore entré en vigueur car l'article 77 de la Convention établit que ce mécanisme deviendra opérationnel lorsque 10 États parties auront fait la déclaration d'acceptation du mécanisme. À l'heure actuelle, seuls 3 États ont accepté le mécanisme (Mexique, Équateur et Uruguay)<sup>39</sup>.

### 3. La situation des enfants au sein du droit international des migrations

La migration des enfants a augmenté au cours des dernières années en raison de la répartition inégale des opportunités dans les différentes régions du monde, de l'accès à l'emploi, de la connectivité des technologies et des moyens de transport plus accessibles<sup>40</sup>. Par enfant, on entend toute personne âgée de moins de 18 ans, selon l'article 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant. La migration des enfants comprend les enfants qui voyagent avec leurs parents dans le but de chercher une vie meilleure, ainsi que les enfants qui partent tout seuls, soit pour retrouver leur famille qui a déjà migré, soit pour chercher

38. Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. *Observation générale No. 2 sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille*. 2013. Paragr. 21, 45, 60. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG-1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrMuIHhdD50s6dX7ewCBgofzBu%2b2Psh11Khw-QxjH7qXvaH5Yyl3Zfdn0YxVdVlenb8QXS5mkfsGVzk%2b8yfdDoNu-hUXSt5j1gsM4o3Ch5DbhMx>

39. ONU Human Rights. *OHCHR Dashboard. Status Of Ratification Interactive Dashboard. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*. 2021e. <https://indicators.ohchr.org/>

40. Bhabha, J., & Abel, G. *Children and Unsafe Migration in World Migration Report 2020*. 2020. P. 231. International Organization for Migration. [www.iom.int](http://www.iom.int)

une nouvelle vie loin des contextes de guerre, de violence, de désastres naturels ou d'instabilité politique ou économique<sup>41</sup>. Les enfants sont considérés comme un groupe vulnérable car ils n'ont pas l'autonomie nécessaire pour défendre leurs propres intérêts ou ne remplissent pas les conditions requises par la loi pour prendre en charge leur propre bien-être, ce qui signifie qu'ils ont besoin d'une plus grande protection de la part de l'État, de leur famille et de la société<sup>42</sup>.

#### 3.1 La Convention relative aux droits de l'enfant et son comité

Étant donné que les enfants ne sont pas qu'un objet de protection mais aussi un sujet de droits, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 a consacré une série de droits pour les enfants. Ces droits sont applicables sans distinction de nationalité, apatridie ou condition migratoire<sup>43</sup>. Dans le contexte migratoire, il faut tenir compte des principes suivants:

- Non-discrimination (article 2) comme centre des politiques publiques de migration, des mesures de

41. Cour Interaméricaine des droits de l'Homme. *Avis consultif OC-21-14*. 2014. Paragr. 36. [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZCxkiIgePlkJ:https://www.acnur.org/publications/pub\\_prot/5b6ca2644/opinion-consultiva-oc-2114-derechos-y-garantias-de-ninas-y-ninos-en-el.html+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZCxkiIgePlkJ:https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5b6ca2644/opinion-consultiva-oc-2114-derechos-y-garantias-de-ninas-y-ninos-en-el.html+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co)

42. Cour Interaméricaine des droits de l'Homme. *Avis consultif OC-17/2002*. 2002. Paragr. 32. [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HLJkm0RZ2bkJ:https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HLJkm0RZ2bkJ:https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co)

43. Comité des droits de l'enfant. *Observation Générale No. 6 Traitement Des Enfants Non Accompagnés Et Des Enfants Séparés En Dehors De Leur Pays D'origine*. 2005. Paragr. 12. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSR-zx6ZfXmRo9mdg35%2bm8BvAjgxo5%2bp77UXOUHA%2ferGpkg4QulY-5c50ld7haetKRPB%2b1Mw259fza6voiWpZZ1a60TdIP>

contrôle aux frontières et de la jouissance de droits (CMW & CRC, 2017b, paragr. 21 et ss);

- L'intérêt supérieur de l'enfant (article 3) dans les processus et décisions judiciaires et administratives qui concernent les enfants<sup>44</sup>;
- Le respect du droit à la vie, la survivance et le développement de l'enfant (article 6);
- L'unité familiale (article 9);
- Le droit d'exprimer son opinion dans toute procédure l'affectant et de la voir prise en considération (article 12);
- Le non-refoulement (articles 6, 22 et 37).

Les enfants migrants se trouvent dans une situation de vulnérabilité additionnelle en raison de leur condition, des risques du voyage et des traitements discriminatoires, ce qui fait d'eux des victimes potentielles de la traite des êtres humains, de l'exploitation sexuelle, du travail forcé, des violences physiques et du recrutement forcé<sup>45</sup>. Par ailleurs, les enfants ont le droit d'introduire une demande de protection internationale, les autorités donc doivent appliquer les dispositions de la convention de 1951 pour les enfants demandeurs d'asile comme pour les adultes<sup>46</sup>.

44. Ibid. Paragr. 27 et ss.

45. Cour Interaméricaine des droits de l'Homme, 2014, p. 71.

46. HCR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1*. 2009. Paragr. 6. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rLMkBR6v5rEJ:https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

À ce sujet, le Comité des droits de l'enfant<sup>47</sup> a déterminé en son observation générale No. 6 les obligations spécifiques pour les États parties lorsqu'un enfant non accompagné entre sur le territoire de l'État en concordance avec les obligations établies par la Convention. En effet, l'État doit garantir à l'enfant une évaluation de sa situation (articles 8, 22.2, 9.3 et 10.2), la désignation d'un tuteur ou d'un représentant légal (articles 18.2 et 20.1), un hébergement (articles 20 et 22), l'accès à l'éducation (articles 28, 29.1.c, 30 et 32), un niveau de vie suffisant (article 27), l'accès aux soins de santé (articles 23, 24 et 39), la prévention de la traite ainsi que de l'exploitation sexuelle et des autres formes des violence (articles 34, 35 et 36), la prévention de l'enrôlement dans les forces armées et les effets de la guerre (articles 38 et 39) et la prévention de la privation de la liberté (article 37)<sup>48</sup>.

Au sujet de la privation de la liberté d'un enfant migrant, il faut préciser qu'un mineur peut être privé de sa liberté comme *ultima ratio*. À ce sujet, l'article 37.b de la convention internationale des droits de l'enfant spécifie que : « *Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible* » (souligne hors du texte original).

47. Le Comité des droits de l'enfant (CDE) est un organe composé de 18 experts indépendants qui surveille la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant par ses États parties. Elle surveille également la mise en œuvre de deux protocoles facultatifs à la Convention, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (OPAC) et la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (OPSC) ONU Human Rights. OHCHR | *Introduction of the Committee on The Rights Of The Child*. 2021c. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>

48. Comité des droits de l'enfant, 2005.

De même, le comité des droits de l'enfant, dans son observation No. 10 du 25 avril 2005 paragraphe 79, stipule que:

Les principes fondamentaux concernant la privation de liberté sont les suivants:

**L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être conforme à la loi et ne doit être utilisé qu'en dernier ressort et pour la période la plus courte possible.** (a) La détention, l'emprisonnement ou la rétention d'un enfant **doivent être conformes à la loi** et ne doivent être utilisés qu'en dernier ressort et pour la période la plus courte possible. (b) Aucun enfant ne sera privé de sa liberté de façon illégale ou arbitraire » (souligné hors du texte original).

Pour le comité, les États ont le pouvoir de contrôler l'entrée et la sortie de leurs territoires. Néanmoins, le système de protection de l'enfant établi en droit international doit prévaloir sur les mesures restrictives des institutions de contrôle des migrations des États<sup>49</sup>. De ce fait, la détention des enfants migrants pour de raisons liées à l'immigration devrait être interdite par la loi, étant donné les effets négatifs que cette détention peut avoir sur la santé mentale et physique des enfants<sup>50</sup>.

De plus, le Comité des droits de l'enfant et le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants ont indiqué

49. *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration* 28 September 2012, paragr. 57 et OC-21/14; paragr. 166.

50. CMW & CRC. *Observation générale conjointe No. 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et No. 23 du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour.* 2017a. Paragr. 5 et 9. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG-1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrMuIHhdD50s6dX7ewCBgoc3aRFSDe0ukyIg-phiFFs8NibQYEB4vKte9Tz1clhvJOP00JeIG0LEjNVORyTD-NNj%2fv0wVwPxy%2b8%2fdyaAOUWMeI>

que les enfants, dans le contexte des migrations internationales, doivent être traités comme des enfants, étant donné qu'avant d'être migrants il s'agit des enfants<sup>51</sup>. De même, dans cette observation conjointe de 2017, il faut tenir en compte que: « *lorsque les normes nationales et les normes internationales diffèrent, ce sont les dispositions les plus propices à la réalisation des droits de tous les enfants dans le contexte des migrations internationales qui s'appliquent* »<sup>52</sup>. Ceci démontre le principe de complémentarité entre les différentes branches du droit international des migrations.

Ces organes de contrôle onusien ont également établi le principe de l'unité familiale et de la non-séparation des enfants de leurs parents lors d'une infraction aux lois migratoires, car c'est disproportionné et contraire aux droits de l'enfant<sup>53</sup>. Par ailleurs, le Comité des droits de l'enfant peut examiner des communications individuelles alléguant des violations de la Convention ou de ses deux premiers protocoles facultatifs concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et l'implication d'enfants dans les conflits armés par des États parties au troisième protocole facultatif selon une procédure de communication.

La matérialisation de cette protection pour les enfants se concrétise dans plusieurs cas que le Comité a traité. Dans un des cas le plus récent, le Comité a examiné le cas de l'expulsion d'une famille russe

51. CMW & CRC. *Observation générale conjointe No. 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et No. 22 du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales.* 2017b. Paragr. 11. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrMuIHhdD50s6dX7ewCBgofxxT019nDrP0z0mv2jWNao1Xr%2fJDGHyevclPtr8FIZd-h8e4MibbbxiJzXNJSU1MNmLYmB198o%2bkW4SfjIHpcUA>

52. Ibid. Paragr. 20.

53. CMW & CRC, 2017a, paragr. 29.

qui avait introduit une demande d'asile en Finlande. Au cours de la procédure, le fils du couple, âgé de 11 ans, n'a jamais été entendu par le service finlandais des migrations et l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été pris en compte lorsque l'État finlandais a décidé de les expulser vers la Russie. Le garçon de 11 ans, avec l'aide de ses mères, a fait appel au comité afin d'établir la violation des articles 3 et 22 de la Convention par l'État finlandais. Dans sa décision, le comité a conclu que le service d'immigration finlandais n'avait jamais tenu compte de l'opinion de l'acteur dans la procédure d'asile, ce qui l'a directement affecté. Le Comité a également conclu que la Finlande n'avait pas pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elle a décidé d'expulser ses mères vers la Russie, ce qui l'a mis en danger étant donné la forte discrimination à l'encontre des couples de même sexe en Russie<sup>54</sup>. Dans ce cas, on peut voir comment, en pratique, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte comme une considération primordiale dans les décisions administratives concernant le statut migratoire de l'enfant. De même, le droit des enfants à être entendus dans les processus qui les concernent, tels que le processus de reconnaissance des réfugiés, est vital pour garantir les droits énoncés dans la Convention.

#### 4. Analyse de l'objectif No. 7 du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières

Dans la plupart des recommandations étudiées et analysées, les comités font appel à la coopération entre les pays d'origine, de transit et de destination dans le but de garantir une migration

54. Comité des droits de l'enfant. *Constataions adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant la communication No. 51/2018*. 2021. Paragr. 12.2. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhslov9FOAeMKpBQm-p0X2W983JS%2bqW3NnoHLaaMJkFVK4YQqNiznF3yNL2tMVb8F8xC-qveRt%2f0B%2fApWNZQBSGuLIE0ObNgtotdkyYeQZkFxxKa%2fJOF-5TO%2bh%2biElbWZp8SeRAjTK%2bbbgYQbm23Nt0tK7XI%3d>

sûre et ordonnée<sup>55</sup>. À ce propos, le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières en son objectif No. 7 s'attaque aux facteurs de vulnérabilité liés aux migrations et la réduction de ceux-ci. En effet, cet objectif propose une assistance et une protection des femmes et des enfants en conformité au droit international<sup>56</sup>. À cette proposition s'ajoute l'instauration de politiques globales et de partenariats pour accompagner les groupes vulnérables – notamment les femmes et les enfants – dans toutes les étapes de leur migration ainsi que l'élaboration de politiques migratoires avec la perspective de genre qui répondent aux besoins des femmes et des enfants migrants victimes de violence sexuelle ou d'exploitation<sup>57</sup>. Les lois du travail qui rendent ces groupes plus vulnérables doivent également être modifiées, et les enfants migrants doivent être inclus dans les systèmes nationaux de protection de l'enfance, en garantissant l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>58</sup>. Pour les enfants non accompagnés, des procédures spéciales devraient être créées pour les accompagner tout au long de leur processus de migration, les rendant ainsi moins vulnérables<sup>59</sup>.

De même, les procédures de régularisation devraient être renforcées avec l'objectif d'un examen au cas par cas, ce qui permettra à l'État de mieux connaître la population migrante et de s'assurer qu'elle n'est pas aussi vulnérable dans le système migratoire du pays de destination<sup>60</sup>. La coopération entre États est donc essentielle pour garantir une assistance consulaire

55. CEDAW, 2020, paragr. 57 ; CMW & CRC, 2017a, p. 64 ; Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 2011, p. 31 et ss.

56. Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Paragr. 23.

57. Ibid.

58. Ibid. Littéral d.

59. Ibid. Littéral f.

60. Ibid. Littéral, i.

adéquate, des voies légales de migration et une protection renforcée<sup>61</sup>. Si cet objectif est atteint, les femmes et les enfants migrants pourraient bénéficier d'une migration sûre et ordonnée et ne seront plus vulnérables aux risques de la migration clandestine.

## Conclusion

En guise de conclusion, le droit international des migrations a établi des normes spécifiques de protection pour les femmes et les enfants migrants en situation de vulnérabilité. Grâce aux différentes conventions et à leurs comités de suivi, les femmes et les enfants migrants ont bénéficié d'une protection particulière. Les recommandations et la jurisprudence des comités ont contribué à consolider les droits de ces personnes dans les contextes de migration. Cependant, les femmes et les enfants continuent d'être victimes de la traite, de la violence sexuelle, du travail forcé et de la discrimination dans les pays de destination. Les États doivent donc intégrer les dispositions des différentes conventions dans leur législation interne et les mettre en pratique afin de mettre fin aux facteurs de vulnérabilité.

Comme l'ont noté les différents comités, les États ont la responsabilité première de la protection et de la promotion des droits des enfants et des femmes migrants, ce qui exige une volonté politique de la part des États. Il est clair que pour mettre en œuvre les différents mécanismes de protection, une coopération entre les États impliqués dans le processus de migration est nécessaire. L'ouverture de voies légales de migration est une solution pour réduire la migration clandestine et les risques qu'elle comporte pour les femmes et les enfants. Par le biais de programmes de travail, de délibérations plus

61. Ibid. Littéral j.

souples en matière de visas, d'une assistance technique dans les pays d'émigration et d'une modification des différentes législations du travail et pénales, on peut contribuer à une migration ordonnée et sûre, comme le prévoit le Pacte mondial.

Enfin, il est essentiel de considérer la migration doit être considérée comme un processus bénéfique pour les États impliqués dans le processus et non comme un processus négatif. C'est pourquoi il convient de créer différents espaces permettant aux femmes et aux enfants de migrer en toute sécurité et de contribuer à la croissance économique des pays d'accueil et de leur pays d'origine. De cette manière, les réseaux de trafiquants, la migration clandestine et la criminalité organisée transfrontalière seront réduits. Les États devraient s'appuyer sur les différents instruments internationaux disponibles pour protéger les migrants et soutenir les initiatives visant à régulariser les différentes voies de migration, comme le propose le Pacte<sup>62</sup>.

### 62. Referencias adicionales:

- OIT. Convention C097-Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312242](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242)
- OIT. Convention C100-Convention (No. 100) sur l'égalité de rémunération, 1951. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312245](https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245)
- OIT. Convention C189-Convention (No. 189) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:2551460](https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:2551460)
- OIT. Convention C190-Convention (No. 190) sur la violence et le harcèlement, 2019. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:3999810](https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3999810)
- ONU. HCDH | *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. 1966. <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- ONU. HCDH | *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*. 1979. <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- ONU. HCDH | *Convention relative aux droits de l'enfant*. 1989. <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>

## FROM RHETORIC TO REALITY: EXAMINING PARAGUAY'S EFFORTS AND LIMITATIONS IN RESPONSE TO GENDER- BASED VIOLENCE

*Violeta Colmán\**

### Introduction

Examining Paraguay's legal response to gender-based violence necessitates a nuanced understanding of the complexities and challenges inherent in combating these pervasive forms of violence. By tracing the evolution of laws and policies, analyzing key legislative milestones, and highlighting implementation challenges, this paper significantly contributes to ongoing efforts to understand better Paraguay's legal and policy dynamics on this issue.

The paper is structured into several sections to provide a systematic analysis of the topic. The first section, "Historical Background," delves into the socio-political context of Paraguay, particularly during the dictatorship era from 1954 to 1989 and the transition to democracy in the early 1990s. It examines the initial legislative responses to international conventions such as CEDAW, and the Belém do Pará Convention. It also highlights civil society organizations' challenges in advocating for women's rights amid the military regime and sheds light on policymakers' initial reluctance to address violence against women.

---

ONU. HCDH | *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants*. 1990. <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

ONU. *Ratifications de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*. 2021. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_fr)

---

\* Lawyer (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay), Master of Arts in Public Policy, Social Justice, and Human Rights (Central European University, Vienna, Austria).

Following the historical overview, the paper transitions into the “Evolution of the National Legal Framework” section, which explores the legislative developments in Paraguay regarding domestic violence and femicide. This section analyzes key laws, such as the Law Against Domestic and Intrafamily Violence and the Comprehensive Law on Violence Against Women, discussing their provisions, limitations, and impact on addressing gender-based violence. Additionally, it examines the active role of various stakeholders, including parliamentarians, international organizations, and civil society groups, in advocating for legislative reforms and enhancing legal protections for women.

The subsequent section, “Femicide in the Inter-American Context and the Paraguayan Law,” delves deeper into the legal concept of femicide and its incorporation into Paraguayan legislation. Drawing on regional perspectives and court rulings, this section examines the significance of recognizing femicide as a distinct form of gender-based violence and the new challenges encountered during the legislative process, particularly concerning the inclusion of gender perspectives in legal frameworks.

The final section, “Implementation and Challenges,” focuses on the practical implementation of laws and policies addressing gender-based violence in Paraguay. It evaluates the effectiveness of legal mechanisms in protecting women’s rights, examining issues such as data harmonization, access to justice, and the duty of enhanced due diligence. Additionally, this section discusses limitations related to the provision of reparations for victims of gender-based violence and identifies areas for improvement in implementing and enforcing legal frameworks.

Overall, this paper provides a comprehensive analysis of the evolution of laws and policies on domestic violence and femicide in Paraguay, highlighting the achievements,

challenges, and future directions to guarantee women’s rights and adequate protection against all forms of violence in the country. Ultimately, the goal is to identify discrepancies between formal laws and their implementation to improve the Paraguayan state’s response.

## 1. Historical Background

### 1.1 Unexpected victories amidst the dictatorship

Paraguay was the scenario of the longest military dictatorship in South America, from 1954 until 1989. During these years, any opposition to the regime or claim for human rights was seen as a threat and, therefore, suppressed by the state. The local civil society organizations focused on civil liberties and social rights. Although many women participated in these movements, public debate on the matter of women’s rights or domestic violence was not a possibility, given the authoritarian context.<sup>1</sup>

Ironically, the height of the dictatorship coincided with the approval of the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) by the UN General Assembly in 1979 and its ratification by the Paraguayan Congress in 1986. Despite Paraguay’s isolation from the international system of human rights and open violation of these rights at a local level, a bill to ratify the CEDAW Convention made it to

---

1. Soto, L. Mujeres, dictadura, resistencia y represión en Paraguay. Poner el cuerpo: Rescatar y visibilizar las marcas sexuales y de género de los archivos dictatoriales del Cono Sur. 2017. <https://www.cde.org.py/wp-content/uploads/2019/02/Mujeres-dictadura-y-resistencia.pdf>

Congress —without intervention from feminist organizations. The bill was ratified without reservations by Law No. 1215/86.<sup>2</sup>

According to the transcripts from the parliamentary discussion, the senators thought that a Convention like this was an anachronism for Paraguay because the country had already reached full constitutional equality between women and men. Nevertheless, they passed the bill “to set an example for countries in Africa and Asia” [sic].<sup>3</sup> The Optional Protocol of CEDAW was eventually ratified by Law No. 1683/01, two decades after the fall of the dictatorship. Although the Convention did not refer to violence against women, it opened the path for a new dialogue on women’s human rights.

### 1.2 The arrival of democracy, an open window for the inclusion of human rights

In the 1990s, Paraguay was transitioning to accommodate its recently gained democratic freedoms, including the new National Constitution of 1992. For the first time, the state committed to promoting policies that aimed to prevent violence within the family on a constitutional level, as stated in Article 60. These years were marked by the regional debate on domestic violence, specifically on violence against women. At the General Assembly of the Organization of American States (OAS) of 1994, the country voted to approve the Belém do Pará Convention without

2. CLADEM Paraguay, Coordinación de Mujeres del Paraguay (CMP), & Centro de Documentación y Estudios (CDE). Informe Sombra CEDAW: Vigilancia ciudadana sobre los derechos humanos de las mujeres en Paraguay. CLADEM Paraguay. 2005. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Paraguay/cde/20121022034515/informesombra.pdf>

3. Bareiro, L. Cuentos de CEDAW. El blog de Line Bareiro. Centro de Documentación y Estudios (CDE). 2010, January 18. <https://www.cde.org.py/blogdeline/2010/01/18/cuentos-de-cedaw/>

reservations.<sup>4</sup> In 1995, the Convention was ratified by Law No. 605/95, generating a new legal framework for preventing and eradicating violence and harmful gender stereotypes.

With the ratification of these international conventions —CEDAW and Belém do Pará—Paraguay assumed the responsibility of upholding the highest standards in protecting women’s human rights and ensuring the implementation of these principles domestically. This commitment also entailed recognizing the authority of oversight bodies, such as the CEDAW Committee and the Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI/OAS), to monitor compliance with the legal obligations undertaken. This international framework provided the foundation for developing national legislation and empowering civil society advocacy efforts.<sup>5</sup> Over subsequent decades, the local legal framework evolved to incorporate a range of legal instruments aimed at addressing domestic violence and safeguarding against various forms of violence targeting women, both in private and public spheres.

## 2. Evolution of the National Legal Framework

In 1997, Paraguay enacted its most recent Criminal Code, marking a pivotal moment in the country’s legal framework. This legislation notably included provisions addressing violence within the family as a misdemeanor, with Article 229 outlining financial penalties for such offenses. However, it was not until October 2000, just five years after the adoption of

4. Poole, L. Génesis de la Convención de Belém do Pará. Comisión Interamericana de Mujeres (CIM/OEA). 2013, October 28. [http://www.oas.org/es/CIM/docs/Poole\\_Todas.pdf](http://www.oas.org/es/CIM/docs/Poole_Todas.pdf)

5. ONU Mujeres. Violencia contra las mujeres en Paraguay: Avances y Desafíos. ONU Mujeres. 2016. <https://www.cde.org.py/wp-content/uploads/2017/08/2016-ONU-Mujeres-Estudio-violencia-Paraguay.pdf>

the Belém do Pará Convention, that Paraguay took significant strides in addressing violence against women. With the passage of Law No. 1600/00, known as the Law Against Domestic and Intrafamily Violence, the recognition of domestic violence as more than a private matter became explicit. The first article of this law established comprehensive protection standards, extending this protection to individuals subjected to various forms of abuse within the family unit, regardless of cohabitation status. This inclusive approach encompassed injuries and physical, mental, or sexual abuse inflicted by any family member, thereby broadening the scope of protection to encompass non-cohabiting couples and children, irrespective of shared residence.

This legislation represented a groundbreaking departure by explicitly recognizing that perpetrators of domestic violence could encompass both current and former partners, as well as people in a relationship who do not live in the same household. By extending legal protections to individuals regardless of their cohabitation status, the law aimed to provide a more comprehensive safeguard against domestic abuse. Moreover, it introduced streamlined judicial procedures for reporting cases of domestic violence and offered immediate legal remedies to mitigate the imminent risks faced by victims. The law established that any local court or “*Juzgado de Paz*” may issue several protective measures, including a) ordering the accused to leave home, b) preventing the accused from entering places that may endanger the victim, c) ensuring the victim receives her personal belongings and those of any children, d) facilitating the victim’s return home while excluding the perpetrator, e) prohibiting the possession of weapons or harmful substances in the home if they are used to intimidate or harm, and f) any other measure deemed necessary by the court to protect the victim.

However, despite these notable advancements, criticisms have been leveled against the law, particularly regarding its limitation to civil jurisdiction and its failure to explicitly address the gendered nature of violence.<sup>6</sup> Its primary focus on civil remedies overlooks criminal aspects of domestic violence, and it did not introduce changes to the Criminal Code from 1997. This limitation had implications for the legal avenues available to victims seeking redress and justice, particularly concerning criminal prosecution and punishment of offenders. Furthermore, the law’s failure to explicitly acknowledge and address the dynamics of violence against women undermines its effectiveness in combating systemic inequalities and discrimination perpetuated. This missed opportunity represents a significant gap in addressing the multifaceted nature of gender-based violence, particularly in criminal law provisions. It was not until 2014 that substantive changes were made to criminal legislation, broadening the definition of domestic violence as a crime instead of a misdemeanor and imposing stricter penalties. These amendments included provisions for imprisonment of up to 6 years, with the potential for extended sentences of up to 10 years in cases involving severe injury or harm to victims.

For a span of sixteen years, Paraguay relied solely on the domestic violence framework to prevent and safeguard women, girls, and their families from gender-based violence. However, concerted efforts from various stakeholders catalyzed a legislative breakthrough in 2016, with the approval of Law No. 5777/16 of “Comprehensive protection of women against all forms of violence.” This milestone was achieved through persistent advocacy by a coalition of parliamentarians, cooperation agencies, and international organizations such as

---

6. González Vera, M. Diez años de la ley contra la violencia doméstica. Avances y desafíos. Centro de Documentación y Estudios (CDE). 2010. <https://www.cde.org.py/wp-content/uploads/2017/08/2010-VIOLENCIA-CODEHUPY.pdf>

UN Women and the UNDP, alongside the active involvement of the Ministry of Women. The culmination of these efforts resulted in a comprehensive law dedicated to combating violence against women, marking a pivotal moment in Paraguay's legal landscape.<sup>7</sup> Furthermore, the impetus for this legislative stride was further fueled by the widespread outcry echoing from the streets of Argentina in the form of the “Ni Una Menos” (not one woman less) movement, which gained momentum a year prior.<sup>8</sup>

With the adoption of Law No. 5777/16, the state assumed a clear responsibility to take preventative measures and new criminal sanctions. The initial articles establish the scope of the law, declaring that violence against women can take place in the private as well as in the public sphere. It also mentions that it can be perpetrated by people in a relationship of any kind, people in the community, and agents from the state by action or omission—not just husbands or partners. All of this is in line with the principles of the Belém do Pará Convention. The following articles provide definitions of violence and discrimination. In the same way, it describes fifteen different expressions of violence against women, including obstetric, symbolic, institutional, and political violence, among others. This opened the possibility for regulation and new policies in these areas.

Among the new legal protections for the prevention and protection of women victims of violence, it is relevant to mention the creation of shelters for women and their children, the unified and standardized system of record of cases, and

7. González Vera, M. Insuficiencia del sistema de protección ante la violencia de género, doméstica e intrafamiliar. CODEHUPY. 2020. <https://codehupy.org.py/ddhh2020/violencia-de-genero/>

8. Base IS. Movimientos sociales y élites. Disputas en torno a la democracia (2000-2021). 2023. <https://www.baseis.org.py/wp-content/uploads/2023/03/Movimientos-sociales-y-elites-Tapaweb-fusionado.pdf>

an Interinstitutional Taskforce for the Prevention of Violence against Women. Law 5777/16 also introduced additional protective measures to the ones established by Law 1600/00 on domestic violence, like the prohibition of mediation, conciliation, or alternative resolutions in cases of violence.

### 3. Femicide in the Inter-American Context and the Paraguayan Law

The Declaration of Pachuca (2008), issued by the Committee of Experts of the MESECVI<sup>9</sup> of the Organization of American States (OAS), serves as a pivotal document emphasizing the gravity of violence against women, particularly in the form of femicide. It articulates this crime as the most severe manifestation of discrimination and violence against women, reflecting systemic inequalities entrenched within societal structures. This recognition underscores the urgent need for comprehensive legal frameworks to address and prevent gender-based violence.

Similarly, the landmark ruling in the Campo Algodonero case (2009) by the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court HR) further solidified the understanding of femicide within the broader context of gender-based violence. The Court's judgment linked these crimes to a general context of violence against women that is perpetuated socially and culturally. From this ruling, it is understood that violent killings of women should be seen as part of the unequal and historical relationship of discrimination, domination, and subordination that occurs in the private or the public sphere and the relationship of this dynamic between the perpetrator and the victim. By contextualizing femicide within this framework, the Court highlighted the

9. MESECVI. Declaration on Femicide. MESECVI/OAS. 2008. <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/DeclaracionFemicidio-EN.pdf>

complex interplay of societal norms, cultural practices, and institutional failures that perpetuate violence against women.

In light of these regional developments, the issue of femicide gained prominence on the Paraguayan political agenda, particularly during the deliberations surrounding Law 5777/16 in Congress. This law expressly addressed femicide as a grave crime deserving severe penalties. Article 50 of the law stipulates stringent punishments, ranging from ten to thirty years of imprisonment, for individuals convicted of gender-motivated murders of women. However, despite these legislative advancements, criticisms persist, especially regarding the law's implementation and binarism.<sup>10</sup>

One of the primary critiques centers on the omission of gender-related terminology from the law, a concession made under pressure from conservative factions during the legislative process.<sup>11</sup> This omission has led to a limited understanding of gender dynamics underlying violence against women, hindering efforts to address its root causes effectively. Consequently, the absence of explicit references to gender in the law impedes nuanced analyses and hampers the development of targeted interventions to prevent femicide and protect women's rights comprehensively. Because of this, legal interpretations become limited to the binary of women/men without an accurate vision of how gender-based violence operates in society.

10. ONU Mujeres & PNUD. *Femicidio en Paraguay 2017-2020: Estudio de casos a partir de sentencias judiciales*. 2021. <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2021/12/femicidio-en-paraguay>

11. Articulación Feminista MARCOSUR. Paraguay. ¿Por qué se eliminó la perspectiva de género en la reciente ley aprobada contra toda forma de violencia hacia las mujeres? AFM. 2016, December 20. <https://www.mujeresdelsur-afm.org/paraguay-por-que-se-elimino-la-perspectiva-de-genero-en-la-reciente-ley-aprobada-contra-toda-forma-de-violencia-hacia-las-mujeres/>

Moreover, the debate surrounding Law 5777/16 underscores broader societal tensions regarding gender theory and the recognition of gender-based violence as a systemic issue. While the discussed laws represent critical steps towards addressing violence against women and girls in Paraguay, their limitations underscore the ongoing challenges in achieving comprehensive legal protections for women. Future legislative efforts must prioritize prevention, understand gender dynamics, and incorporate gender-sensitive approaches into legal frameworks. Additionally, concerted efforts to challenge entrenched societal norms and combat gender-based discrimination are essential to creating a safer and more equitable society for all.

#### 4. Implementation of the legal framework and persisting challenges

One of the ongoing challenges is data collection and analysis. Although there is a legal mandate from Law 5777/16 to harmonize the inter-institutional data on femicide and violence against women, with the Ministry of Women tasked with overseeing this data, discrepancy persists between various governmental sources and the follow-up conducted by civil society. In 2023, 42 attempted feminicides were registered by the Observatory from the Ministry of Women, 50 by the Public Prosecutor's Office, and 29 by the Supreme Court. In the same year, the Ministry of Women reported 45 consummated cases of femicide, the Public Prosecutor's Office reported 40 cases, and the Supreme Court reported 27 cases.<sup>12</sup> The Observatory

12. Instituto Nacional de Estadística. Número de feminicidios. 2023. <https://atlasgenero.ine.gov.py/detalle-indicador.php?id=146&year=2023>; Ministerio de la Mujer del Paraguay. “El año 2023 cierra con 45 feminicidios en Paraguay” [Press Release]. 2023, December 31. Retrieved from <https://mujer.gov.py/el-ano-2023-cierra-con-45-femicidios-en-paraguay/>; Ministerio Público del Paraguay. “Femicidio: De enero a diciembre se registraron 40 víctimas y 71 hijos” [Press Release].

of Violence from the Center for Documentation and Studies (Centro de Documentación y Estudios), a civil society organization, registered 48 consummated feminicides in 2023 using media monitoring.<sup>13</sup> The Committee of Experts from the MESECVI/OAS has recommended that the Paraguayan state improve data collection.<sup>14</sup> It also asked the state to provide data disaggregating the ethnic, territorial, and age groups of the victims, a request not addressed until this date.

Another significant challenge in the implementation arises from a commitment outlined in Law 5777/16, whereby the state assumes the responsibility of enhanced due diligence as a procedural principle in addressing cases of violence against women and femicide. However, according to a report by UN Women, an analysis of 20 femicide verdicts revealed that judges, including the Supreme Court, failed to adhere to this principle.<sup>15</sup> Consequently, instances of violence continue to be treated as private matters, neglecting to scrutinize public responsibilities, evaluate preventability, or assess whether state actors acted with due diligence. This duty entails initiating a thorough investigation promptly, impartially, and effectively upon the denunciation of such incidents.

The Inter-American Court of Human Rights has indicated that the duty of enhanced due diligence is particularly important in

- 
- 2024, January 10. Retrieved from <https://www.ministeriopublico.gov.py/nota/femicidio-de-enero-a-diciembre-se-registraron-40-victimas-y-71-hijos-9054>
13. Centro de Documentación y Estudios (CDE). *Femicidios en el año 2023*. Observatorio de Violencia de Género. 2023. <https://observaviolenca.org/2023/01/23/femicidios-2023/>
14. MESECVI/OAS. *Informe de Implementación de las Recomendaciones del CEVI. Tercera Ronda. Fase de Seguimiento*. 2020. <https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/FinalReport2019-Paraguay.pdf>
15. ONU Mujeres & PNUD. *Femicidio en Paraguay 2017-2020...* 2021. <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2021/12/femicidio-en-paraguay>

cases of violence against women. The Court has also established that the authorities in charge of the investigation must carry it out with determination and efficiency, considering the state's obligation to reject and eradicate gender-based violence and give victims confidence in governmental institutions for their protection.<sup>16</sup> Likewise, the Court has held that the lack of due investigation and punishment of the irregularities denounced favors the reiteration of such methods.<sup>17</sup>

The Committee of Experts from the MESECVI/OAS has recalled this gap between the laws passed in the region and the low performance in the implementation by the states.<sup>18</sup> This Committee expressed concern about the impunity in cases of femicide because of low access to justice, as well as discriminatory practices and bias against women who report, from the civil servants who are on the frontline of receiving these cases —like justice operators, prosecutors, and the police force. Similarly, Paraguayan civil society organizations documented barriers when women engage with the judicial protection system, such as misinformation, re-victimization, and negligence in ensuring compliance with existing laws.<sup>19</sup> Tragically, many victims of femicide followed all prescribed

- 
16. Corte IDH, Caso Fernández Ortega, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_224\\_ing.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_ing.pdf)
17. Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_ing.pdf)
18. MESECVI. *Inter-American Model Law on the Prevention, Punishment, and Eradication of the Gender-Related Killing of Women and Girls (Femicide/Femicide)*. MESECVI/OAS. 2018. <https://www.oas.org/en/mesecevi/docs/LeyModeloFemicidio-EN.pdf>
19. Consultorio Jurídico Feminista. *Barreras y nudos críticos en el tratamiento de las denuncias por violencia basada en género*. 2023. <https://www.cjfeminista.org/barreras-y-nudos/>

steps; they reported incidents multiple times, sought judicial protection orders, and engaged with the police, prosecutors, and local courts, without receiving effective protection from the justice system.<sup>20</sup>

According to reports from UN Women, from 2017 to December 2020, there were 92 cases of consummated feminicide and 83 filings for attempted feminicide. Of the total consummated feminicide cases registered in that period, 22 had a sentence until December 2020, representing 23.9% of the total. Of the cases of attempted femicide, seven had received a sentence, which represents about 8.4% of all cases.<sup>21</sup> The inefficiency of the protection system stems from a myriad of intentional and unintentional human failures that can be preempted. These failures create a recurring pattern of obstacles hindering women's access to justice. Common issues include disbelief from judicial operators and neglect of duty of care. In many instances, officials refuse to accept reports of domestic violence unless the situation is deemed dire enough.<sup>22</sup>

This dismissive attitude toward women's experiences persists throughout the judicial process and is characterized by indifferent attitudes, value judgments by justice officials, and unclear or incorrect guidance on procedural steps. For example, to receive a denounces on cases of domestic violence, some local courts in the capital city require women to have legal representation, a prior police report, or even carry their identity card, despite these requirements contravening current laws.<sup>23</sup> Such negligent conduct

20. Colmán, V. "Addressing gender-based violence through better policymaking: Experiences from evidence-based advocacy in Paraguay." *Apolitical*. 2023, December 11. Retrieved from <https://apolitical.co/solution-articles/en/addressing-gender-based-violence-through-better-policymaking>

21. ONU Mujeres & PNUD. *Feminicidio en Paraguay 2017-2020...* 2021.

22. Consultorio Jurídico Feminista. *Barreras y nudos críticos...* 2023.

23. Consultorio Jurídico Feminista. *Barreras y nudos críticos...* 2023.

gravely hampers women's ability to obtain crucial assistance to protect their lives. Additionally, UN Women highlighted similar attitudes among prosecutors who consistently resist categorizing women's murders as feminicide, underscoring the disbelief faced by victims even after their demise.<sup>24</sup>

Finally, the gap between the rights of women victims of violence protected by the legislation and real access to justice should include the right to reparations. The CEDAW Committee recommends that states establish different measures for this purpose. Reparations should not be limited to monetary compensations for the survivors and their families but also the provision of legal, social, and health services, including sexual, reproductive, and mental health, for a complete recovery and satisfaction and guarantees of non-repetition.<sup>25</sup> The Committee of Experts of the MESECVI has also recommended timely and comprehensive reparation measures to the victims and survivors designed to change the situation so that their effect is restitution and rectification of the damage suffered.<sup>26</sup> In light of all these recommendations and challenges, it is clear that Paraguay still has a long way to fully fulfill its obligations to prevent, sanction, and eradicate violence against women and its root causes.

## 5. Conclusions

The analysis presented in this research paper offers valuable insights into the evolution of the legal framework addressing

24. ONU Mujeres & PNUD. *Feminicidio en Paraguay 2017-2020...* 2021.

25. CEDAW Committee. General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19. UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). 2017. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/CEDAW\\_C\\_GC\\_35\\_8267\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf)

26. MESECVI. *Inter-American Model Law on the Prevention...* 2018.

gender-based violence and femicide in Paraguay and the mandates from the Inter-American and international systems of human rights. Several key conclusions emerge by systematically examining historical context, legislative developments, and implementation challenges.

Firstly, the historical background reveals the influence of Paraguay's authoritarian past on the initial response to gender-based violence. The transition to democracy in the 1990s ushered in a new era of legislative reforms, marked by the ratification of international conventions and the adoption of domestic laws to address violence against women. However, deeply entrenched cultural norms and systemic challenges hindered the full realization of women's rights and the effective implementation of legal frameworks.

Secondly, the evolution of the national legal framework reflects a gradual shift towards comprehensive legislation on violence against women. The enactment of laws such as the Law Against Domestic and Intrafamily Violence and the Comprehensive Law on Violence Against Women represented significant milestones in recognizing and addressing gender-based violence. Nevertheless, criticisms regarding limited scope, lack of gender perspective, and challenges in enforcement highlight the need for continuous reform and improvement.

Thirdly, incorporating femicide into Paraguayan law reflects broader regional trends and international standards. While the recognition of femicide as a distinct crime marks progress in addressing gender-based violence, challenges remain regarding the interpretation and implementation of legal provisions. Pressure from conservative movements and limitations in the legislative process underscores the complexities of advancing gender-sensitive legislation in Paraguay.

Lastly, the implementation of laws and policies on violence against women faces multifaceted challenges, including data harmonization, access to justice, and the duty of enhanced due diligence. Discrepancies in reporting mechanisms and institutional responses underscore the need for improved coordination and accountability. Additionally, the gap between legal protections and access to justice highlights the importance of comprehensive reparations for victims of gender-based violence.

In conclusion, despite the significant progress in addressing gender-based violence and femicide in Paraguay, persistent challenges remain. Strengthening legal frameworks, improving implementation mechanisms, and fostering cultural change are crucial to safeguarding the rights and safety of all women and girls. Reflecting on Paraguay's recent history and the strides made over the past forty years, there is optimism for continued progress toward ensuring that every woman and girl can live free from violence. These advancements are indebted to the tireless efforts and advocacy of women's organizations, feminist groups, and support from international organizations like the United Nations and the Inter-American system, despite opposition from conservative policymakers and their attempts to dismantle the protection system.<sup>27 28</sup>

27. ABC Color. *Intento de derogar Ley 5777 atentará contra las mujeres y el país se expondrá a sanciones internacionales [Attempt to Repeal Law 5777 Will Harm Women and Expose the Country to International Sanctions]*. 2024. <https://www.abc.com.py/nacionales/2024/03/09/intento-de-derogar-ley-5777-atentara-contra-las-mujeres-y-el-pais-se-expondra-a-sanciones-internacionales/>

28. Additional references: Constitución Nacional del Paraguay. República del Paraguay. 1992. [https://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION\\_ORIGINAL\\_FIRMADA.pdf](https://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf); Ley 1160/97 "Código Penal Paraguayo". República del Paraguay. 1997. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3497/codigo-penal>; Ley 1600/00 "Contra la violencia doméstica". República del Paraguay. 2000. <https://www.pj.gov.py/images/contenido/secretariadegenero/marcolegal/LEY-1600-2000.pdf>; Ley 5777/16 "De protección integral a las mujeres, contra

## MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS: RÉGIMEN DE VISITAS. LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN SOBRE PRÁCTICAS PENITENCIARIAS

*Silvana Corvalán\* y Pablo Antonio Molina\*\**

### Introducción

En el presente trabajo se analizará el impacto diferenciado y la consecuente importancia que tiene el ejercicio adecuado del derecho a la visita familiar y/o social para las mujeres en contexto de encierro carcelario.

Brindaremos una descripción de la normativa convencional y provincial en lo que respecta al derecho de visitas de las mujeres privadas de libertad y, en particular, en relación a dos aspectos puntuales: los requisitos formales que se requieren para acreditar vínculo y que debe tener una persona para poder visitar a una mujer privada de la libertad, detallando si siempre es necesario que revista el carácter de familiar; y, por otro lado,

---

\* Abogada, Universidad Nacional del Sur, Especialista en Derecho Penal, Profesora Adjunta en Derechos Humanos en Abogacía y Licenciatura en Seguridad Pública en la Universidad Nacional del Sur, Argentina. Coordinadora del Área de Litigación en Derechos Humanos, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur. Secretaria en la Secretaría de Género de la Defensoría General Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires. Email: corvalan\_silvana@hotmail.com.

\*\* Agente judicial, Secretaría de Género, Defensoría General Bahía Blanca. Docente Ayudante en Prueba en los Procesos Judiciales, Filosofía de la Pena y Taller de Litigación Oral, de las carreras de Abogacía y Licenciatura en Seguridad Pública de la Universidad Nacional del Sur, Argentina. Integrante de la Asociación Pensamiento Penal, capítulo Políticas Penitenciarias y CABA, Argentina. Subdirector de la Revista de Derecho UNS. Email: pablomolina007@outlook.com

las condiciones materiales que debe presentar el lugar destinado a la recepción de visitas.

Asimismo, describiremos las prácticas penitenciarias en relación a estos aspectos, basadas en el análisis de la situación concreta de las mujeres privadas de libertad en el anexo femenino de una unidad penitenciaria de hombres en la provincia de Buenos Aires, Argentina.

A partir de tal descripción se analizará la normativa y prácticas implicadas, abordando dicho análisis desde dos ópticas diferenciadas: los aspectos formales, relativos a los requisitos que se exigen para que una persona pueda recibir visitas, así como el vínculo requerido (familiares, amigos/as); y, por otra parte, los aspectos sustanciales, relativos a las condiciones materiales del lugar destinado a la recepción de visitas y el impacto que un lugar inadecuado puede tener en el derecho de visitas.

La propuesta versará sobre la necesidad de una revisión de aquellas prácticas penitenciarias que se apartan de los estándares convencionales relativos al derecho a las visitas de las mujeres privadas de libertad, en tanto no consideran adecuadamente la perspectiva de género y derechos humanos en contexto de encierro.

## 1. El derecho de visita a la luz de la normativa convencional

### 1.1 Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes

En materia de condiciones de detención de mujeres privadas de libertad, las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento*

*de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (en adelante Reglas de Bangkok o Reglas)<sup>1</sup>, constituyen el estándar mínimo indispensable que debe orientar el modo en que se ejecuta una condena a una mujer en prisión.

Las reglas conforman el *corpus juris* internacional de protección de los derechos de las mujeres privadas de libertad –tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Verbitsky*<sup>2</sup>– se han convertido por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de las personas privadas de la libertad.

Las Reglas de Bangkok determinan la necesidad de formular recomendaciones de política orientadas a la acción, basadas en las necesidades especiales de la mujer en calidad de reclusa o delincuente, y los planes de acción para su aplicación.

Destacan las Reglas expresamente que las mujeres reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos. Y como tal, advierten sobre el impacto determinante que representa en su estado emocional e integridad psíquica, el derecho de visitas.

La Regla 43 de las Reglas de Bangkok determina que: “Las autoridades penitenciarias alentarán y, de ser posible, facilitarán las visitas a las reclusas, como condición previa importante para asegurar su bienestar psicológico y su reinserción social”.

1. *Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes*. (Reglas de Bangkok). 2011. Asamblea General de Naciones Unidas, 16/03/2011.

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, V. 856.XXXVIII, Recurso de Hecho, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, 3 de mayo de 2005, considerando 39.

De relevancia es el comentario a dicha Regla 43, en tanto se sostiene que:

(...) la pequeña proporción de mujeres presas en todo el mundo y los recursos implicados en la construcción de suficientes cárceles para mujeres para asegurar que las mujeres sean encarceladas cerca de sus hogares, genera la situación de que las mujeres pueden ser alojadas en anexos de cárceles para hombres, cerca de su lugar de residencia, o en cárceles de mujeres, que más a menudo están situadas a largas distancias de sus hogares. El alojamiento en anexos de cárceles de hombres puede acarrear riesgos para las mujeres. La mayoría de los estados tienen una combinación de cárceles de mujeres y alas separadas para mujeres en cárceles de hombres, lo que significa, en la práctica, que muchas mujeres son encarceladas a largas distancias de sus hogares, lo que reduce la posibilidad del contacto familiar. La situación puede ser particularmente problemática en varios países donde enormes distancias deben ser recorridas para llegar a las cárceles de mujeres. Los trastornos a los vínculos familiares tienen consecuencias extremadamente dañinas en lo emocional para las mujeres presas, especialmente si ellas son madres, y poseen un impacto negativo sobre su proyecto de resocialización<sup>3</sup>.

Es reconocida por todos y todas, entonces, la importancia y el deber de las autoridades penitenciarias de facilitar a las mujeres privadas de libertad la comunicación con el mundo exterior, con su grupo familiar y social de manera de colaborar en mitigar angustias, carencias emocionales, temores y tornar efectivo en definitiva el proyecto resocializador en la ejecución de la pena. Se trataría, así, de garantizar las visitas de tipo familiar o social.

También resultan importantes las llamadas “visitas íntimas” o “visitas conyugales”. En este sentido, debemos considerar que las Reglas de Bangkok devienen de vital importancia, toda vez que constituyen la única normativa internacional que contempla, en forma expresa, la visita íntima como un derecho. En este sentido, en la Regla No. 27 se prevé: “En caso de que se

3. *Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas...* Regla 43.

permitan las visitas conyugales, las reclusas tendrán el mismo derecho a ellas que los reclusos de sexo masculino”<sup>4</sup>.

Las Reglas determinan, además, la flexibilidad que necesita ser demostrada por las autoridades penitenciarias en la aplicación de la reglamentación de visitas para las internas, de modo de asegurarlas contra el dañoso impacto de la separación de sus familias e hijos, en vista del hecho de que muchas mujeres son encarceladas lejos de sus hogares. Esta flexibilidad debería, por ejemplo, incluir la extensión horaria de las visitas, particularmente cuando los visitantes han viajado largas distancias para realizarlas (Reglas 26).

De especial relevancia es la Regla 28 de las Reglas de Bangkok que determina: “Las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos”.

El comentario a esta regla tiene en cuenta las necesidades emocionales de contacto físico de las madres con sus hijos y el requerimiento de un ambiente amigable para el niño durante la visita a su madre, para reducir el trauma y la angustia que sufre el niño en estas circunstancias. Generalmente, el contacto abierto entre la madre y el niño puede ser permitido, tomando en cuenta el mejor interés del niño. Las condiciones de visita son de suma importancia, para que la visita sea experimentada como una experiencia positiva en vez de desalentar más el contacto. Realizar el esfuerzo de permitir a las mujeres

4 Por supuesto, de la restante normativa puede derivarse el derecho a la visita íntima, si bien de forma no expresa. Volveremos a referirnos a esta cuestión en el apartado 4.1 del presente artículo, donde vinculamos la visita íntima el derecho a la vida privada y al derecho a la salud sexual y reproductiva.

detenidas reunirse con sus familias en un ambiente amigable y confortable tendrá un impacto significativo sobre el número de visitas que recibirá y la calidad de esas visitas, influyendo en el proyecto de reinserción social de las mujeres encarceladas.

Tan importante para el bienestar emocional y social de la mujer privada de libertad es recibir la visita en condiciones dignas, confortables y amigables, como para su programa resocializador, ya que cuando la visita es desalentada, tanto por el lugar físico inadecuado como por el personal penitenciario, ello se traduce en rupturas de vínculos o lazos, lo que posteriormente resulta un factor negativo –informado por las Unidades Penitenciarias en los Legajos Criminológicos– con impacto directo y valorado a efectos de desaconsejar la inclusión de la mujer encarcelada en un régimen liberatorio o alternativo a la pena privativa de libertad.

Así, las Reglas de Bangkok representan los estándares básicos, mínimos y específicos en relación a los derechos de las mujeres privadas de libertad y su derecho de visitas. Los requisitos formales para el acceso a la visita, y las condiciones materiales donde la misma se desarrollan, tienen un impacto directo en la ejecución de la pena privativa de libertad, en tanto se traduce en la afectación al derecho a mantener contacto con su grupo familiar, con repercusiones negativas en el proceso resocializador de las mujeres prisionizadas.

## 1.2 Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH, CIDH o Comisión), uno de los órganos principales del sistema interamericano de derechos humanos, en tanto entre su mandato se encuentra el deber de supervisar y velar por el cumplimiento de los estándares de protección y

garantía de derechos humanos en el sistema interamericano, profundizó su observación sobre la situación que enfrentan las mujeres privadas de libertad en la región, con un abordaje que contempla desde factores que dan lugar a su encarcelamiento hasta los desafíos que enfrentan para reinsertarse en la sociedad una vez recuperada la libertad.

En el marco de dicha labor, la Comisión publicó el informe *Mujeres privadas de libertad en las Américas*<sup>5</sup> donde advirtió distintos aspectos problemáticos y verificó la existencia de factores que dificultan las visitas, entre los que destacan:

- i) exigencia de requisitos en demasía;
- ii) tramitación excesiva y elevados costos; y,
- iii) complicaciones derivadas de las requisas<sup>6</sup>.

Por otra parte, determinó además que la ausencia de espacios adecuados y condiciones propicias para la realización de visitas también impide un contacto adecuado. En particular, de la información recibida por la Comisión IDH se advirtió que las niñas y niños muchas veces no quieren visitar a sus madres presuntamente por falta de espacios inclusivos para niños de distintas edades, y las características propias del encierro que incluyen hostilidad<sup>7</sup>.

En el referido Informe elaborado por la CIDH, dicho organismo reiteró que en atención al mandato específico de protección a la familia y al interés superior de la niñez, “los Estados tiene el

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II Doc. 91/23, 8 de marzo de 2023, p. 17.

6. Comisión IDH. *Mujeres privadas de libertad...* p. 54.

7. Ibid.

deber de adoptar medidas para que las mujeres detenidas que sean madres tengan amplias oportunidades de mantener contacto con sus hijas e hijos. Al respecto, recuerda que la privación de la libertad de madres y padres no debe ser considerada razón para la restricción indebida del contacto directo de modo regular<sup>78</sup>.

La Comisión recordó que las Reglas de Bangkok estipulan que los Estados están obligados a:

- i) garantizar un entorno propicio;
- ii) permitir el libre contacto entre la madre y sus hijas e hijos;
- iii) alentar visitas con permanencia prolongada; y
- iv) abstenerse de imponer sanciones disciplinarias que impidan el contacto con sus hijos<sup>9</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte), el órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos, se pronunció en ejercicio de su función consultiva, dictando la Opinión Consultiva No. 29/22 sobre *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*<sup>10</sup>, donde la Corte concluye que los Estados deben aplicar un enfoque diferenciado en la atención de las necesidades especiales de los distintos grupos poblacionales privados de libertad para asegurar una ejecución de la pena respetuosa de su dignidad humana.

8. Comisión IDH. *Observaciones a Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad*, 14 de noviembre de 2020, párrs. 35 y 36.

9. Comisión IDH. *Mujeres privadas de libertad...* p. 55.

10. Corte IDH. OC 29/22, *Opinión Consultiva solicitada por la Comisión IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*, 30 de mayo de 2022, serie A, No. 29.

Puntualmente, y en relación al tema abordado en el presente trabajo, la Corte IDH señaló en la OC-29/22, que a fin de no vulnerar los derechos de las niñas y niños a las visitas familiares y a mantener contacto con sus madres o cuidadores principales privados de libertad, resulta esencial que se aseguren los siguientes aspectos:

- i) brindar información clara y precisa sobre la organización de las visitas, y que se posibilite que las niñas y niños puedan concurrir en días y horarios que interfieran lo menos posible con sus actividades cotidianas;
- ii) facilitar el ingreso de juegos y elementos recreativos que favorezcan la vinculación;
- iii) garantizar que no se someta a las niñas y niños a registros corporales intrusivos o que atenten contra su dignidad;
- iv) garantizar adecuadas condiciones materiales y de higiene en los espacios de espera y de visitas; y
- v) promover la vinculación familiar en espacios fuera de las prisiones<sup>11</sup>.

En relación al espacio e infraestructura donde se llevan a cabo las visitas de tipo íntimas, y según los datos relevados por la Comisión se detectó que, debido a la infraestructura inadecuada, algunas cárceles de mujeres carecían de espacios para la realización de visitas íntimas<sup>12</sup>. Ello resultaría en que las mismas no sean autorizadas, o en que sean llevadas a cabo en espacios no habilitados para este fin, por ejemplo, en las mismas celdas o en

11. Corte IDH. OC 29/22, *Opinión Consultiva. Enfoques diferenciados respecto...* párr. 167.

12. Comisión IDH. *Mujeres privadas de libertad...* p. 127.

espacios destinados al contacto entre las mujeres detenidas y sus defensores. Al respecto, la CIDH recuerda que es obligación de los Estados garantizar que las visitas íntimas se realicen dignamente en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de los funcionarios. Esto implica que deben crearse espacios destinados a este propósito y evitar la práctica de que las personas encarceladas reciban a sus parejas en sus propias celdas<sup>13</sup>.

## 2. Descripción de la legislación y reglamentación que rige para el caso argentino

Las prácticas penitenciarias que luego serán descritas, se desarrollan en un anexo –pabellón– femenino de una Unidad Penal masculina, perteneciente a la provincia de Buenos Aires de la Argentina. Por lo tanto, resulta pertinente describir, sintéticamente, la normativa específica que resulta aplicable.

Es preciso remarcar que en el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina se fijan pilares mínimos en relación a la prisión al establecerse que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”<sup>14</sup>.

Por supuesto, también deviene plenamente aplicable la normativa convencional que fuera reseñada en el apartado

13. Comisión IDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 586.

14. Constitución de la Nación Argentina, Ley No. 24.430, disponible en la web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (última consulta 01/08/2023).

primero<sup>15</sup> del presente trabajo, toda vez que después de la reforma constitucional del año 1994, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, los que son mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución y gozan de jerarquía constitucional, estableciéndose que: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

En lo que respecta a las leyes –de jerarquía infraconstitucional–, en el ámbito nacional, después de un largo camino que inició en 1933, con la ley 11.833 (Ley de organización carcelaria y régimen de la pena), se llegó a la ley 24.660 de 1996 (Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad)<sup>16</sup>. Conforme al artículo 228 de dicha ley “(...) se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias”. De esta manera, y tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Argentina, dicha ley se trata de una clara normativa marco que fija un piso mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones<sup>17</sup>.

15. Las Reglas de Bangkok citadas en el apartado 1.1 del presente, constituyen el estándar internacional aplicable en materia de protección de derechos humanos de personas privadas de libertad, según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso: *Recurso de Hecho, Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, 3 de mayo de 2005, considerando 39.

16. Ley No. 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad y sus modificatorias, disponible en la web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm> (última consulta 01/08/2023).

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, 3 de mayo de 2005, página 51, considerando 59°.

Precisamente, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires rige la Ley de Ejecución Penal Bonaerense No. 12.256 –con sus respectivas reformas<sup>18</sup> y reglamentación<sup>19</sup>. Esta ley se aplica, según su artículo 2º., en el territorio bonaerense, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo se encuentren las personas privadas de la libertad.

Pasaremos ahora a reseñar brevemente algunas disposiciones de la Ley provincial y reglamentación aplicable que refieren al régimen de visitas.

### 2.1 Ley de Ejecución Penal Bonaerense No. 12.256

En su artículo 9 de la Ley 12.256 se dispone que “los procesados y condenados gozarán básicamente de los siguientes derechos” y, entre dichos derechos, “Comunicación con el exterior a través de: a) Visitas periódicas que aseguren el contacto personal y directo con familiares, representantes legales y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas, en la forma que establezca la reglamentación. Envío y recepción de correspondencia y comunicaciones telefónicas a su costa. Visitas íntimas en la forma y modo que determinen los reglamentos”. El artículo 139, bajo el título *comunicación*, establece que: “Las visitas en este régimen serán en todos los casos de contacto, las que se favorecerán con mayor frecuencia y duración, pudiéndose otorgar fuera del perímetro del penal, en sitios prefijados bajo la adecuada supervisión institucional a aquellos condenados incluidos en la modalidad amplia”.

18. Ley de Ejecución Penal Bonaerense No. 12.256. Disponible en la web: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/BeWZ1f70.html> (última consulta 01/08/2023).

19. Resolución 3998/08 del Servicio Penitenciario Bonaerense (en adelante SPB).

La ley 12.256 no regula en forma específica la llamada visita íntima, es decir, el “(...) derecho a mantener contacto con su pareja en condiciones de privacidad e intimidad que permitan las relaciones sexuales”<sup>20</sup>. De tal modo, en tanto los artículos 9, apartado 5º., inc. “a”, 83, 84, 131, 139, 155 aluden en general a las visitas de contacto individual o familiar, pero no específicamente a aquella.

### 2.2 Reglamentación aplicable al derecho de visitas

La Resolución 3998/08 del Servicio Penitenciario Bonaerense reglamenta lo relativo al derecho de visita en el ámbito provincial. Esta Resolución –conforme surge de su artículo 2º.– derogó las “Resoluciones No. 2053/94, 2215/05, 3823/02 y 2770/07, sus modificatorias y cualquier otra norma que se contraponga con la presente”, en vista a unificar las normas reglamentarias de aplicación del denominado “Régimen de Encuentro Familiar” y/o “Visita íntima y privada de pareja”. A continuación, resaltaremos sólo algunos aspectos que tienen que ver con los puntos que venimos tratando en este trabajo.

Tal Resolución diferencia dos tipos de regímenes: por un lado, lo que denomina como “Régimen de Encuentro Familiar” y, por otro, “Visita íntima y privada de pareja”. No brinda una conceptualización al respecto, aunque podemos inferir a partir de tal Resolución que el primero de los regímenes se refiere a las visitas de carácter familiar y/o social en general, mientras que las visitas íntimas y privadas de pareja se refieren al “(...) derecho a mantener contacto con su pareja en condiciones de

20. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Derecho Fácil. Ley Simple. Justicia y Derechos Humanos”, “Derecho de las personas privadas de libertad, ¿Están permitidas las visitas íntimas?”. Significado aportado en la web oficial: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/derechos-de-las-personas-privadas-de-libertad>

privacidad e intimidad que permitan las relaciones sexuales”<sup>21</sup>. A su vez, para ambos tipos de regímenes, la reglamentación prevé –en algunos supuestos– la modalidad de visita cuando la persona visitante esté privada de la libertad.

Para el régimen de encuentro familiar, en cuanto al tipo de vínculo requerido respecto de la persona visitante, el artículo 3° de la Resolución antedicha destaca que: “Se aplica la siguiente Resolución para el ‘Régimen de Encuentro Familiar’, con un **criterio flexible**, a fin de viabilizar el acceso a toda persona, sin restricción de grado, sea ascendente o descendente, **afinidad y/o amistad**. Cuando todo ello contribuya a la resocialización de las personas privadas de su libertad”<sup>22</sup> –la negrita nos pertenece–. Prevé que podrán adherirse a este régimen “toda/os las personas privadas de su libertad a los fines de su reinserción social”<sup>23</sup>.

La reglamentación también prevé la “Visita íntima y privada de pareja” a partir del artículo 16 de la Resolución, estableciendo que está dirigida en todos los casos a las personas privadas de su libertad y sus respectivos vínculos, teniendo que ser estos últimos mayores de edad o emancipados; y que, en el caso de tratarse de persona menor de edad no emancipada, deberá poseer expresa autorización escrita de sus padres y/o tutor mediante escrito emanado de órgano judicial competente<sup>24</sup>. En el artículo 5° se consigna que “podrán acceder toda/os las personas privadas de su libertad sin exclusión alguna con

21. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Derecho Fácil. Ley Simple. Justicia y Derechos Humanos”, “Derecho de las personas privadas de libertad, ¿Están permitidas las visitas íntimas?”. Significado aportado en la web oficial: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/derechos-de-las-personas-privadas-de-libertad>

22. SPB, Resolución 3998/08, art. 3°.

23. SPB, Resolución 3998/08, art. 4°.

24. SPB, Resolución 3998/08, art. 16°.

motivo de la conducta que posean, ni género”<sup>25</sup>. Para este régimen, se dispone que “(...) podrán acceder **el/la cónyuge y/o** a falta de [é]ste, la **persona con quien conservara vida marital** al tiempo de la detención, en la **forma y modo que estipule la Resolución**; amparando en toda circunstancia la intimidad de ambos y la tranquilidad del Establecimiento. Del mismo modo se podrá autorizar, previo estudio e informe social, esta modalidad de visita en caso de una **relación afectiva** entablada con posterioridad a la detención, siempre que se acredite una vinculación previa no inferior a los 6 (seis) meses”<sup>26</sup> –la negrita nos pertenece–.

En lo que refiere a la “forma y modo que estipule la resolución” para acreditar el vínculo, no se prevé una forma y modo específicos. Meramente, hay algunas indicaciones que tienen que ver más bien con la solicitud de la visita, en el artículo 21° de la Resolución, lo que será descrito párrafos más abajo.

Luego de ello, la Resolución bajo comentario dispone la frecuencia para ambos regímenes. Primeramente, se aclara que tal frecuencia “(...) estará en directa relación con las probabilidades de infraestructura del establecimiento donde se desplieguen; por otra parte, y en orden a su naturaleza, no podrán en ningún caso ser menor a 2 (dos) horas”<sup>27</sup>. Luego, se dispone la frecuencia en forma escalonada en función del guarismo conductual que se tenga. Por ejemplo, si se tiene conducta mala con guarismo conductual cero, la frecuencia es una vez cada 70 días como mínimo, mientras que si la conducta es ejemplar con guarismo diez (10), la frecuencia es una vez cada cinco días como mínimo; asimismo, si la persona aún no tiene conducta por encontrarse

25. SPB, Resolución 3998/08, art. 5°.

26. SPB, Resolución 3998/08, art. 6°.

27. SPB, Resolución 3998/08, art. 9°.

en el periodo de “observación”, se establece una frecuencia de una vez cada cuarenta y cinco días como mínimo<sup>28</sup>.

Respecto a las visitas que resulten extraordinarias por distancia, para ambos regímenes, se establece que “(...) se efectuar[á]n durante 3 (tres) días consecutivos y con la periodicidad que la conducta que posee le permita ascender al beneficio”<sup>29</sup>.

Por último, resta lo atinente al supuesto de que la persona visitante sea, también, una persona privada de libertad. En relación al encuentro familiar y/o visita íntima y privada de pareja con otras personas que también se hallen privadas de la libertad, la Resolución no regula en forma directa el tema. De tal modo, alude a tal cuestión meramente en los artículos 24, 25 y 26 que se refieren más bien al organismo “competente” para los supuestos de personas privadas de libertad que se encuentren usufructuando una medida alternativa a la prisión, las que se encuentren incluidas en el “Régimen de liberados” y las que se encuentren usufructuando una medida alternativa a la prisión preventiva, respectivamente. Para tales supuestos, referidos a la competencia, se prevé que: “(...) la inclusión o restablecimiento, en el caso que lo hubiere usufructuado, en el régimen de ‘Encuentro Familiar y/o Visita íntima y privada de pareja’ con otras personas que se hallen privadas de su libertad y que hubieren acreditado el vínculo que tuvieren con quien conservara vida marital al tiempo de la detención, en la forma y modo que estipule esta Resolución; será competencia exclusiva de (...)”<sup>30</sup>. Es decir, el texto normativo pareciera exigir, indirectamente, la acreditación de “vida marital” para usufructuar visita de tipo íntima con otras personas privadas

28. Ibid.

29. SPB, Resolución 3998/08, art. 13°.

30. SPB, Resolución 3998/08, artículos 24°, 25° y 26°.

de libertad. No obstante, no resulta tan claro si ello deviene aplicable a todos los supuestos.

### 3. Prácticas penitenciarias: análisis de casos fácticos detectados

#### 3.1 Requisitos formales para recibir visitas

A continuación se pondrán de resalto supuestos fácticos constatados y relevados en el anexo femenino de la Unidad Penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires<sup>31</sup>, donde se registraron dificultades para las mujeres privadas de libertad en recibir visitas de amigos o amigas, tanto en el régimen de visita familiar/social como en el régimen de visita íntima, dificultades en relación a la extensión horaria y concurrencia de las visitas de niños y niñas, y problemas relacionados con las condiciones materiales del lugar donde se lleva a cabo las visitas de carácter social y familiar.

Se advirtió una práctica de las autoridades penitenciarias vinculada con la exigencia de casamiento<sup>32</sup> o “concubinato”<sup>33</sup>,

31. Informe sobre el Régimen de Visitas de Mujeres privadas de libertad en la Unidad Penal No. 4, elaborado por la Secretaría de Género y Acceso a la Justicia de la Defensoría General Departamental de Bahía Blanca. El citado informe fue incorporado en el legajo en trámite ante el Juzgado de Ejecución Penal No. 1 de Bahía Blanca, legajo No. 33.096 caratulado. “Situación de detenidas s/ UP4 - Pabellón 7 - Visitas -”, donde se litigan aspectos sustanciales vinculados al derecho de visitas de las mujeres privadas de libertad en el Pabellón No. 7 de la Unidad Penitenciaria No. 4 de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires.

32. Es decir, unión en “matrimonio”, institución de familia contemplada por el actual Código Civil y Comercial de la Nación vigente en Argentina, promulgado el 7 de octubre de 2014, a través de Ley 26.994, a partir del artículo 401.

33. Cabe mencionar que la expresión “concubinato” fue reemplazada por el actual Código Civil y Comercial de la Nación vigente en Argentina, promulgado el 7 de octubre de 2014 a través de Ley 26.994. En el Libro Segundo de dicho Código, relativo a las relaciones de familia, Título III, se regulan las “Uniones

como requisito formal para recibir algunas visitas. Asimismo, este requisito pareciera requerirse tanto para régimen de visitas familiares y sociales como para el régimen de visitas íntimas.

En lo que refiere al régimen de visita familiar o social, se detectó que la visita está ceñida prácticamente a familiares directos, entre ellos padre, madre, “marido”, hijos, hermanos o hermanas, etc. Muchas mujeres también refirieron que no se permite la visita de amigos o de amigas en este tipo de régimen.

En el caso de que la persona visitante sea otra persona privada de la libertad, y se pretenda usufructuar una visita en el régimen familiar o social, también se evidenció la exigencia de casarse o estar en “concubinato”. Lo mismo para el régimen de visitas íntimas, donde la mayoría de las mujeres refirieron que les han exigido casamiento, concubinato e incluso estar embarazada para poder usufructuar dicha visita.

Cabe destacar algunos de los relatos recabados en el informe confeccionado en base a las entrevistas practicadas en la unidad penitenciaria, los que permiten demostrar la existencia de prácticas penitenciarias que se apartan de los requisitos legales previstos en la normativa que regula el régimen de visitas familiares, sociales e íntimas, en tanto incorporan previsiones no contempladas en la misma, como la circunstancia de “casarse” o “embarazarse”.

Entre tales relatos, podemos mencionar por ejemplo el de algunas mujeres que manifestaron textualmente: “Te obligan a casarse para poder tener un vínculo con personas detenidas. Las

---

convivenciales”, dejando atrás la expresión “concubinato” contenida en la anterior legislación. Se trata de una “*unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo*” (artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

cuales no te dan ni tiempo a conocerte”<sup>34</sup>; “Si no hay un papel de casamiento de por medio o quedar embarazada, no podemos tomar visitas [íntimas]<sup>35</sup>”; “Tenés que tener un hijo en común o casarte legalmente”<sup>36</sup>; “Sí, casarte”<sup>37</sup>; “Sí, yo tuve que casarme para que me otorguen la visita y si bien no me arrepiento, me parece super extremo”<sup>38</sup>; “Casarte es un[a] ley que ellos hoy exigen tanto, como entre los detenidos, tienen que estar casados para gozar de una visita íntima”<sup>39</sup>.

Al igual que sucede con el régimen de visitas familiares/ sociales, en el régimen de visitas íntimas, cuando la persona visitante es otra persona privada de la libertad, se presenta igual exigencia: estar casada o en “concubinato” para acceder a la visita.

En lo que respecta al horario de visita, las mismas tienen un horario fijo y preestablecido una vez por semana, rotando entre los días jueves, viernes, sábados o domingos. Los días de semana de 08:00 de la mañana a 16:00 horas y los fines de semana de 08:00 a 14:00 horas.

Muchas de las mujeres manifestaron recibir visitas de sus hijos, caso en el cual expresaron que, en algunos casos, si bien el horario formal de visita comienza a las 8:00 de la mañana, deben esperar a las 13:00 horas o más, horario en el que los niños salen de la Escuela<sup>40</sup>. En este sentido, algunas mujeres manifestaron haber

---

34. Informe agregado en el expediente del Juzgado de Ejecución Penal No. 1 del Departamento judicial de Bahía Blanca, legajo No. 33.096 caratulado. “Situación de detenidas s/ UP4 - Pabellón 7 - Visitas -”.

35. Ibid.

36. Ibid.

37. Ibid.

38. Ibid.

39. Ibid.

40. Ibid.

pedido una extensión horaria de la visita para poder estar más tiempo con sus niños o niñas por fuera del tiempo previamente establecido por el Servicio Penitenciario o bien, un cambio del día de la visita. En todos los casos la respuesta del servicio penitenciario fue negativa e inflexible. Asimismo, las mujeres manifestaron desconocer el derecho a pedir que se extienda el horario de visita para el caso de la visita de sus hijos niños o niñas.

Por citar un caso, una de las mujeres encuestadas<sup>41</sup> refirió que pidió que se extienda el tiempo de duración de la misma porque los fines de semana es muy reducido el horario, a lo que se respondió por parte del Servicio “que no porque los fines de semana ‘engoman’ temprano”.

Por otra parte, ninguna de las encuestadas manifestó conocer el derecho a que se extienda el tiempo en caso de la visita de hijos/as menores.

En relación con esto, una de las mujeres encuestadas consignó “las visitas me dan contención, fortaleza” (...) “La única visita que iba a tener era mi nene con mi sobrino, se rompió el auto, no ingresaron. Lo hice ingresar con otra persona (amiga) y no permitieron porque el único tutor autorizado para ingresar a mi hijo es mi sobrino, el cual no puede venir”<sup>42</sup>.

De la información relevada, se detectan dificultades en lo que respecta a la falta de flexibilidad en la extensión del tiempo en caso de visitas de hijos/as menores de edad y/ o familiares que viven lejos de la unidad penal de alojamiento, y un desconocimiento por parte de las mujeres detenidas del derecho a pedir extensión del horario en el caso de visita de hijos menores.

---

41. Ibid.

42. Ibid.

### **3.2 Condiciones materiales del lugar de visita y su impacto en las mujeres privadas de libertad**

De la información relevada, y de las visitas institucionales efectuadas en el anexo femenino del establecimiento penitenciario analizado, se detectaron condiciones materiales del espacio físico donde se llevan adelante las visitas sociales y familiares inadecuados, insalubres, y contrapuestos a los estándares internacionales que determinan que dicho espacio debe ser un entorno amigable y alentador de las visitas.

Se pudo constatar la falta de inodoros que funcionen, falta de pintura en paredes, falta de calefacción (se utilizaban hornallas de una precaria cocina para calentar el amplio ambiente), cielorraso en mal estado, pisos en mal estado –aunque al momento de efectuarse el informe se estaba arreglando el piso–, falta de cortinas, existencia de plagas e insectos.

Otro aspecto problemático es el uso no exclusivo del lugar para la visita de las mujeres, ya que también es utilizado por hombres privados de la libertad que van de traslado transitoriamente a la Unidad Penal, y por hombres que se encuentran cumpliendo sanciones disciplinarias en dicho establecimiento penitenciario. Esto se convierte en una situación problemática, ya que provoca que, en el marco de dichos alojamientos transitorios, se produzcan roturas del lugar y de los elementos del mismo, espacio que, tal como se dijo, debería ser destinado exclusivamente para las visitas de las mujeres privadas de libertad.

Las condiciones del lugar, claramente tienen un impacto directo y negativo en la continuidad, frecuencia y calidad de las visitas, en un ambiente absolutamente hostil para recibir por ejemplo a niños o niñas, hecho que desalienta las visitas familiares y sociales, y tiene repercusiones negativas en la ejecución de su pena.

Según el relato de las mujeres, en el marco del expediente ya mencionado, el lugar de visita se torna hostil, inapropiado, desalentando las visitas de familiares. Esto se acentúa mucho más en el caso de niños pequeños, hijos o hijas de las mujeres privadas de libertad, toda vez que el lugar destinado a las visitas sociales y familiares, además de las precarias condiciones en las que se encuentra, ni siquiera cuenta con espacios acordes para niños o niñas, ni espacios de esparcimiento, recreación y/o juegos, ni mucho menos, un patio destinado exclusivamente para dichos fines.

#### 4. Análisis de las prácticas penitenciarias a la luz de los estándares convencionales

##### 4.1 Prácticas que consagran un concepto tradicional de familia. Afectación a los derechos a la vinculación familiar o social, a la vida privada y a la sexualidad

A la luz de la información relevada en el pabellón femenino de la Unidad Penitenciaria analizada, se advierte la existencia de una práctica de las autoridades penitenciarias consistente en la exigencia de casamiento, concubinato o embarazo para autorizar a la mujer privada de libertad a recibir visitas de carácter social, familiar o íntimas.

La legislación argentina prevé el derecho de visitas familiares, sociales e íntimas a las personas privadas de libertad, *sin limitar dicho derecho a una noción tradicional de familia*, permitiendo incluso la visita de amigos o allegados. Sin embargo, aunque la legislación reconozca el disfrute de este derecho en tales términos, su realización se encuentra condicionada a las prácticas penitenciarias que, como hemos visto, restringen tal derecho a familiares directos (para la visita social/familiar) o al matrimonio (para la visita íntima).

Tal como se describió en los apartados 2.1 y 2.2, tanto la normativa que regula el régimen de visitas a nivel interno<sup>43</sup> e internacional como los estándares que surgen de los sistemas de protección de derechos humanos, no prevén dicha exigencia formal, de modo tal que se advierte la necesidad de erradicar dicha práctica ya que se traduce en una exigencia irrazonable, desproporcionada y carente de sustento normativo, que frustra e imposibilita el acceso al régimen de visitas en los términos convencionales, legales y reglamentariamente previstos.

Ello se acentúa aún más en el caso de aquellas mujeres que carecen de visitas por parte de familiares y que, por ende, se verían absolutamente obstaculizadas de toda vinculación social, con el impacto negativo que ello genera en un ámbito de prisión. Tal como lo expresamos en el punto 1.2 del presente, en el informe *Mujeres privadas de libertad en las Américas*<sup>44</sup> se enfatiza “(...) que ante la separación y pérdida de vínculos afectivos que conlleva el encarcelamiento, cuando las mujeres son enviadas a prisión no sólo son privadas de su libertad personal, sino también del desarrollo de su vida familiar”. Esta situación afecta gravemente la salud emocional tanto de las mujeres como de las personas bajo su cuidado, razón por la que esta separación ha sido considerada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) como uno de los aspectos más perjudiciales del encarcelamiento femenino<sup>45</sup>.

43. Tal como lo describimos en el punto 2, apartados 1 y 2 del presente trabajo, la propia Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense, junto con su reglamentación –Resolución 3998/08 del Servicio Penitenciario Bonaerense–, prevén que, tanto en el régimen de visita familiar o social como en el régimen de visita íntima, se permite la visita de familiares o de amigos o amigas.

44. Comisión IDH. *Mujeres privadas de libertad...* p. 36.

45. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre mujeres y encarcelamiento*, 2da. edición, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2014, E.14.IV.3, ISBN 978-92-1-130326-1, p. 24.

En este sentido, es preciso recordar que es un principio básico del derecho internacional que la condición de privación de libertad no puede resultar en la consecuente privación de los derechos fundamentales consagrados por los distintos instrumentos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos<sup>46</sup>.

Por ello, es que no puede cercenarse o restringirse de alguna manera, el derecho a la vinculación familiar y social. Ahora bien, tal vinculación tampoco debería restringirse a familiares directos, toda vez que en virtud del concepto amplio de familia debe incluirse otras formas de vinculación social.

Tal como lo expresamos en el punto 1.1 del presente, las Reglas de Bangkok enfatizan la importancia del mantenimiento de los vínculos familiares de las mujeres privadas de la libertad<sup>47</sup>. Ahora bien, en este punto es necesario recordar que distintos órganos jurisdiccionales de derechos humanos han establecido que no existe un concepto único de familia. En particular, la Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* dispuso: “*La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni*

46. Es importante recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que más allá de las garantías tuteladas por el contenido del artículo 7 de la Convención Americana (derecho a un proceso justo y con un plazo razonable), se les asegura a las personas privadas de libertad, entre otras garantías: el derecho a vivir en un ambiente sano, libre de tratos inhumanos, crueles y degradantes. Además, se considera que las condiciones de hacinamiento, de aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural y sin condiciones básicas de higiene y alimentación constituyen *per se* violaciones directas a la integridad física de las personas privadas de libertad. (Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003*. Serie C No. 100, párrs. 126 y 138. Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005*. Serie C No. 137, párr. 221).

47. *Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas...* Regla 26.

*mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”* –el resaltado nos pertenece<sup>48</sup>.

De esta manera, las mujeres privadas de la libertad tienen derecho a recibir la visita de su padre o madre, sus hijos, pero ello no puede cercenar sus derechos a vincularse con sus primos, primas, novio, novia, amigos o amigas, ya que se les impondría una noción única de familia. En este sentido, “[...] la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención”<sup>49</sup>.

Dicha vinculación, por su parte, resulta sumamente relevante –como dijimos– de manera de colaborar en mitigar angustias, carencias emocionales, temores y tornar efectivo en definitiva el proyecto resocializador en la ejecución de la pena.

En lo que respecta al régimen de las visitas íntimas, entendemos que tampoco deben limitarse a un concepto tradicional de familia intrínseco a la idea de matrimonio, por los argumentos ya expuestos. Sin embargo, también existen otras razones –específicas para este tipo de visita– que tienen que ver con el derecho a la vida privada y a la sexualidad.

Tal como lo expresó la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe (en

48. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, fondo, reparaciones y costas*. Serie C, No. 239, párr. 142.

49. *Ibid.*

adelante, UNODC), Opinión Técnica Consultiva No. 003/2013, “(...) el derecho a la visita íntima tutela al mismo tiempo el derecho a la vida privada, comprendiendo la protección del vínculo familiar y la posibilidad de formación de una familia, e igualmente el derecho a la salud, incluyendo el derecho a la sexualidad y a la reproducción”<sup>50</sup>.

Vinculado a una primera etapa histórica cultural, se intenta tutelar el derecho a la vida privada y familiar. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia señaló en la Sentencia T-269 de 2002 que:

Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano, el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva a una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula<sup>51</sup>.

50. UNODC. Opinión Técnica Consultiva No. 003/2013, dirigida a la Dirección General del Sistema Penitenciario de Panamá, *Visitas íntimas para las personas privadas de libertad en Panamá*, disponible en la web [https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion\\_3/Opinion\\_Consultiva\\_003-2013\\_ESPANOL.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_3/Opinion_Consultiva_003-2013_ESPANOL.pdf) (última consulta 10/08/2023). Precisamente, en dicha Opinión se distinguen dos etapas histórico-culturales distintas: “(1) una primera etapa, donde la visita íntima busca tutelar el derecho a la vida privada y familiar de las personas privadas de libertad; y (2) una segunda etapa en la cual el derecho tutelado por el acceso a la visita íntima incluye acumulativamente el derecho a la salud y a la sexualidad”.

51. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269-02, disponible en la web: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-269-02.htm>. Última consulta: 15/08/2023.

Justamente, intrínseco a la idea del plan de vida reseñado en el párrafo comentado, se encuentra la protección del derecho a la vida privada y a la intimidad contemplado por varias normas vinculantes del derecho internacional, entre ellas por el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCyP), artículos 17 y 23 párrafos 1 y 2,<sup>52</sup> y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.2<sup>53</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al interpretar el artículo 17 del PIDCyP, sostuvo que: “En lo que se refiere al artículo 17, es indiscutible que las relaciones sexuales consentidas y mantenidas en privado por personas adultas están cubiertas por el concepto de ‘vida privada’ (...)”<sup>54</sup>. Por su parte, la Corte IDH, al desarrollar el concepto de vida privada establecido por la CADH, sostuvo que “la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”<sup>55</sup>. Asimismo, la jurisprudencia interamericana contempla una interpretación aún más amplia del concepto de vida privada, conectando las normas de los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana: “(...) la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está

52. ONU. *Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

53. OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

54. CDHNU. *Caso Toonen vs. Australia*. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>

55. Corte IDH. *Caso Atala y Niñas vs. Chile*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf). par. 162.

estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención<sup>56</sup>.

Por ello, la imposición de un concepto único de familia por parte de los Estados resulta una injerencia arbitraria contra la vida privada de conformidad a los artículos reseñados. Siguiendo con estos lineamientos, la Comisión IDH estableció en el Informe 11/79 del Caso 11.656 que la injerencia arbitraria en la vida privada de las personas privadas de libertad puede constituir una violación al derecho consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana<sup>57</sup>. Es por ello que los Estados deben garantizar la visita íntima de las personas privadas de libertad sin restringir dicho derecho a una noción tradicional de familia puramente ligada al matrimonio.

Además, debe recordarse que, en el marco del Sistema Interamericano, los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad* consagran el derecho al “contacto con el mundo exterior” de forma “personal y direct[a], mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas<sup>58</sup>”.

En función de lo expuesto, tanto en lo que respecta a las visitas familiares y sociales, como también respecto de las visitas íntimas, resulta necesario que se garantice el acceso a todas las personas privadas de libertad de optar por elegir una noción de familia que no coincida con el concepto tradicional, y a la vez salvaguardar su derecho a la vida privada.

56. Corte IDH. *Caso Atala y Niñas vs. Chile...* párr. 169.

57. CIDH. *Informe 11/79 del Caso 11.656*. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm>. par. 21.

58. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*, Principio XVIII.

Por otro lado, también debemos considerar la segunda etapa histórica cultural relativa al derecho a la visita íntima. En este contexto, dicho derecho también debe entenderse como una manifestación del derecho a la salud y al ejercicio pleno de la sexualidad. Precisamente, la sexualidad se considera como parte esencial del desarrollo humano y como consecuencia pasa a ser protegida por el contenido y alcance del derecho a la salud<sup>59</sup>, a la luz de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 25<sup>60</sup>, del PIDCyP, artículo 12.1<sup>61</sup> y del *Protocolo de San Salvador*, artículo 10<sup>62</sup>.

Según lo ha definido la Organización Mundial de la Salud, la salud sexual se trata de:

(...) un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es meramente la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los

59. UNODC. Opinión Técnica Consultiva. *Visitas íntimas para las personas...*

60. ONU. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

61. ONU. *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículo 12.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

62. OEA. *Protocolo de San Salvador*, artículo 10.1: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y cumplidos<sup>63</sup>.

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo en relación al artículo 12.1 mencionado, que debe concederse más atención para el establecimiento de vínculos entre salud sexual, derechos sexuales y derecho a la reproducción. Asimismo, que: “Como muchas expresiones de la sexualidad no son reproductivas, es erróneo subsumir los derechos sexuales, incluido el derecho a la salud sexual, en virtud de los derechos reproductivos y la salud reproductiva. (...) Los derechos [reproductivos], sin embargo, deben ser entendidos en un contexto más amplio de los derechos humanos que incluya también los derechos sexuales”<sup>64</sup>.

Siguiendo con estos lineamientos, y en coincidencia con lo expuesto por la UNODC<sup>65</sup>, entendemos que la sexualidad, a través del acceso a la visita íntima para las personas privadas de libertad, debe ser considerada por los Estados Miembros como un componente esencial en el ejercicio del derecho al más alto nivel de salud física y mental.

Todo esto anterior, por otra parte, se vincula directamente a otra importante cuestión que está indisolublemente ligada: la inflexibilidad y rigidez del régimen penitenciario.

63. OMS. *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994*. Disponible en: [http://www2.huberlin.de/sexology/ECS5/definicion\\_4.html](http://www2.huberlin.de/sexology/ECS5/definicion_4.html).

64. CDHNU. *Informe sobre el derecho a todos del disfrute del más alto nivel de salud física y mental*, ECN/4/2004/49.

65. UNODC. Opinión Técnica Consultiva No. 003/2013.

#### 4.2 La inflexibilidad y rigidez de las prácticas penitenciarias

Las prácticas descritas en el punto 4 del presente, están indisolublemente ligadas a un criterio inflexible y rígido que existe con relación al derecho de visitas en general. De tal modo, como se consignó en el apartado 3.1 del presente, se advierte una aplicación rígida del régimen de visitas social y familiar, aun cuando quienes visitan a las mujeres privadas de libertad son niños, niñas y adolescentes.

Se detectó una aplicación estricta de los días de visitas, duración de la misma, e imposibilidad de extender la duración de la visita, aún en los casos donde los propios niños pretendían compartir un tiempo más con sus mamás.

Dicha práctica penitenciaria, además de omitir toda consideración a los derechos fundamentales del niño y su interés superior<sup>66</sup> (art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y a los estándares ya descritos en los apartados 1.1 y 1.2, frustra todo proyecto resocializador de la mujer privada de libertad, por lo que se propone la urgente revisión de la misma, con la consecuente aplicación de criterios flexibles y razonables, en atención a la necesidad de tutelar y garantizar el interés superior del niño o niña.

Se advierte que las prácticas penitenciarias carecen de un enfoque de género que esté dirigido al mantenimiento de vínculos familiares, sobre todo a fin de que las mujeres puedan mantener contacto con sus niños o niñas menores de edad.

66. *Convención Sobre los Derechos del Niño* (CND), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, artículo 3. (En Argentina, dicha convención fue ratificada en el año 1990 a través de la Ley 23.849 y en 1994 se otorgó jerarquía constitucional, al reformarse la misma e introducirse el artículo 75, inc. 22. La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en 2005, establece la aplicación obligatoria de la Convención.

### 4.3 Las condiciones materiales del lugar de visita sí importan

Por último, y en lo que respecta al espacio físico donde se llevan a cabo las visitas de carácter social o familiar, es evidente que frente a un lugar que resulta inadecuado se desalientan las visitas, impactando esto desfavorablemente en la vinculación social o familiar de las mujeres privadas de la libertad.

Según se pudo advertir de la información relevada en el informe que fuera citado en el punto 3.2 del presente trabajo, el lugar que la Unidad Penal bajo análisis proporciona para que las mujeres puedan usufructuar sus visitas familiares o sociales luce absolutamente inapropiado e inadecuado, insalubre, carente de elementos indispensables como calefacción, higiene adecuada (existencia de plagas e insectos).

Estas condiciones materiales están indisolublemente ligadas a los derechos relativos a la vinculación familiar y social antes reseñados. De tal modo, si el lugar de visitas es inadecuado o está en malas condiciones, ello impacta en forma desfavorable en la percepción de las personas visitantes y, por ende, desincentiva las visitas. Ese desincentivo se traduce en menos visitas y, por ende, menos vinculación con el mundo exterior.

Tal como se señaló en el apartado 1.1 del presente trabajo, las Reglas de Bangkok<sup>67</sup> determinan que cuando los o las visitantes son niños o niñas, “Las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos”.

67. Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas... Regla 28.

Ello debido a la necesidad de tener en cuenta las necesidades emocionales de contacto físico de las madres con sus hijos e hijas y, de acuerdo a los estándares internacionales aplicables, la importancia de un ambiente amigable para el niño o niña durante la visita a su madre privada de libertad, para reducir el trauma y la angustia que sufre el niño en estas circunstancias.

De conformidad con el análisis de los estándares aplicables, las condiciones del lugar donde se desarrollan las visitas son de suma importancia, para que las mismas sean experimentadas como una experiencia positiva, en vez de desalentar más el contacto social y/o familiar. El contexto material del espacio destinado a las visitas tiene un impacto significativo sobre el número de visitas que recibirán las mujeres privadas de libertad, y la calidad de las mismas, influyendo en el proyecto de reinserción social de las mujeres encarceladas.

Al verificar en el caso bajo análisis un entorno inadecuado y hostil, ello repercute negativamente en la calidad y frecuencia de las visitas, y tiene un impacto desfavorable que se agrava aún más en el caso de mujeres que pretendan mantener contacto con sus hijos o hijas menores de edad.

## 5. Reflexiones finales

De las prácticas constatadas, y en virtud del análisis realizado en el apartado 4 del presente trabajo, se propone la revisión de las prácticas penitenciarias vinculadas al régimen de visitas de las mujeres privadas de libertad en la unidad penal bajo análisis. Ello en virtud de que dichas prácticas representan una aplicación rigurosa, inflexible y carente de sustento normativo y/o convencional, que se traducen en dificultades e imposibilitan en la práctica la materialización de las visitas, sociales, familiares e íntimas.

Así, del análisis realizado en el presente trabajo se pudieron detectar tres ejes problemáticos vinculados a las prácticas penitenciarias a revisar y/o eliminar:

- 1) exigencia de parte de las autoridades penitenciarias de la unidad penal de requisitos legales no previstos en la legislación –ni mucho menos en los estándares de protección de derechos humanos de las mujeres privadas de libertad– tales como el estar “casada”, “embarazada” o en “concubinato” para acceder a las visitas sociales, familiares o íntimas.
- 2) la aplicación de criterios sumamente rigurosos y estrictos, vinculados por un lado a un concepto de “familia” entendida de manera tradicional, rígida, cerrada, concepción obsoleta vinculada exclusivamente al matrimonio; y por otro lado, a la aplicación estricta de horarios y días de visitas sin posibilidad de modificación o extensión horaria, cuando quienes visitan a sus madres privadas de libertad son niños, niñas y adolescentes, o personas que viajan largas distancias para poder concretar las visitas.
- 3) las condiciones materiales del lugar donde se concretan las visitas en la unidad penal, que revisten condiciones completamente hostiles, insalubres, indignas, y que además no es un espacio de uso exclusivo para las mujeres privadas de libertad.

De acuerdo a los estándares reseñados en el apartado 1, 1.1 y 1.2, es necesario modificar dichas prácticas penitenciarias, proponiendo en primer lugar la eliminación de aquella vinculada a la exigencia del requisito de “estar casada”, en “concubinato” o “embarazada” para acceder tanto a la visita social y familiar, como a la visita de carácter íntimo, ya que constituye una

exigencia no prevista, irrazonable y cuyo efecto consiste en frustrar las visitas sociales, familiares e íntimas.

En segundo orden de ideas, deberán las autoridades penitenciarias aplicar criterios flexibles vinculados a la extensión y duración de las visitas familiares y sociales, cuando las mismas involucren niños, niñas y/o adolescentes, ya sea permitiendo que la visita se extienda por más tiempo del reglamentariamente previsto, o considerando si la persona visitante ha realizado un viaje de larga duración para llegar a la unidad penal. Asimismo, y en directa relación con lo aquí tratado, se propone la aplicación de criterios de interpretación amplios y dinámicos en relación al concreto de “familia”, tanto en el régimen de visitas sociales y familiares, como en el régimen de visitas íntimas, lo que en definitiva permitirá el fortalecimiento de los vínculos familiares para la mujer en contexto de encierro carcelario.

Por último, se propone la necesidad de modificar aspectos estructurales vinculados al espacio físico en el que se desarrollan las visitas sociales y familiares, debido a que en primer lugar se trata de un entorno hostil, insalubre y poco amigable, que desaliente la realización de visitas y, por otra parte, se destaca la necesidad de garantizar que dicho espacio resulte de uso exclusivo para las visitas que reciben las mujeres privadas de libertad en la unidad penitenciaria analizada.

El encarcelamiento femenino adquiere una dimensión propia que resulta en vulneraciones particulares a sus derechos derivadas de su condición de género, por lo que deviene necesario incluir la perspectiva de género y derechos humanos en la aplicación del régimen de visitas social, familiar e íntimo analizado, en tanto dichas prácticas penitenciarias se contraponen a los estándares que regulan la materia y desconocen derechos fundamentales de las mujeres encarceladas.

## POBLACIONES VULNERABLES EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA POR EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

*Javier Alfonso Galindo Perico\**

Actualmente la sociedad está experimentando el fenómeno del desplazamiento o migración forzada a causa de desastres naturales y por causa de los efectos adversos del cambio climático. Esta realidad constituye uno de los mayores retos de índole humanitaria que enfrentan los Estados y la comunidad internacional. Esta realidad se ve cuando millones de personas se ven obligadas a migrar o desplazarse por los efectos de desastres naturales como inundaciones, tormentas tropicales, terremotos, derrumbes, sequías, intrusiones de agua salada, el deshielo de los glaciares, inundaciones por desbordamientos de lagos glaciares y derretimiento del *permafrost*<sup>1</sup> o por procesos ambientales de evolución lenta causados por el cambio climático.

---

\* Magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derechos Humanos y DIH de la misma universidad, actualmente cursando el LLM in Human Rights de la American University, Washington College of Law, abogado de la ilustre Universidad Católica del Táchira, con experiencia trabajando en la Corte Penal Internacional (CPI), en la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH y CIDH), con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos en Colombia (OACNUDH), la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN) en la implementación del Acuerdo de Paz con las FARC-EP en Colombia. Experiencia de 15 años como docente en la Universidad Católica del Táchira, Universidad Autónoma de Colombia, Universidad Fermín Toro, UNINCCA, Universidad Militar Nueva Granada, entre otras.

1. The Nansen Initiative. *Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático*. 2015. Pág. I.

En este contexto, la persona humana es considerada el origen y la principal víctima de los efectos adversos del cambio climático, consecuencia del descuido de años por parte de las industrias en las emisiones de carbono y la inobservancia de buenas prácticas para la protección del medio ambiente de manera individual, trayendo como consecuencia el aumento de la temperatura del planeta, períodos largos de sequía, inundaciones, terremotos, maremotos, desastres y eventos naturales que ponen en jaque la permanencia del individuo en su lugar de asentamiento o de origen. De allí que se ve impulsado a movilizarse hacia zonas más seguras, en pro de su propia supervivencia y la de su entorno familiar.

Como lo ha indicado la Red de las Naciones Unidas sobre la Migración, estos efectos adversos del cambio climático y la degradación ambiental están acelerando la movilidad humana en todo el mundo, sobre todo en los países altamente expuestos y con escasa capacidad de adaptación. Afirma que, aunque actualmente la mayor parte de la movilidad por motivos climáticos tiene lugar dentro de los propios países, la desesperación y el deterioro del entorno también están forzando a las personas a migrar a otros territorios por las amenazas y riesgos que genera el fenómeno del cambio climático<sup>2</sup>.

Bajo este presupuesto quienes mayor riesgo corren de sufrir las consecuencias del cambio climático y la movilidad humana son quienes ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad por “la zona geográfica en que viven, la pobreza, el género, la edad, la discapacidad, el origen o cualquier otra condición, incluidas las mujeres migrantes cuyos medios de vida dependen

2. Red de las Naciones Unidas sobre la Migración. “Actuemos ahora: La inclusión de los migrantes en la acción climática no es una opción, sino una obligación”. Disponible en: <https://migrationnetwork.un.org/es/statements/actuemos-ahora-la-inclusion-de-los-migrantes-en-la-accion-climatica-no-es-una-opcion>

del clima, y los niños, que tienen una menor capacidad para sobrevivir a fenómenos meteorológicos extremos”<sup>3</sup>.

Al respecto, la Organización Internacional para la Migración (en adelante “OIM”) ha expresado que solo en 2021, los desastres provocaron 23.7 millones de desplazamientos internos<sup>4</sup>. Además, según el Banco Mundial, sin una acción climática y de desarrollo, concertada y temprana, más de 216 millones de personas podrían convertirse en migrantes climáticos en 2050<sup>5</sup>. Según el *Internal Displacement Monitoring Centre* (en adelante “IDMC”) en el 2022 hubo 32.6 millones de nuevos desplazamientos a causa de desastres, lo que supone la cifra más alta en una década. En contraste, se puede observar que durante el mismo periodo hubo 28.3 millones de nuevos desplazamientos a causa del conflicto o de la violencia<sup>6</sup>, lo que evidencia un alza en la cantidad de desplazamientos a causa de desastres naturales, incluso por encima de los causados por conflictos armados o la violencia.

A su vez, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”), en el marco de la audiencia temática/regional “*Derechos humanos de personas en movilidad humana por efectos del cambio climático*”<sup>7</sup> ante la Comisión

3. Ibid.

4. Internal displacement monitoring center (IDMC). *Informe Mundial 2022 sobre Desplazamiento Interno*. Disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2022/spanish/>

5. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). *Abordando la movilidad humana provocada por el cambio climático*. Disponible en: <https://www.iom.int/es/cop27-abordando-la-movilidad-humana-provocada-por-el-cambio-climatico#:~:text=Las%20consecuencias%20de%20la%20crisis,Internacional%20de%20Monitoreo%20del%20Desplazamiento>

6. IDMC 2023 *Global Report on Internal Displacement*. 2022. Disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2023/>

7. CIDH. Período de sesiones 189°. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=jsRZtk2r10k>

Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH” o “Comisión IDH”) alertó que “los efectos del cambio climático están exacerbando el desplazamiento forzado dentro y a través de las fronteras, aumentando la vulnerabilidad de las personas desplazadas y dificultando la consecución de soluciones”<sup>8</sup>. Además, durante esta audiencia, la representante del ACNUR señaló que a nivel mundial casi dos tercios de las nuevas personas solicitantes de asilo y refugiadas desplazadas en 2022, provenían de 15 países altamente vulnerables a los impactos del cambio climático, que casi el 60 % de las personas refugiadas y desplazadas internamente por conflictos viven actualmente en países que se encuentran entre los más vulnerables al cambio climático y que los países de la región de las Américas están cada vez más expuestos a los efectos adversos del cambio climático<sup>9</sup>.

A todo este contexto, se le debe sumar que, en muchos países de la región, la movilidad humana ha sido criminalizada por discursos y políticas estatales de contención, sumado a la falta de medidas de adopción y protección vinculadas con la movilidad humana y el cambio climático, generando un racismo climático o medio ambiental. Este último, se manifiesta cuando:

- a. las decisiones estatales se basan en la noción de que las comunidades racializadas se vinculan con el medio ambiente de manera retardada o retrógrada;
- b. cuando el Estado hace caso omiso al considerar que estas poblaciones no son prioritarias por encontrarse en marginalización;

8. ACNUR. “ACNUR hace un llamado a fortalecer la protección de personas desplazadas por el cambio climático en histórica audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. 2024. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-hace-un-llamado-fortalecer-la-proteccion-de-personas>

9. Ibid.

- c. cuando en las decisiones estatales se toman acciones en contra del cambio climático sin tomar en consideración las formas particulares que las comunidades enfrentan estas problemáticas.

Aunado a lo anterior, la emergencia climática es un disparador de diversos tipos de desplazamiento o migración que se dan en un contexto de invisibilidad de estos fenómenos, así como la falta de una adecuada protección. A pesar de la existencia de todo este tejido adverso, actualmente no existen principios básicos para la movilidad humana o migración en el contexto del cambio climático.

Por tanto, en la palestra internacional surge la necesidad de ampliar la discusión del tema, ya no solo hacia soluciones para combatir los efectos adversos del cambio climático desde el punto de vista del medio ambiente, sino que también, debe atender la condición y circunstancia en que se encuentran las personas que deciden emprender el camino de la migración o de movilidad humana, ya sea temporal o definitiva, de su lugar de origen hacia zonas internas o fuera de las fronteras de su país por causas medioambientales, o como consecuencia del cambio climático.

Bajo esta premisa, la finalidad del presente escrito es abordar la problemática que se plantea frente al cambio climático y la movilidad humana, entendiendo las dinámicas de estos fenómenos y realizar una reflexión sobre este escenario.

### **Cambio climático**

La Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, firmado en 1992, en su artículo 1 define este fenómeno como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición

de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”<sup>10</sup>.

En este sentido, la contaminación a todo nivel, desde emisiones de gases a nivel industrial hasta el carbono emitido por vehículos particulares en mal estado, las malas prácticas para el desecho de la basura, entre otros, forman parte de los agentes que impactan negativamente en la tierra y que son el origen o principal causa del cambio climático. Al respecto, diferentes instrumentos internacionales centran su atención en reducir el daño ocasionado al medio ambiente, orientando a la generación de políticas de concientización y políticas públicas destinadas a promover, supervisar y procurar la aplicación de buenas prácticas por parte de las industrias, y a nivel individual con un seguimiento a las personas en el cuidado del medio ambiente.

Usualmente al abordar el tema del cambio climático, se hace desde la necesidad de cuidar el planeta tierra, reconociendo que existen niveles de responsabilidad en la participación de este daño ocasionado a la atmósfera, siendo las grandes industrias las de mayor incidencia en esta afectación y, por ende, los primeros llamados a tomar acciones concretas y efectivas para reducir la emisión de gases tóxicos que aumentan el efecto invernadero en la atmósfera.

En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “ONU”) ha señalado que los efectos del cambio climático están compuestos por:

1. la elevación de las temperaturas;
2. tormentas más potentes;
3. aumento de las sequías;
4. aumento del nivel del océano y calentamiento del agua;

10. Convención marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992). Disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

5. desaparición de especies;
6. escasez de alimentos;
7. más riesgos para la salud; y,
8. pobreza y desplazamiento.

Sobre este último punto la ONU ha señalado que:

El cambio climático aumenta los factores que llevan y mantienen a la gente en la pobreza. Las inundaciones pueden arrasar barrios marginales, destruyendo hogares y comunidades. El calor dificulta la ejecución de trabajos en el exterior. La escasez de agua puede afectar a los cultivos. Durante la última década (2010-2019), los sucesos relacionados con el clima desplazaron a un total aproximado de 23.1 millones de personas de media al año, aumentando sus probabilidades de caer en la pobreza. Muchos refugiados provienen de países que son más vulnerables y menos preparados para adaptarse a los efectos del cambio climático<sup>11</sup>.

Además, la OIM refiere a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998<sup>12</sup>, en donde se identifican las catástrofes naturales o de origen humano como fuentes de desplazamiento e incluyen elementos clave para abordar estos movimientos desde una perspectiva de derechos.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el abordaje de la movilidad humana a causa del cambio climático debe ser realizada con urgencia ya que los grupos más afectados son las poblaciones altamente vulnerables quienes desde el punto de partida se encuentran expuestas y en estado de pobreza, o pobreza extrema, y quienes luego de emprender el camino de migración, se genera un incremento en su vulnerabilidad y en la

11. ONU Naciones Unidas. *Causas y efectos del cambio climático*. Disponible en: <https://www.un.org/es/climatechange/science/causes-effects-climate-change>

12. Comisión de Derechos Humanos de la ONU. *Principios rectores de los desplazamientos internos*. 1998. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos>

exposición a los riesgos propios de una transición no planificada y restringida.

### **Movilidad humana por los efectos del cambio climático**

Históricamente la naturaleza del ser humano es la de ser nómada. Desde el inicio de su existencia, en la prehistoria, la persona humana buscaba moverse del lugar donde tenía su asentamiento en función de garantizar su sobrevivencia, de manera que permanecía en determinados lugares solo si allí podía cubrir sus necesidades esenciales de alimentación, protección del clima y de los animales que habitaban la zona donde se encontraba. Es por ello, que bajo esta lógica el ser humano ha migrado en busca de mejores condiciones de vida, para poblar otros lugares del planeta, o para huir y sobrevivir a las amenazas causadas por el hombre o la naturaleza<sup>13</sup>.

Frente a ello, se han desarrollado múltiples razones que originan la movilidad humana, entre ellas se encuentran las violaciones a los derechos humanos, conflictos armados, pobreza y crisis económica, inseguridad alimentaria, conflictos políticos, tensiones étnicas e intercomunitarias y la degradación ambiental. Todas estas circunstancias, son las causantes para que el ser humano decida trasladarse de un lugar a otro, bien sea atravesando una frontera o solamente de localidad, permaneciendo en su país de origen<sup>14</sup>.

13. CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, del 31 diciembre 2015, párr. 1.

14. CIDH. “*Pobreza, Cambio Climático y DESCA en Centro América y México, en el contexto de la Movilidad Humana*”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 158, 28 de julio de 2023.

La CIDH en su informe *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, señala que la movilidad humana está dividida entre la migración internacional y la migración interna. La primera se refiere al cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un periodo de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional; mientras que la segunda guarda relación a que una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro dentro del país del que es nacional, para establecerse allí por un periodo de tiempo o de manera permanente<sup>15</sup>. A su vez, la Comisión IDH diferencia entre una migración voluntaria o forzada, siendo la primera cuando existe una voluntad de la persona sin ningún tipo de coacción, y la segunda constituye aquellas situaciones en que la persona se ve forzada a migrar por su vida, integridad o libertad la cual ha sido amenazada como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humano, entre otras causas<sup>16</sup>.

Ahora bien, frente al nexo existente entre el cambio climático y la afectación a los derechos humanos, la CIDH ha puntualizado que existe “una relación directamente proporcional entre el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera y la frecuencia e intensidad de los cambios meteorológicos, lo que supone la amplificación de los riesgos

15. CIDH. *Movilidad humana Estándares interamericanos...* párr. 2.

16. CIDH. *Movilidad humana Estándares interamericanos...* párr. 3.

para las sociedades, las personas y los sistemas naturales”<sup>17</sup>, trayendo como consecuencia inseguridad alimentaria, migración forzada, enfermedades y muerte.

Frente a ello, la CIDH aborda los impactos climáticos tanto abruptos como los de evolución lenta, los cuales producen cambios en los ciclos naturales de los ecosistemas, trayendo consigo sequías, inundaciones, olas de calor, incendios, pérdidas de las líneas costeras, entre otros. A su vez, estos fenómenos traen consigo una amenaza importante al disfrute de los derechos como a la vida, a la alimentación, vivienda, salud, agua y el derecho a un ambiente sano<sup>18</sup>. La Comisión también ha enfatizado en los efectos desproporcionados que la emergencia climática tiene para los países de Centroamérica y que los fenómenos naturales causados por el cambio climático han “afectado los patrones de vida de las personas en esa zona de la región, provocando desplazamiento interno causado por la falta de oportunidades y la destrucción de infraestructura, entre otros factores”<sup>19</sup>. Enfatiza que todos estos elementos aumentan de manera desproporcionada la crisis alimentaria, la movilidad humana y los índices de desigualdad y pobreza, conllevando esto a un peligro en la capacidad de resiliencia y adaptación de estos países para mejorar las condiciones de vida de las personas que los habitan<sup>20</sup>.

En este tenor, la OIM ha definido a los migrantes por motivos ambientales, como: “Personas o grupos de personas que, principalmente en razón de un cambio repentino o progresivo

17. Relatoría Especial DESCA-CIDH. Resolución 3/2021 *Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*. Disponible en: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf)

18. Ibid.

19. Ibid.

20. Ibid.

en el medio ambiente, que incide adversamente en sus vidas o en las condiciones de vida, se ven obligados a abandonar el lugar habitual de residencia, u optan por hacerlo, ya sea temporalmente o con carácter permanente, y que se desplazan dentro del país o al extranjero”<sup>21</sup>.

Bajo este entendido, la comunidad internacional ha reconocido la existencia de la movilidad humana por desastres naturales a consecuencia del cambio climático. Sin embargo, uno de los grandes retos que se vislumbra es la protección y garantía que le brinda el Estado receptor a esta población, ya que en gran medida puede considerarse que estos movimientos migratorios resultan inconvenientes para los países a donde llegan estas personas, pues con este aumento poblacional puede encontrarse con el desafío de la inserción al mercado laboral, el deber de brindar protección de salud a todas las personas dentro del territorio e incluso la obligación de garantizar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales de esta población.

En este punto, es importante poner de presente que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”) ha planteado una situación ejemplificadora en la que esta movilidad humana lejos de ser un factor de atraso y carga para el Estado receptor, puede tratarse de una oportunidad para diversificar y ampliar la actividad económica de su localidad, con nueva mano de obra:

La migración laboral puede utilizarse para impulsar la resiliencia en las comunidades a través de la generación de remesas, la transferencia de conocimientos y competencias, y la creación de redes que pueden conducir a la iniciativa empresarial y a nuevos mercados. Si los migrantes que cruzan las fronteras debido a

21. OIM. *Migración, medio ambiente y cambio climático: Datos empíricos para la formulación de políticas. Glosario*. 2014. Disponible en: <https://rosanjose.iom.int/es/migracion-medio-ambiente-y-cambio-climatico>

factores relacionados con el clima pueden hacerlo a través de canales seguros y regulares y pueden acceder a oportunidades de empleo formales, entonces tienen más probabilidades de contribuir de manera positiva al desarrollo de su país de origen. Al mismo tiempo, la migración puede reducir la presión demográfica sobre los entornos afectados por el estrés climático, y podría beneficiar a los países de destino al ayudar a colmar la escasez de mano de obra. Unas políticas de adaptación y movilidad laboral basadas en los derechos y bien gestionadas podrían brindar una oportunidad para impulsar la resiliencia y aumentar el desarrollo, reduciendo al mismo tiempo el riesgo de futuros desplazamientos<sup>22</sup>.

Así pues, si bien es cierto los movimientos migratorios por causas del cambio climático conllevan algunas cargas para los Estados o las zonas receptoras, por la protección que deben ofrecer a estas personas, no es menos cierto, que el asentamiento de nuevos individuos trae consigo un aumento en la mano de obra, nuevos conocimientos, emprendimientos y fuerza de trabajo, lo cual puede resultar muy beneficioso para los Estados.

Por otro lado, el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, Filippo Grandi, con motivo del 28º período de sesiones de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, abordó esta realidad y puntualizó que estos fenómenos:

1. arrasan con sus hogares;
2. agravan los desafíos del desplazamiento por encontrarse en condiciones medioambientales adversas; y,

22. OIT. *Movilidad humana, cambio climático y una transición justa*. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/climate-change/green-jobs/lang--es/index.htm>

3. con la destrucción de su lugar de origen hace imposible el retorno a sus hogares, por lo tanto, en gran medida las personas en este contexto deben prepararse para desprenderse definitivamente.

Además, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH (en adelante “REDESCA”) ha observado que, en el contexto de la emergencia climática, uno de los grupos poblacionales que se ven afectados de manera primordial por esta crisis son las que se denominan comunidades de primera línea. Estas se definen como aquellos grupos de personas que se ven directamente afectados por el cambio climático y la inequidad en la sociedad en tasas más altas que el resto de la población. Por lo tanto, experimentan las consecuencias del cambio climático de una manera más grave que el resto de la sociedad<sup>23</sup>.

En este sentido, las personas que se ven obligadas a desplazarse debido al cambio climático pueden enfrentar dificultades para obtener refugio o asilo en otros países debido a la falta de reconocimiento legal de los desplazamientos causados por el cambio climático, lo cual puede dejar a estas personas en una situación de vulnerabilidad y sin protección legal.

Es por ello que una de las mayores dificultades que se enfrentan actualmente de cara a estos fenómenos, se centra en el estatus con el cual son reconocidos a nivel internacional y nacional las personas que se encuentran en contexto de movilidad, como consecuencia de los efectos adversos del cambio climático.

Hasta la fecha ha existido algunas discrepancias al respecto, sin embargo, la opción que más ha tomado fuerza es la de

23. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Pobreza, Cambio Climático y DESCAs en Centro América y México, en el contexto de la Movilidad Humana”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 158, 28 de julio de 2023.

otorgarles la condición de refugiados o solicitantes de refugio/asilo o reconocerles como desplazados internos o migrantes.

Para abordar esta problemática, es oportuno traer a colación algunas definiciones adoptadas por la OIM recopiladas por el Portal de Datos sobre Migración, a tenor de lo siguiente:

- **La migración por motivos ambientales** es el “movimiento de personas o grupos de personas [los migrantes ambientales] que, predominantemente por razones de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afectan negativamente a sus vidas o condiciones de vida, se ven obligadas a abandonar sus lugares de residencia habitual, o deciden hacerlo, ya sea temporal o permanentemente, y que se desplazan dentro o fuera de su país de origen o residencia habitual”.
- **La migración climática** es el movimiento de una persona o grupos de personas que, predominantemente por razones de cambio súbito o progresivo del medio ambiente debido al cambio climático, se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual, o deciden hacerlo, ya sea temporal o permanentemente, dentro de un Estado o a través de una frontera internacional. La migración climática es una subcategoría de la migración medioambiental; define un tipo singular de migración medioambiental, en la que el cambio en el entorno se debe al cambio climático.
- **Desplazados por motivos ambientales** se refiere a “las personas desplazadas dentro de su país de residencia habitual o que han cruzado una frontera internacional y para las que la degradación, el deterioro o la destrucción del medio ambiente es una de las principales causas de su desplazamiento, aunque no necesariamente la única”.

- **El desplazamiento por catástrofes** “se refiere a las situaciones en las que las personas se ven forzadas u obligadas a abandonar sus hogares o lugares de residencia habitual, en particular como consecuencia de los efectos de las catástrofes provocadas por peligros naturales o para evitarlos. Este desplazamiento puede adoptar la forma de una huida espontánea o de una evacuación ordenada o forzada por las autoridades. Estos desplazamientos pueden producirse dentro de un país o a través de las fronteras internacionales”<sup>24</sup>.

A su vez, la Corte Constitucional en su más reciente sentencia T-123 de 2024 ha indicado que reconoce que el conflicto armado no es la única causa de desplazamiento interno, sino que existen otros fenómenos, entre ellos, los desplazamientos internos por factores ambientales, que incluyen aquellos generados por desastres, las consecuencias del cambio climático y la degradación ambiental, atribuyendo el desplazamiento por factores ambientales a 1.- fenómenos repentinos, y 2.- situaciones de evolución lenta (conocidos como de “violencia lenta”), que no son instantáneas o visibles, sino incrementales y acumulativas<sup>25</sup>.

Así las cosas, estas definiciones permiten puntualizar diferencias entre migración por motivos medioambientales y migración climática, entendiendo que la primera responde al movimiento de las personas de su lugar de origen por circunstancias de cambios súbitos o progresivos de las condiciones del medio ambiente del lugar donde se encuentran, mientras que en el caso de la migración climática se trata de aquel movimiento

24. Portal de Datos sobre Migración. *Migración por motivos ambientales*. 2023. Disponible en: [https://www.migrationdataportal.org/es/themes/environmental\\_migration](https://www.migrationdataportal.org/es/themes/environmental_migration)

25. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-123 de 2024.

migratorio que responde exclusivamente a alteraciones en el medio ambiente por razones del cambio climático, siendo un concepto más específico.

Respecto al otorgamiento del estatus de refugiado por el cambio climático, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados reconoce que se debe considerar como refugiados “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, *la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*”<sup>26</sup> (cursivas fuera de texto).

Bajo este entendido, sería posible tomar en cuenta dos circunstancias previstas en esta norma internacional al momento de otorgar el estatus de refugiado o de solicitante de asilo. La primera al considerar que las movilizaciones a causa del cambio climático son producto de “una violación masiva de los derechos humanos” en el territorio de origen y/o la segunda por “circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Bajo este entendido, si subsumimos una migración por las causas climáticas antes enunciadas producto del cambio climático, sería plausible incorporar esta población bajo la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Sin embargo, esto aún no se ha logrado normalizar o reconocer a nivel internacional.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, luego de un estudio de los diferentes tratados internacionales sobre los refugiados, indica que “[d]ado que estos instrumentos

26. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Adoptado por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

internacionales se limitan a fijar unos principios y reglas generales sobre el tratamiento jurídico de los refugiados, corresponde a cada Estado Parte de los mismos, actuando dentro del amplio margen de maniobra que le permiten aquellos y de conformidad con sus textos constitucionales, expedir una legislación que implemente a nivel interno dichos compromisos internacionales”<sup>27</sup>.

Frente a este tema, es importante resaltar que existen algunas dificultades prácticas como, por ejemplo, la complejidad de distinguir las situaciones en que el medio ambiente es el principal factor que desencadena la migración; la poca información sobre los vínculos entre los desplazamientos por conflictos y por desastres; falencia de datos completos sobre la migración por motivos ambientales o la reubicación planificada; y, la necesidad de mejores análisis predictivos<sup>28</sup>.

Ahora bien, respecto a esta alternativa de otorgarles una protección bajo el concepto de refugiados, organismos internacionales como la OIM y el ACNUR han manifestado su consenso para evitar el uso del término “refugiados climáticos o refugiados ambientales” por cuanto no tienen base legal en el derecho internacional de los refugiados. Sostienen que son engañosos y no reconocen una serie de aspectos clave que definen los movimientos de población en el contexto del cambio climático y la degradación del medio ambiente, incluido el hecho de que la migración medioambiental es principalmente interna y no necesariamente forzada<sup>29</sup>. El uso de estos términos podría socavar el régimen jurídico internacional

27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-250-17. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-250-17.htm>

28. Portal de Datos sobre Migración. *Migración por motivos ambientales...* 2023.

29. OIM. *Environmental Migration*. Disponible en: <https://environmentalmigration.iom.int/environmental-migration>

para la protección de los refugiados<sup>30</sup>. Además, sostienen que todas las personas que se desplazan en el contexto de factores medioambientales están protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>31</sup>.

Bajo este silogismo, es importante tener en cuenta que una vez que las personas se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen por cuestiones climáticas, se vuelven un grupo altamente vulnerable, que demandan aún mayor atención en el respeto de sus derechos humanos. En este sentido, al tener el estatus de desplazados internos o migrantes, lo procedente es que a partir de ese momento se observen los Principios Rectores de los Desplazados Internos emitidos por el Consejo Económico y Social de la Comisión de Derechos Humanos<sup>32</sup>, los cuales constituyen una guía para respetar los derechos fundamentales de las personas en esta situación, ya que al momento en que adquieren el estatus de desplazados internos, se ponen en riesgo sus prerrogativas tales como la salud, la alimentación, una vivienda digna, la integridad personal, entre otros.

Sin embargo, más allá de la conceptualización que se elija, lo cierto es que los sujetos que se encuentran en contexto de movilidad humana por causa del cambio climático, bien sea como desplazados o como refugiados, requieren del abrigo del sistema de protección de los derechos humanos, de los Estados y todas las entidades u organizaciones que hacen vida en el sistema. Cualquiera que sea el enfoque definitivo que se le otorgue, es fundamental que se les reconozca una condición jurídica definitiva que les brinde un mínimo de

30. Portal de Datos sobre Migración. *Migración por motivos ambientales...* 2023.

31. OIM. *Environmental Migration...*

32. Consejo Económico y Social de la ONU. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022>

estabilidad y, que lejos de restringirle su accionar, promueva y estimule su libertad de circulación, pues se trata de personas que se encuentran en circunstancias de alta vulnerabilidad, y que movidos por el peligro inminente que representan para su vida los efectos medio ambientales de su lugar de origen, se ven forzados a salir de allí hacia nuevos destinos, bien sea de manera temporal (esperando la oportunidad para retornar una vez mejoren la circunstancias que dieron origen a su salida) o de manera permanente, dentro del país o fuera de sus fronteras con una migración internacional.

En este sentido, la resolución 3/2021 de la CIDH sobre Emergencia Climática en su disposición 20 ha indicado que frente a las personas que se movilizan por razones directa o indirectamente asociadas al cambio climático, los Estados deben garantizar el debido proceso durante el procedimiento que conduce al reconocimiento de su condición migratoria y garantizar la salvaguarda de la no devolución en tanto se determina su condición.

Por ello, la falta de atención adecuada a la movilidad humana provocada por el cambio climático puede tener consecuencias profundas y duraderas para las personas y las comunidades afectadas, conllevando a violaciones de derechos humanos, en cuanto estas personas que se mueven entre fronteras pueden sufrir de vejámenes a sus derechos a la vida, la seguridad, la alimentación, la vivienda, la salud y la educación. Además, esta ausencia de una debida participación y planificación estatal provocaría el aumento de la pobreza y la desigualdad, especialmente entre los grupos más vulnerables de la sociedad, generando efectos devastadores en el bienestar económico y social de las personas y las comunidades afectadas.

Esta falta de atención debida también podría causar una inestabilidad social y engendrar conflictos, ya que estos desplazamientos masivos de personas nacionales o

internacionales pueden aumentar las tensiones sociales y étnicas, así como provocar conflictos por recursos ambientales o económicos escasos, lo que a su vez puede tener repercusiones a nivel político y de seguridad.

En este orden de ideas, la OIM propone el desarrollo de los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad humana como consecuencia del cambio climático, en donde los procesos de desplazamiento ambiental y climático requieren tomar en cuenta los siguientes aspectos:

1. un enfoque centrado en la protección;
2. la dinámica de enfoque de género es primordial y fundamental para el impacto en los desastres naturales;
3. las poblaciones indígenas presentan vulnerabilidades y capacidades específicas, pero también implicaciones particulares para los derechos fundamentales; y,
4. la necesidad de proteger los derechos de los migrantes en contextos de desastres, degradación ambiental y cambio climático la cual requiere soluciones integrales que involucren a múltiples contrapartes<sup>33</sup>.

El desplazamiento a causa del cambio climático sin duda puede exponer a las personas a condiciones ambientales extremas y riesgos para la salud, como enfermedades transmitidas por vectores, desnutrición y falta de acceso a atención médica adecuada, lo cual puede afectar negativamente su derecho a la salud y el bienestar de esta población.

33. OIM. *Five key considerations to address environmental mobility from a human rights perspective*. 2023. Disponible en: <https://environmentalmigration.iom.int/blogs/five-key-considerations-address-environmental-mobility-human-rights-perspective>

Del mismo modo aclara que, si bien es cierto, las migraciones ambientales representan un nuevo desafío en la actualidad puesto que su origen proviene de un agente externo distinto del individuo, como es el medio ambiente, sí existen soluciones viables para atender esta situación, que siempre requerirá la participación y cooperación de todos los sectores bajo los siguientes parámetros:

1. La movilidad humana, que abarca *la migración, la reubicación y el desplazamiento* (...). Las políticas migratorias bien gestionadas pueden mitigar los riesgos asociados con el desplazamiento inducido por el clima, garantizando vías seguras, ordenadas y regulares.
2. Además, *aprovechar el poder de los datos es esencial para tomar medidas eficaces*. Invertir en investigación y recopilación de datos es fundamental para comprender la dinámica de la migración inducida por el clima. Este conocimiento informa políticas basadas en evidencia, lo que permite a los formuladores de políticas anticipar cómo los cambios ambientales pueden afectar los patrones migratorios. Estos conocimientos basados en datos son cruciales para llevar a cabo intervenciones específicas y anticipatorias, en particular mediante la implementación de sistemas de alerta temprana, para evitar, minimizar y abordar los desplazamientos.
3. El *fortalecimiento de la cooperación regional y local* desempeña un papel fundamental a la hora de abordar la movilidad climática y aprovechar el potencial de la migración como una de las soluciones<sup>34</sup> (resaltados fuera de texto).

34. OIM. “As extreme weather spurs global displacement, migration is part of the solution”. 2024. Disponible en: <https://environmentalmigration.iom.int/blogs/extreme-weather-spurs-global-displacement-migration-part-solution>

En este mismo orden, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante “OACNUDH”) ha puntualizado que, para el manejo y protección de los Derechos Humanos de las personas en contexto de movilidad humana por causa del cambio climático, se deben tener presente los siguientes aspectos:

1. Garantizar la dignidad, la seguridad y los derechos humanos de los migrantes en el contexto del cambio climático;
2. Reducir el riesgo de migración forzada mediante la mitigación del cambio climático;
3. Reducir los riesgos asociados al cambio climático mediante la adaptación;
4. Proteger los derechos humanos de las personas que se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad;
5. Garantizar a todas las personas la libertad de circulación;
6. Reconocer una condición jurídica duradera a todas las personas que se ven obligadas a desplazarse y establecer garantías en el contexto de los retornos;
7. Velar por una participación significativa e informada;
8. Garantizar en los derechos humanos el proceso de reubicación;
9. Garantizar el acceso a la justicia de las personas afectadas por el cambio climático; y

10. Cooperar a nivel internacional para proteger los derechos de los migrantes<sup>35</sup>.

En la misma línea, la Resolución de la CIDH sobre “*Emergencia Climática, alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*”, desarrolla el derecho de las personas que han sido afectadas por el cambio climático, abordando las soluciones para el caso, y la manera en que el sistema reconoce, protege y acoge a los Migrantes Climáticos. Al respecto, señala que estos fenómenos afectan a todas las personas, que los Estados tienen una obligación reforzada de garantía y protección de los derechos de personas o grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad o que son particularmente vulnerables a los daños e impactos adversos del cambio climático en razón que histórica y sistemáticamente han soportado la mayor carga de desigualdad estructural<sup>36</sup>. Además, ha reconocido que las personas en situación de pobreza y pobreza extrema son más susceptibles a los impactos inmediatos y de largo aliento del cambio climático; por ello, los Estados tienen la responsabilidad de generar políticas públicas y todas las medidas necesarias para proteger de manera prioritaria y específica los derechos de las personas en esta situación<sup>37</sup>.

Sumado a lo anterior, determinadas comunidades, grupos vulnerables y étnicos enfrentan una carga desproporcionada de los efectos negativos del cambio climático debido a factores socioeconómicos y raciales. Estos grupos suelen ser aquellos que históricamente han enfrentado discriminación

35. OACNUDH. *Derechos Humanos, Cambio Climático y Migración*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/KMMigration-SP.pdf>

36. Relatoría Especial DESCA-CIDH. Resolución 32021, *Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas...*

37. Ibid.

y marginación en términos de acceso a recursos, servicios y oportunidades.

En el contexto del cambio climático, estas comunidades suelen estar ubicadas en áreas con mayores riesgos ambientales, como zonas propensas a inundaciones, sequías, contaminación del aire o fenómenos meteorológicos extremos. Además, pueden carecer de infraestructuras resilientes y sistemas de alerta temprana adecuados, lo que las hace más vulnerables a los impactos del cambio climático.

Incluso, lo más preocupante es que estas comunidades suelen ser las menos responsables de las emisiones de gases de efecto invernadero que causan el cambio climático, pero a menudo sufren las peores consecuencias y suelen encontrarse en una situación de limbo legal, sin reconocimiento de su estatus como refugiados o protección legal adecuada, lo que aumenta su vulnerabilidad.

Bajo este enfoque, los Estados tienen dos vertientes en las que deben actuar, por un lado, generar las políticas públicas pertinentes para reducir el impacto que genera su sociedad al cambio climático dentro de sus fronteras y, por el otro lado, producir la normativa interna y las políticas públicas necesarias para poder reconocer, acoger, asistir y estabilizar a las personas que ingresan a sus territorios por causa del cambio climático.

Por ello, la CIDH reconoce que los Estados deben adoptar y aplicar políticas encaminadas a reducir emisiones de gases efecto invernadero, fomentar la resiliencia al cambio climático y garantizar que las inversiones públicas y privadas sean coherentes con un desarrollo con bajas emisiones de carbono y resistente al cambio climático<sup>38</sup>.

---

38. Relatoría Especial DESCA-CIDH. Resolución 32021. *Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas...*

Consecuentemente, los Estados deben realizar esfuerzos significativos para avanzar políticas y programas integrales de educación ambiental comprensiva, universal y amplia, permitiendo a las personas adquirir conciencia ambiental, modificar sus conductas de consumos y cuidado del ambiente, así como dirigida a garantizar que las autoridades y las empresas adopten patrones de desarrollo sostenible y protección de la naturaleza<sup>39</sup>.

Frente a estas políticas, es importante tener en cuenta que las medidas que tanto los Estados como los actores empresariales diseñen e implementen para responder a la crisis climática, incluyendo medidas de adaptación y de mitigación al cambio climático, pueden traer consigo riesgos para el disfrute pleno de los derechos humanos<sup>40</sup>.

De igual manera, la resolución 3/2021 expresó que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de proteger y garantizar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos de todas las personas que, a consecuencia de impactos ambientales, incluyendo aquellos atribuibles al cambio climático, se vean significativamente afectadas tanto individual como colectivamente. En ese sentido, al momento de cumplir sus obligaciones, deben procurar hacerlo tomando en cuenta la interdependencia e indivisibilidad existente entre todos los derechos, entendidos integralmente y de forma conglobada, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello<sup>41</sup>.

Asimismo, en su parte resolutive, refiere que las personas que se encuentran en situación de pobreza o pobreza extrema

---

39. Ibid.

40. Ibid.

41. Ibid.

resultan, en mayor medida, afectadas por las consecuencias del cambio climático. Pues al carecer de una estructura habitacional sólida, hace que, ante fuertes lluvias o tormentas, por ejemplo, experimenten mayor gravedad<sup>42</sup>.

La Comisión ha alertado que, uno de los mayores desafíos para afrontar el desplazamiento a causa del cambio climático es el de la exclusión de factores étnicos-raciales en la adopción de medidas, lo cual impide que se tomen en consideración las necesidades históricas de esas personas en la planificación, diseño e implementación de las políticas ambientales. Al respecto, cabe recordar que, según la CIDH, el racismo ambiental es un tipo de discriminación racial estructural, herencia de una cultura social colonialista y esclavista, que conlleva a que una gran cantidad de personas afrodescendientes y de comunidades tribales experimenten situaciones de pobreza, pobreza extrema y un acceso desigual al territorio, al medio ambiente sano y a recursos naturales básicos como agua, suelo, y espacios con mejor calidad del aire, lo cual las coloca en una mayor exposición a peligros ambientales por motivos de desastres naturales<sup>43</sup>.

## Conclusiones

La movilidad humana por efectos del cambio climático es una realidad que está permeando todos los países de la región y que está permeando en la sociedad. Sin embargo, no existe debida atención por parte de los Estados a este tema. Si bien a nivel internacional se han planteado en diferentes instancias o escenarios, esta problemática no ha sido abordada con suficiente

---

42. Ibid.

43. CIDH. Los Estados deben redoblar sus esfuerzos para erradicar patrones históricos de racismo ambiental. 21 de marzo de 2022. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/055.asp>

fortaleza, voluntad política y compromiso para reconocerla, de allí que exista desprotección y lagunas legales a nivel interno frente a esta población.

Por lo tanto, es crucial desarrollar marcos legales adaptativos que reconozcan y protejan los derechos de las personas desplazadas por el cambio climático, así como promover la cooperación internacional para encontrar soluciones efectivas y justas. Esto incluye la participación activa de los Estados en la creación de instrumentos legales nacionales e internacionales y políticas que aborden la movilidad humana en el contexto del cambio climático, que garanticen el respeto y la protección de los derechos humanos de todas las personas afectadas.

Además, los Estados deben iniciar cuanto antes el proceso de transición energética para frenar los efectos adversos del cambio climático y generar espacios de monitoreo y control que permitan armonizar los avances tecnológicos con la garantía efectiva de los Derechos Humanos de todas las personas.

# LA VULNERABILIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LOS DESALOJOS FORZADOS Y EL ASEDIO DE GRUPOS ECONÓMICOS SOBRE SUS TIERRAS

*Diana Marlen Mayén Martínez\**

*Un indígena sin tierra es como un fogón sin leña.*  
Vicente Villafañe

## Introducción

Cuando se habla de pueblos indígenas es común pensar en grupos originarios con conocimientos ancestrales, medicinales, con diversos usos y costumbres en cuanto a su organización. Sin embargo, no se da el alcance y verdadero significado al arraigo de sus tierras y territorios.

Aunque se ha reconocido en diversos documentos de la Corte Interamericana de derechos humanos, el derecho humano de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunal, poco se ha hablado de cómo es amenazada esta propiedad por intereses, especialmente de los grupos inmobiliarios, que a costa de lo que sea pretenden desarrollar sus proyectos de construcción y edificación sobre los mencionados terrenos.

Ante lo anterior, existe una condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a los grupos inmobiliarios. Basta

---

\* Maestranda en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, línea de Investigación Derechos Humanos y Derecho Agrario. Especialista en Derecho Empresarial por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora asignada al Curso de Derecho Agrario en la Secretaría de la Defensa Nacional del Estado Mexicano.

que, por un lado, exista uno de dichos grupos que se considera como grupo con poder; y, por el otro lado, un pueblo indígena en posesión de terrenos que resultan ser del interés de las constructoras.

Es indudable que los pueblos indígenas han sido marginados y despojados de sus territorios ancestrales y que en la actualidad sigue la defensa de sus derechos a la tierra, la autodeterminación y la preservación de sus culturas. En un mundo que enfrenta una creciente conciencia sobre la importancia de la diversidad cultural y la preservación del medio ambiente, la protección de los derechos de los pueblos indígenas se vuelve cada vez más crucial. Ello incluye a los poderes fácticos, como lo son los grupos de poder económico que destruyen sus tierras.

El presente artículo se enfoca en el derecho a la propiedad colectiva, a la vulneración socioambiental de los pueblos indígenas, al sistema de protección de los pueblos indígenas y una propuesta de política pública de protección a la propiedad de los pueblos indígenas.

## 1. El derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

La noción de dignidad humana trajo consigo el reconocimiento de derechos que el Estado debía proteger y garantizar su cumplimiento, en un primer momento se desencadenó en diversos movimientos para otorgar esas prerrogativas que las distintas revoluciones se plasmaron en distintos instrumentos internacionales, concebidos como Derechos del Hombre y posteriormente como Derechos Humanos<sup>1</sup>.

1. Vargas, C.F. “El Derecho a la propiedad en la jurisprudencia interamericana”, Universidad Internacional de Andalucía, p. 4.

Es así que, el derecho de propiedad está íntimamente ligado a otros derechos que, al verse violentados, repercuten en aquel. Por ello, los instrumentos de reconocimiento y protección al derecho a la propiedad tienen como fin que los Estados doten de seguridad jurídica en la tenencia del tierra, máxime tratándose de la propiedad de los pueblos indígenas, por la situación de vulnerabilidad en sus múltiples formas, como son la discriminación, la falta de acceso a la justicia, los desalojos forzados de sus tierras, entre otros.

A través de las siguientes líneas se expone un panorama de la evolución e interpretación del derecho de propiedad. Aunque en un principio, los instrumentos de protección a la propiedad fueron tendientes a garantizar el derecho a la propiedad privada, lo cierto es que a través de la interpretación de los sistemas de derechos humanos se han podido desarrollar y dotar de contenido a dichos instrumentos internacionales en pro de los derechos humanos.

### 1.1 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

En agosto de 1789, la Asamblea Nacional Constituyente francesa aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como parte del legado de la Revolución Francesa; tal declaración tiene un valor universal y constituyó la base de la Declaración de las Naciones Unidas en 1948<sup>2</sup>.

2. Rodríguez y Rodríguez, J. “Se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. Consultable en: <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=Art%C3%ADculo%2017.%2DPor%20ser%20la,una%20justa%20y%20previa%20indemnizaci%C3%B3n>.

Es así que en tal declaración se definieron los derechos “naturales e imprescriptibles” como la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Este primer acercamiento al reconocimiento del derecho de propiedad es importante, porque la propiedad se impone como un derecho del hombre que no debe ser desconocido ni por los mismos hombres ni por sus autoridades, sino más bien protegido con toda la maquinaria de los estados.

Ahora bien, el derecho a la propiedad fue visto como un derecho particular, es decir, un derecho que parte del individuo. Tal derecho fue concebido en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano como primer acercamiento a los derechos humanos y al derecho de propiedad. Así, la declaración refiere en su artículo 17, que la propiedad es un derecho “sagrado e inviolable” y que nadie puede ser privado de ella<sup>3</sup>.

Esta postura partidaria del iusnaturalismo concibe la propiedad como algo inherente al hombre que no es un simple atesoramiento de bienes, sino que el ejercicio de este derecho de propiedad lleva a la satisfacción de otros derechos vitales para el ser humano, máxime cuando se hace referencia a los pueblos indígenas que encuentran en la propiedad su legado, pertenencia y cultura.

Por lo anterior, el Derecho a la Propiedad, desde una óptica naturalista tal y como se encuentra redactado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es un derecho del que se goza por el mero hecho de ser seres humanos, que preserva ciertos intereses fundamentales de la persona humana contra la actividad de cualquier otro agente, un derecho aplicable en todo tiempo y lugar.

3. Ibid., párrafo 23.

## 1.2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido considerada como un plan de acción global surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como instrumento para la protección y respeto de derechos y libertades que universalmente merecen protección para que todas las personas vivan su vida en libertad, igualdad y dignidad<sup>4</sup>.

Los derechos que se incluyeron siguen siendo la base del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Lo importante de esta declaración radica en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la humanidad.

Ahora bien, tal declaración incorpora un concepto esencial para la protección de los derechos y es la “dignidad humana” como eje rector de los derechos humanos y fundamentales del hombre, que llevan a considerar que solo bajo el respeto a tales derechos existirá el progreso social.

Por cuanto hace al derecho de propiedad tal Declaración recoge en esencia lo señalado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues en su numeral 17, establece que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”<sup>5</sup>.

4. “¿Qué es la declaración universal de derechos humanos y por qué se creó?”, Amnistía Internacional, párrafo 1. Consultable en: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/universal-declaration-of-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos,personas%20en%20todos%20los%20lugares>

5. Rodríguez y Rodríguez, J. “Se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, párrafo 25. Consultable en: <https://www.cndh.org.mx/index>.

Es así que, el derecho de propiedad permanece intacto en esta Declaración que es la base para el sistema de derechos humanos reconocidos universalmente, aunque se le agrega la palabra “colectivamente”, para dotar a los pueblos originarios de protección de las posesiones ancestrales que han mantenido sobre determinado territorio.

Tal parámetro da cuenta de que efectivamente, el Derecho a la Propiedad es un derecho presente ya sea como un derecho natural o bien, un derecho reconocido por la universalidad, como un derecho básico para el desarrollo del ser humano y como derecho que tiene injerencia con otros derechos fundamentales.

Luego entonces, el Derecho a la Propiedad reconocido en la Declaración de los Derechos Humanos conserva la protección a la propiedad con las características de uso, goce, disfrute y disposición del bien, lo que necesariamente implica la seguridad jurídica en su tenencia, no haciendo la distinción entre propiedad privada y colectiva. De ello se concluye que, por sus características, el Derecho a la Propiedad no distingue régimen jurídico para su pleno goce y ejercicio.

Por lo anterior, el derecho a la propiedad tiene un fuerte vínculo de interdependencia con los derechos de los pueblos indígenas, como son derecho a la tierra, a la vivienda, a la alimentación, a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la paz, entre otros.

### 1.3 Convención Americana sobre DDHH “Pacto de San José”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene como propósito la consolidación de un régimen de libertad

[http://noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=Art%C3%ADculo%2017.%2DPor%20ser%20la,una%20justa%20y%20previa%20indemnizaci%C3%B3n.](http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22098.pdf)

personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre para el continente americano.

Por cuanto hace al Derecho a la Propiedad, lo prevé en su artículo 21 como el Derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes, sin que se haga referencia a la finalidad de la protección del mencionado derecho, como sí la previó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, finalidad consistente en cubrir las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar<sup>6</sup>.

De tal modo, el Derecho a la Propiedad tiene una vinculación directa con la dignidad humana y una finalidad, que es encarrilar al ser humano hacia una vida digna, es decir, el derecho a la propiedad es un medio para la realización de la dignidad como personas y como comunidad.

En ese sentido, la interpretación del artículo 21 de la Convención, realizada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona<sup>7</sup>; por ende, la propiedad como derecho está conformado por el grupo de cosas necesarias para el desarrollo del ser humano.

6. Herrera C. “El derecho de propiedad en el sistema interamericano de derechos humanos, ni frívolo ni exclusivamente masculino. Imperativo para erradicar la pobreza y discriminación de las mujeres”, Corte IDH, p. 311. Consultable en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22098.pdf>

7. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Corte IDH, párrafo 144. Consultable en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)

Ahora bien, no se pierde de vista que la Convención hace referencia al término de “propiedad privada”. Sin embargo, bajo la perspectiva de Derechos Humanos y su característica de progresividad, se permite la aplicación de ese derecho a la propiedad colectiva y cuyo fin es la certeza jurídica en la tenencia de la tierra, que comparte las características reconocidas para el derecho de propiedad privada.

Es preciso advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido interpretada por los distintos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han dado contenido específico a derechos no expresamente mencionados en la citada Convención. De la interpretación realizada, se ha reconocido el derecho a la propiedad comunitaria, el derecho a la consulta o, incluso, el daño a la integridad cultural<sup>8</sup>, sin que, como se ha señalado, tales derechos estén expresamente reconocidos en la Convención.

De la interpretación de la Corte Interamericana al derecho de propiedad, se desprende que, la propiedad comunal es un derecho en sí mismo y garantía del disfrute efectivo de otros derechos<sup>9</sup>. Bajo esa lógica, el derecho a la propiedad comunal encuentra su origen en el asentamiento de los integrantes de un pueblo en determinado lugar, en los que desarrollaron una estructura particular y un modo de vida en arraigo a la tierra.

Si nos remontamos al origen de los pueblos indígenas, estos están conformados por un grupo de personas que se establecen en un sitio, en el que se deja de lado el sedentarismo, encuentran

8. Quintana, K. “Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México, 2017. p. 15. Consultable en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37412.pdf>

9. *Ibid.*, p. 15.

su identidad en la posesión de tierras que trabajan y en las que se instalan para hacer vida en comunidad.

Una vez situados en determinado territorio, hacen uso de los recursos naturales y desarrollan conocimientos particulares, cuyo elemento necesario siempre será el arraigo a las tierras. De ahí que la Corte Interamericana haya señalado que, para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>10</sup>.

Como se ha señalado, en las últimas décadas se ha dado un reconocimiento creciente de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. A pesar de estos avances, los desafíos persisten. En muchos países, las leyes y políticas no cumplen completamente con los estándares internacionales de derechos humanos en lo que respecta a los pueblos indígenas. Ejemplo de ello es la falta de reconocimiento legal de la propiedad colectiva de la tierra, la falta de consulta y consentimiento previo en relación con proyectos que afectan a las comunidades indígenas y la criminalización de los líderes indígenas, que defienden sus derechos. Estos son problemas comunes en muchas partes del mundo.

También se ha hablado del derecho al territorio en relación con el derecho de propiedad comunal, que conlleva un derecho de titulación y demarcación, y otro de restitución, compensación e indemnización. Por ende, deben de existir mecanismos normativos asequibles que tutelen los mencionados derechos y que existan los recursos legales pertinentes para tal fin.

10. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awaj Tingni vs. Nicaragua*, supra, párr. 149.

## 2. Causas de los desalojos forzados de los pueblos indígenas

Los desalojos forzados de los pueblos indígenas pueden ser causados por una serie de factores interrelacionados que reflejan tensiones políticas, económicas, sociales y ambientales. Algunas de las causas principales incluyen:

- a) **Expropiación de tierras:** Los gobiernos u otras entidades pueden expropiar tierras indígenas para proyectos de desarrollo, como la construcción de infraestructuras, represas hidroeléctricas, plantaciones industriales, proyectos mineros o de extracción de recursos naturales. Esto a menudo se realiza sin el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y puede resultar en el desplazamiento forzado de estas poblaciones de sus territorios ancestrales.
- b) **Conflictos por recursos naturales:** Las tierras indígenas suelen ser ricas en recursos naturales, como petróleo, gas, minerales, madera, agua y biodiversidad. Los intereses económicos y comerciales en estos recursos pueden desencadenar conflictos y presiones para desalojar a las comunidades indígenas de sus tierras para su explotación.
- c) **Expansión agrícola y ganadera:** La creciente demanda de tierras para la agricultura comercial y la ganadería puede llevar a la invasión de territorios indígenas por parte de empresas agroindustriales, ganaderos y colonos. Esto a menudo resulta en la degradación ambiental, la pérdida de biodiversidad y el desplazamiento de las comunidades indígenas.
- d) **Urbanización y desarrollo urbano:** El crecimiento de las ciudades y la expansión de los centros urbanos pueden conducir a la usurpación de tierras indígenas para proyectos de desarrollo urbano, como la construcción de

viviendas, carreteras, aeropuertos, centros comerciales y parques industriales.

- e) **Conflictos armados y violencia:** En áreas afectadas por conflictos armados, las comunidades indígenas a menudo se ven atrapadas en medio de la violencia y la disputa por el control de los recursos naturales. Esto puede resultar en desplazamientos forzados, violaciones de derechos humanos y una mayor vulnerabilidad de las comunidades indígenas.
- f) **Falta de reconocimiento legal de los derechos territoriales:** La falta de reconocimiento legal de los derechos de propiedad de las tierras indígenas puede dejar a estas comunidades vulnerables a la apropiación ilegal de sus territorios por parte de terceros, incluidos gobiernos, empresas y particulares.

Los desalojos forzados de los pueblos indígenas son el resultado de una serie de factores complejos que van desde la expropiación de tierras para proyectos de desarrollo hasta la presión por recursos naturales, la urbanización descontrolada y los conflictos armados.

Ante tal panorama, se deben de garantizar desde el derecho doméstico de cada nación la protección integral de los pueblos indígenas, en un marco asequible, eficaz, pronto y expedito, sin ningún tipo de discriminación y con las facilidades necesarias para su tutela judicial efectiva.

## 3. La vulnerabilidad socioambiental de los pueblos indígenas

Históricamente, las tierras de los pueblos indígenas han sido objeto de invasiones, colonización y explotación por parte de gobiernos, empresas y colonos no indígenas. Esta explotación ha llevado a la degradación ambiental, la pérdida de

biodiversidad y la erosión de las culturas indígenas. A medida que la industrialización y la urbanización se han expandido, las tierras indígenas se han convertido en objetivos para la minería, la tala, la agricultura intensiva y otros proyectos de desarrollo que amenazan tanto el medio ambiente como los modos de vida tradicionales de estos pueblos.

Además, el cambio climático está exacerbando las amenazas a las tierras indígenas. Las comunidades indígenas, que a menudo dependen directamente de los recursos naturales para su subsistencia, son especialmente vulnerables a los impactos del cambio climático, como la desertificación, la deforestación y el aumento de fenómenos meteorológicos extremos.

Ahora bien, en los países de Latinoamérica se replica la problemática, consistente en el asedio de diversos grupos económicos que pretenden el despojo de tierras pertenecientes a pueblos indígenas. Ejemplo de ello son los pueblos indígenas de Costa Rica, como el pueblo “Bribri”, que sigue enfrentando desalojos forzados, usurpación de tierras y violencia, en los que se evidencia la necesidad de reconocer y respetar los derechos territoriales de estas comunidades, así como de promover un diálogo inclusivo y soluciones justas para evitar el despojo de tierras indígenas en el país<sup>11</sup>. Este despojo obedece a intereses particulares de personas no indígenas con fines de explotación de los recursos naturales de esos territorios.

En el caso de Colombia, la falta de seguridad jurídica y el estancamiento en los procesos de formalización de los territorios indígenas, son la consecuencia de intereses específicos de ciertos sectores de la economía, para incursionar en proyectos

11. **Ixchiú**, L. “Complicidad y silencio: El despojo de tierras de los pueblos indígenas en Costa Rica”. Consultable en <https://www.culturalsurvival.org/news/complicidad-y-silencio-el-despojo-de-tierras-de-los-pueblos-indigenas-en-costa-rica>

de construcción de infraestructura, proyectos agroindustriales o de explotación de recursos naturales. Algunos de estos proyectos se traslapan con las solicitudes de formalización, como ocurre con el caso del sector minero. En departamentos como la Guajira, Chocó, Antioquia, Putumayo, Nariño y Cauca se registran traslapes de gran proporción; además, en los departamentos de Nariño y Cauca se presenta el 59 % de los asesinatos en contra de pueblos indígenas<sup>12</sup>.

En México, el despojo de los territorios indígenas forma parte de un modelo económico nacional orientado a la explotación de los recursos naturales, pero sobre todo al asedio de grupos inmobiliarios que a toda costa pretenden la adjudicación de territorios pertenecientes a los pueblos indígenas para devastarlos y construir desarrollos inmobiliarios. Por ejemplo, en el pueblo de San Sebastián Xoco, en la Ciudad de México, se ha denunciado la presencia de inmobiliarias que buscan desplazarlos por el proyecto inmobiliario MITIKAH<sup>13</sup>.

Otro emblemático caso es el del denominado desarrollo inmobiliario “Bosque Diamante”. En las tierras de los comuneros de Espíritu Santo, Jilotzingo, Estado de México, se ha pretendido un desarrollo inmobiliario de 19.985 viviendas en 238 hectáreas del bosque de encinos, soslayando que tal zona ha sido denominada por los ambientalistas como “bosque de agua”, debido a los servicios ambientales que provee, no sólo a los locales sino también a los lugares aledaños, al ser un pulmón natural para el Estado de México y la Zona Metropolitana de la Ciudad de México. La vulneración no solo es para los

12. Calderón J. “Despojo y derechos territoriales: dinámicas de la violencia en contra de los pueblos indígenas en Colombia”, párrafo 11. Consultable en <https://doi.org/10.4000/ideas.10021>

13. Moreira R. “Pueblo de Xoco: Presentan peritaje social frente a la amenaza inmobiliaria”. Consultable en <https://www.somoselmedio.com/pueblo-de-xoco-presentan-peritaje-social-frente-a-la-amenaza-inmobiliaria/>

comuneros del lugar sino para la sociedad en general que sería privada de tales servicios ambientales<sup>14</sup>.

En el caso de Argentina, la situación es muy similar a la de México. Por ejemplo, en el norte argentino, en provincias como Salta, Tucumán, Jujuy, Chaco y Santa Fe, se presenció un aumento alarmante de desalojos, como los que sufrió la comunidad guaraní Cheru Tumpa, en Colonia Santa Rosa, Salta o la comunidad indígena Palpalá, Jujuy, de Tusca Pacha que fue desalojada por la propia policía<sup>15</sup>.

En el sur del mencionado país, la fuerza del poder económico internacional se ha manifestado en la adquisición de vastas extensiones de la Patagonia para la construcción de imponentes centros de esquí, mientras que las costas de los lagos son despojadas por estancias pertenecientes a magnates del sector inmobiliario, quienes se adueñan del único acceso público al Lago Escondido, dejando a los habitantes locales sin su conexión ancestral con ese cuerpo de agua<sup>16</sup>.

Ante lo anterior, los pueblos y comunidades indígenas están situados en múltiples condiciones de vulnerabilidad. Ya no sólo es la discriminación y la falta de acceso a servicios básicos, sino también el despojo de sus tierras, debido a su especial situación de desventaja frente a los grupos económicos, que con su poder económico fraguan el despojo de los territorios indígenas.

14. Jiménez R. "10 cosas que debes saber del freno al proyecto inmobiliario "BosqueDiamante". Consultable en <https://www.eluniversal.com.mx/edomex/10-cosas-que-debes-saber-del-freno-al-proyecto-inmobiliario-bosque-diamante/>

15. "Despojo y desplazamiento: El impacto del sector inmobiliario en las comunidades indígenas en Argentina". Consultable en: <https://utopiaurbana.city/2024/02/09/despojo-y-desplazamiento-el-impacto-del-sector-inmobiliario-en-las-comunidades-indigenas-en-argentina/>

16. Ibid.

La vulnerabilidad socioambiental de los pueblos indígenas se da cuando existe la disputa en el acceso y control del territorio y naturaleza. Así, los pueblos indígenas luchan contra grandes empresas transnacionales, que tienen más recursos económicos que los pueblos indígenas y de alguna u otra manera, logran despojarlos de sus tierras.

De tal modo que, la vulnerabilidad se da ante el despojo de sus tierras, pero también ante la impotencia de ver cómo son devastadas las mismas, cómo desaparecen para en su lugar construir complejos inmobiliarios. Esto implica una vulnerabilidad de tipo ambiental, que ocasiona el desplazamiento de los mencionados pueblos.

La vulnerabilidad socioambiental de los pueblos indígenas es un tema de gran importancia que refleja las complejas interacciones entre el medio ambiente, las comunidades indígenas y los grupos económicos. En primer lugar, los pueblos indígenas a menudo dependen directamente de los recursos naturales para su subsistencia y bienestar. Esto incluye la pesca, la caza, la agricultura tradicional y la recolección de alimentos, entre otras actividades. Cuando estos recursos se ven afectados por cambios en el medio ambiente, como la deforestación, la contaminación, la pérdida de biodiversidad o bien, la devastación de los grupos que despojan a las comunidades indígenas, estas enfrentan una amenaza directa a su seguridad alimentaria y medios de vida.

Además, muchos pueblos indígenas habitan en áreas remotas o frágiles desde el punto de vista ambiental, como bosques tropicales, regiones montañosas o zonas áridas. Estas áreas son particularmente vulnerables ante el asedio de grupos inmobiliarios que pretenden transformar la zona en destinos que generen riqueza para unos cuantos. Las comunidades indígenas que viven en estas regiones pueden enfrentar desafíos adicionales para adaptarse a los impactos del cambio climático, como sequías, inundaciones, tormentas y desertificación, y para

acceder a servicios básicos como agua potable, atención médica y educación.

La vulnerabilidad socioambiental de los pueblos indígenas también está relacionada con factores sociales y económicos. Muchas comunidades indígenas enfrentan discriminación, marginalización y falta de acceso a recursos y oportunidades económicas. Esto puede limitar su capacidad para responder de manera efectiva a los desafíos ambientales y para participar en la toma de decisiones que afectan sus territorios y modos de vida o en la defensa de sus territorios.

Es importante empoderar a los pueblos indígenas en el conocimiento de sus derechos, en la resiliencia frente a los impactos del cambio climático y otros desafíos ambientales, mediante la provisión de recursos y apoyo técnico para tales desafíos.

En última instancia, abordar la vulnerabilidad socioambiental de los pueblos indígenas requiere un enfoque colaborativo y solidario que reconozca su papel como guardianes de la biodiversidad y del conocimiento tradicional, y que promueva la justicia ambiental y social para todas las personas, independientemente de su origen étnico o cultural.

Los desarrollos inmobiliarios representan una de las principales amenazas para los pueblos indígenas en todo el mundo, exacerbando su vulnerabilidad social, cultural y ambiental. Estos proyectos a menudo implican la expansión de infraestructuras urbanas, la construcción de viviendas, *resorts* turísticos, carreteras y otras obras que pueden tener consecuencias devastadoras para las comunidades indígenas y sus territorios.

Una de las principales preocupaciones es el desplazamiento forzoso de las comunidades indígenas de sus tierras ancestrales

para dar paso a estos desarrollos. Las empresas y los gobiernos a menudo desalojan a estas comunidades sin su consentimiento libre, previo e informado, violando así sus derechos humanos, territoriales y culturales reconocidos internacionalmente. Este desplazamiento no solo priva a los pueblos indígenas de sus hogares y medios de vida, sino que también los expone a la marginación, la pobreza y la pérdida de identidad cultural.

Además, los desarrollos inmobiliarios suelen causar daños irreversibles al medio ambiente, afectando los recursos naturales de los que dependen muchas comunidades indígenas para su subsistencia, como el agua, la tierra y la biodiversidad. La deforestación, la contaminación del agua y del aire, la degradación de los ecosistemas y la pérdida de hábitats naturales son algunas de las consecuencias ambientales negativas que pueden resultar de estos proyectos. En este aspecto se refleja la vulnerabilidad socioambiental que enfrentan los pueblos indígenas.

Otro aspecto importante es el impacto cultural de los desarrollos inmobiliarios en las comunidades indígenas. Estos proyectos a menudo traen consigo la imposición de valores culturales ajenos, la pérdida de lugares sagrados y la interrupción de prácticas tradicionales. Ello puede erosionar aún más la identidad y la cohesión social de los pueblos indígenas, causando un profundo trauma y alienación.

Para abordar esta vulnerabilidad, es fundamental que se respeten y protejan los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su derecho a la tierra, el consentimiento previo, libre e informado y el derecho a mantener y desarrollar sus culturas. Los gobiernos y las empresas deben comprometerse a realizar evaluaciones de impacto ambiental y social adecuadas antes de llevar a cabo cualquier desarrollo inmobiliario, y deben consultar de manera significativa a las comunidades indígenas afectadas, así como implementar medidas de mitigación y compensación

adecuadas para evitar o minimizar los impactos negativos en estas comunidades.

En última instancia, es esencial promover un enfoque de desarrollo sostenible que respete los derechos y las necesidades de los pueblos indígenas, reconociendo su papel como guardianes del medio ambiente y como custodios de valiosos conocimientos tradicionales que pueden contribuir a la conservación y el manejo sostenible de los recursos naturales.

#### 4. El Sistema de Protección de Derechos Humanos a los Pueblos Indígenas

El Sistema de Protección de Derechos Humanos para los Pueblos Indígenas es un conjunto de mecanismos legales, instrumentos internacionales y organismos encargados de garantizar y proteger los derechos fundamentales de las comunidades indígenas en todo el mundo. Este sistema reconoce las particularidades culturales, sociales, económicas y territoriales de los pueblos indígenas, y busca remediar las injusticias históricas y actuales a las que estas comunidades han sido sometidas.

La lucha histórica de los pueblos indígenas por la defensa y el reconocimiento de sus derechos ha sido constante a lo largo del tiempo. Este proceso de reclamación y reconocimiento ha evolucionado en las últimas décadas, destacando dos hitos significativos: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (Núm. 169) de la OIT, que marcó el reconocimiento inicial de sus derechos colectivos; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que reafirmó el derecho de estos pueblos a la libre determinación<sup>17</sup>.

17. CEPAL, “Los pueblos indígenas en América Latina”, p. 15. Disponible en <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b1b631f7-30df-4668-9047-6e2060cb30a6/content>

La declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a mantener y desarrollar sus propias instituciones y culturas, y a poseer, usar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado<sup>18</sup>.

El artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es una disposición que aborda, específicamente, el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad de las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado<sup>19</sup>.

Reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales, así como el uso sostenible de los recursos naturales asociados a esas tierras, aunado a que establece la obligación de los Estados de reconocer y proteger legalmente estos derechos, asegurando la integridad cultural de las comunidades indígenas, la preservación de sus recursos y prácticas tradicionales, promoviendo el uso sostenible de la tierra y los recursos.

Enfatiza la necesidad de adoptar medidas efectivas y, cuando sea necesario, medidas especiales para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas en caso de violaciones de sus derechos territoriales. Ello puede incluir la restitución de tierras, la compensación por daños sufridos y la implementación de medidas de protección para prevenir futuras violaciones.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de América Latina, son instrumentos que ofrecen

18. *Ibid.*, p. 64.

19. “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, p. 15. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/13-declaracion-pueblos-indigenas.pdf>

vías legales para que las comunidades indígenas denuncien violaciones de sus derechos y busquen justicia y reparación.

A nivel nacional, muchos países han adoptado legislaciones específicas para proteger los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo su derecho a la tierra, la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado en proyectos que afecten sus territorios, entre otros aspectos.

A pesar de todo ello, existen brechas entre los sistemas de protección de derechos los pueblos indígenas y la aplicabilidad de esos sistemas de protección. Es de reconocerse la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dotar de contenido proteccionista a los derechos de los pueblos indígenas; por ejemplo, ha señalado que:

Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado con el control de su hábitat, como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural<sup>20</sup>.

En el contexto de los pueblos indígenas, este artículo tiene una relevancia especial, ya que reconoce sus derechos culturales y su identidad. El Artículo 21 establece que: “Todas las personas tienen derecho a la conservación de sus tierras o territorios, los cuales no podrán ser objeto de medidas que afecten a su integridad en perjuicio de su desarrollo cultural. En caso de desplazamiento forzoso, las personas afectadas tienen derecho a regresar a sus tierras o territorios. Serán indemnizadas las

20. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, supra, párr. 145.

personas que, como consecuencia de las medidas mencionadas, sufran pérdidas de sus valores, usos y costumbres”<sup>21</sup>.

Tal artículo reconoce la importancia de la tierra y el territorio para los pueblos indígenas, no solo como un medio de subsistencia, sino también como un aspecto fundamental de su identidad cultural y su desarrollo, protege a estas comunidades contra desplazamientos forzosos y medidas que puedan afectar la integridad de sus territorios.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en el mencionado dispositivo se establece el principio de indemnización para aquellas personas que sufran pérdidas como resultado de medidas que afecten sus tierras, usos y costumbres. Esto garantiza una protección adicional para los derechos de los pueblos indígenas en caso de que se vean afectados por proyectos de desarrollo inmobiliario, políticas gubernamentales u otras acciones que puedan impactar sus formas de vida tradicionales.

Por lo anterior, bastaría que haya delimitación de los territorios de los pueblos indígenas para darles seguridad jurídica. Sin embargo, a pesar de ello, en la actualidad se han documentado diversos casos sobre el asedio y presiones que sufren los mencionados pueblos a fin de obligarlos a desplazarse y dejar la posesión de sus tierras para que sean ocupadas por grupos no indígenas.

En concordancia con lo anterior, es preciso tener en cuenta que cada pueblo indígena tiene necesidades diferentes, lo que acentúa la vulneración de sus derechos y dificulta el acceso al pleno ejercicio de estos.

21. “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, p. 15. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/13-declaracion-pueblos-indigenas.pdf>

## 5. Las políticas urbanas como medida de protección a los territorios de los pueblos indígenas

El presente artículo se ha enfocado en contextualizar los desafíos en la propiedad de los pueblos indígenas, así como los instrumentos normativos de protección. A pesar de ello y del contenido dotado en las diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>22</sup>, no se ha logrado garantizar la protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas.

Es por ello que se debe voltear la mirada no sólo al ámbito normativo, sino a las políticas públicas de los Estados en materia urbana. No sería posible colocar en situación de vulnerabilidad a los pueblos indígenas si no hay puertas de acceso para que los despojen de sus territorios, lo que implica que en materia de urbanidad no se deben de permitir los cambios de uso de suelo, las construcciones que devastan las tierras de los pueblos y los proyectos de explotación no sustentable. Se considera que el derecho de protección a la propiedad de los pueblos indígenas comienza con las políticas públicas restrictivas que no permitan la construcción en los territorios indígenas. Así, se disminuiría el asedio inmobiliario y la codicia de tales territorios.

El sistema de derechos humanos es basto en cuanto a que permite la convivencia e interseccionalidad con otras disciplinas en pro de su protección. En este caso, se propone como medida de protección a las tierras de los pueblos indígenas los planes de desarrollo urbano con perspectiva de derechos humanos, que

22. Dichas sentencias están resumidas en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, número once, titulado “Pueblos indígenas y tribales”, en el que se recopilan y resumen las decisiones más relevantes de la mencionada Corte, en casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Corte IDH, “Pueblos indígenas y tribales”. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>

sean esos instrumentos básicos los que restrinjan la alteración de las tierras que poseen los mencionados pueblos.

Las políticas urbanas pueden desempeñar un papel crucial como medida de protección para los territorios de los pueblos indígenas, especialmente en el contexto de la creciente presión sobre sus tierras ancestrales debido a la urbanización y el desarrollo urbano. Aunque tradicionalmente dichas políticas se han centrado en el desarrollo de áreas urbanas y periurbanas, también pueden ser diseñadas de manera inclusiva para considerar y proteger los intereses de las comunidades indígenas que viven en entornos urbanos o periurbanos.

Así, la protección de los pueblos indígenas debe de adoptar distintos matices, entre ellos la política especial en materia urbana, en la que se incorporen algunas de las siguientes medidas de forma efectiva:

- a) **Reconocimiento de territorios indígenas urbanos:** Las políticas urbanas pueden incluir disposiciones específicas para reconocer y proteger los territorios ocupados por comunidades indígenas en áreas urbanas o periurbanas. Esto implica el reconocimiento legal de la propiedad comunal o individual de la tierra por parte de las comunidades indígenas, así como la protección contra desalojos forzados y la seguridad jurídica de tenencia de la tierra.
- b) **Participación y consulta indígena:** Las políticas urbanas inclusivas deberían garantizar la participación significativa de las comunidades indígenas en la toma de decisiones sobre el desarrollo urbano que pueda afectar sus territorios y medios de vida. Esto implica el establecimiento de mecanismos de consulta y diálogo con las comunidades indígenas para garantizar que sus intereses y preocupaciones sean tenidos en cuenta en la

planificación y ejecución de proyectos, esto es el derecho de consulta.

- c) **Desarrollo sostenible y respeto cultural:** Las políticas urbanas pueden promover un enfoque de desarrollo sostenible que respete la cultura, las prácticas tradicionales y las necesidades específicas de las comunidades indígenas. Esto implica la integración de prácticas de construcción sostenible, gestión de recursos naturales y planificación del uso del suelo que respeten los conocimientos y valores indígenas, así como la preservación de lugares sagrados y sitios de importancia cultural.
- d) **Acceso a servicios básicos:** Las políticas urbanas deben garantizar el acceso equitativo de las comunidades indígenas a servicios básicos como agua potable, saneamiento, salud, educación y transporte en áreas urbanas o periurbanas. Esto puede implicar la inversión en infraestructuras sociales y la eliminación de barreras económicas, culturales y lingüísticas que puedan impedir el acceso de las comunidades indígenas a estos servicios.
- e) **Empoderamiento económico y social:** Las políticas urbanas pueden promover el empoderamiento económico y social de las comunidades indígenas a través de programas de desarrollo económico local, capacitación laboral, acceso a empleo digno y oportunidades de emprendimiento en áreas urbanas. Esto puede contribuir a mejorar el bienestar y la autonomía de las comunidades indígenas, así como a fortalecer su capacidad de resistencia frente a presiones externas sobre sus territorios.

Finalmente, las políticas urbanas pueden ser diseñadas y aplicadas de manera inclusiva para proteger los territorios de

los pueblos indígenas en contextos urbanos o periurbanos<sup>23</sup>. Esto implica el reconocimiento de los derechos territoriales de las comunidades indígenas, la participación y consulta indígena en la toma de decisiones urbanas, el desarrollo sostenible y respetuoso con la cultura, el acceso a servicios básicos y el empoderamiento económico y social de las comunidades indígenas en entornos urbanos.

### Reflexión final

La existencia de diversos desafíos en la protección de los pueblos indígenas, hacen necesario un enfoque integral que reconozca y garantice los derechos de los pueblos indígenas. Esto incluye la plena implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el fortalecimiento de la legislación nacional para proteger los derechos de propiedad de la tierra y garantizar la participación significativa de las comunidades indígenas en la toma de decisiones que afectan sus vidas y territorios.

También es fundamental abordar las causas subyacentes de la discriminación y la exclusión que enfrentan los pueblos indígenas, esto implica combatir el racismo y la estigmatización, promover la educación intercultural y asegurar el acceso equitativo a los servicios básicos, como la salud y la educación.

La protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras no solo es una cuestión de justicia, sino también de preservación ambiental y cultural. Al proteger y respetar los derechos de estas comunidades, no solo se promueve la justicia social, sino que también se contribuye a la conservación de la

23. El concepto periurbano se emplea para nombrar a los espacios que se sitúan en los alrededores de una ciudad y que, aunque no se emplean para el desarrollo urbano, tampoco se usan para actividades rurales.

biodiversidad y se fortalece la resiliencia de las comunidades frente a los desafíos del cambio climático. En un mundo cada vez más interconectado, el respeto por los derechos de los pueblos indígenas es esencial para construir un futuro más justo y sostenible para todos.

Para abordar la vulnerabilidad socioambiental de los pueblos indígenas, es fundamental adoptar una perspectiva integral que reconozca y respete sus derechos territoriales, culturales y humanos, lo que incluye la protección de los territorios indígenas frente a la explotación y degradación ambiental, la promoción de prácticas sostenibles de gestión de recursos naturales y la garantía de la participación significativa de las comunidades indígenas en la toma de decisiones que afectan sus vidas y territorios.

En última instancia, la protección de la propiedad de los pueblos indígenas se debe dar de forma preventiva y restrictiva, es decir, desde las políticas públicas de urbanidad, en las que se restrinja la construcción de desarrollos inmobiliarios, mega proyectos, explotación desmedida en tierras de los pueblos indígenas. Esto constituye una medida posible de protección más eficaz al derecho de propiedad de los mencionados pueblos, para no generar más condiciones de vulnerabilidad ante los desalojos forzados y el asedio de grandes grupos económicos.

## LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS LGBTIQ EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

*Agustín Pelayo\* y Bernarda Bertín\*\**

### Introducción

La especial vulnerabilidad que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero, intersexuales, queer y no binarias (en adelante, personas LGBTIQ), en razón de la histórica y estructural discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales<sup>1</sup>, no resulta ajena a la realidad social de ninguno de los países del continente americano, independientemente de las notorias diferencias normativas que existen en los diversos Estados.

Remarca Roberto Saba que, más allá de la igualdad ante la ley, para los grupos históricamente discriminados los derechos humanos resultan ser “solo palabras”, “no como consecuencia de la ‘desigualdad de hecho’, sino como resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de estos grupos por

\* Abogado y Maestrando en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata. Integra el Instituto de Derechos Humanos de dicha Universidad, en la que también se desempeña como docente de Derecho Internacional Público.

\*\* Abogada por la Universidad Nacional de La Plata. Becaria de Investigación del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata.

1. Todas estas nociones, de muy dificultosa definición por estar bajo debate en ámbitos académicos y resultar delicadas y sensibles al referirse a la sexualidad y el género de las personas, son igualmente conceptos que podemos asumir provisionalmente del modo en que lo hace la misma Corte Interamericana. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 32.

otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, [los desplazan] de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan”<sup>2</sup>.

La constatación de esa vulnerabilidad, que amenaza la existencia misma de las personas sexo-genéricamente disidentes y, consecuentemente, la diversidad que es inherente a toda sociedad pluralista y democrática, justifica la necesidad de establecer sistemas internacionales de protección específica de sus derechos humanos, mediante instrumentos, órganos y procedimientos internacionales que sean capaces de hacerlos efectivos.

No obstante, como se abordará en el próximo apartado del presente trabajo, el marco jurídico tuitivo de los derechos humanos de las disidencias sexo-genéricas se caracteriza, tanto en el sistema interamericano como en los demás sistemas internacionales de promoción y protección de derechos, por ser sumamente endeble e incipiente.

El propósito de este artículo es efectuar un análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “la Corte”) que aborda la problemática de los derechos humanos de las personas LGBTIQ, a fin de identificar estándares de aplicación en la materia. En particular, procuramos identificar la existencia de progresiones o regresiones en el desarrollo jurisprudencial del tribunal.

Asimismo, son objetivos secundarios de este trabajo detectar en la labor de la Corte muestras de diálogo de fuentes con otros sistemas internacionales que permitan identificar procesos de “fertilización cruzada”. Finalmente, con fines exploratorios,

2. Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. *Revista Derecho y Humanidades*. No. 11, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005. P. 125-126.

se procurará dilucidar líneas argumentales que permitan reconstruir las nociones sobre igualdad en juego a lo largo de la jurisprudencia.

## 1. El panorama normativo

Al analizar el panorama normativo en torno a esta protección específica advertimos un incipiente desarrollo, que no ha logrado culminar aún en instrumentos vinculantes específicos. Sin perjuicio de ello, contamos con algunas herramientas en ambas esferas que permiten darle encuadre y contenido a la tutela específica de personas integrantes del colectivo LGBTIQ.

### 1.1 Sistema Universal de Derechos Humanos

En el ámbito de Naciones Unidas, la Asamblea General aprobó en diciembre de 2008 una resolución denominada “Declaración sobre orientación sexual e identidad de género”, donde los Estados reafirman la vigencia del principio de igualdad y no discriminación, especialmente en vinculación a la orientación sexual e identidad de género, y expresan su preocupación por la violencia, acoso, discriminación, estigmatización y prejuicio que sufren las personas en función de ello. Asimismo, urgen a los Estados a respetar y garantizar los derechos de este grupo poblacional tomando las medidas adecuadas e investigando las violaciones de derechos humanos que se produzcan.

En marzo de 2007, la Comisión Internacional de Juristas presenta un instrumento internacional que vendría a dar un gran desarrollo cualitativo al contenido de los estándares básicos en materia de derechos de las personas integrantes del colectivo LGBTIQ, los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, también conocidos como Principios de Yogyakarta. Como su denominación lo

indica, se trata de un instrumento no vinculante, del género del *soft law* o derecho blando, que fue planteado y elaborado por expertas y expertos del ámbito. En el año 2017 los mismos fueron revisados, agregándose diez nuevas reglas mínimas a las 29 ya existentes, a las que se conoce como los “Principios de Yogyakarta +10”.

Los Principios recogen derechos receptados en distintos instrumentos de derechos humanos, los reformulan teniendo en cuenta la tutela específica contra la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género y proveen un listado de conductas y abstenciones mínimas que los Estados deben atender para respetar estos estándares. Aun habiendo sido criticados por varios sectores<sup>3</sup>, entendemos que el valor que este instrumento aporta al marco jurídico viene dado por la especificidad con la cual los preceptos se encuentran redactados, así como por la construcción de instrucciones concretas e inequívocas que los Estados deben seguir para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Con posterioridad, en el año 2016, el Consejo de Derechos Humanos creó, a través de la Resolución 32/2, el mandato del “Experto Independiente sobre la orientación sexual y la identidad de género”, el cual se encuadra dentro de los procedimientos especiales de dicho órgano. Es en el marco de este mecanismo que la persona titular del mandato elabora informes temáticos e informes de visitas a países, que proveen un panorama más nítido de la situación y brindan instrucciones

3. Tal como señala Jiménez, no han contado con el beneplácito de todos los Estados, así como tampoco de algunos movimientos internacionales conservadores. Cfr. Jiménez, Cristhian Manuel. “Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género” 3, *Revista IIDH*. No. 66, julio-diciembre de 2017, pág. 104.

claras sobre los pasos a seguir necesarios para mejorar la protección de derechos de las personas LGBTIQ<sup>4</sup>.

## 1.2 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el contexto de las Américas encontramos una situación similar a la descrita anteriormente: una ausencia de instrumentos internacionales vinculantes que protejan específicamente a las personas LGBTIQ.

Igualmente, resulta oportuno señalar que si bien no contamos con tratados específicos que protejan a las disidencias sexo-genéricas, recientemente se ha procurado una recepción convencional de la protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en algunos tratados del sistema interamericano: son los casos del artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y del artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (en vigor desde 2020, sólo ratificada por México y Uruguay).

Debe destacarse que la aprobación de este último tratado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el año 2013, responde a un derrotero de pronunciamientos efectuados por ella a partir del 3 de junio de 2008, con la Resolución No. 2435, titulada “Derechos Humanos, Orientación

4. Cabe mencionar que hemos enumerado aquellos elementos que consideramos resultan de mayor relevancia, no obstante, podemos agregar que existen también otros documentos en el sistema universal que abordan esta temática específicamente, tales como las Resoluciones 17/19, 27/32 y 32/2 del Consejo de Derechos Humanos.

Sexual e Identidad de Género”, evidenciando el ingreso de la problemática a la agenda del órgano político de la entidad<sup>5</sup>.

En la esfera de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) existe, desde el año 2011, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI, la cual cumple la relevante función de monitoreo de las violaciones a los derechos de este colectivo y la elaboración de informes con recomendaciones específicas dirigidas a los Estados, entre otras. Asimismo, en el marco de otras relatorías temáticas de la CIDH encontramos que se han tratado diversas materias en vinculación con la situación de las personas LGBTI, tal como ha sucedido con el informe temático sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la REDESCA<sup>6</sup>.

En cuanto al otro órgano central del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cabe señalar que la Corte IDH ha desarrollado –a través del ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa– los alcances de la protección de este colectivo. Este notable y progresivo desarrollo pretoriano abordaremos a continuación, procurando seguir la evolución de la línea argumental que el tribunal ha construido con su jurisprudencia y relevando los estándares que ha creado, recalando el rol central que como órgano tiene en el desarrollo progresivo de los derechos humanos.

5. Para profundizar sobre las resoluciones aprobadas durante ese periodo, ver Zaffaroni, Eugenio Raúl y Raznovich, Leonardo. *El derecho humano al respeto a la orientación sexual y la identidad de género en el Caribe y en América Latina: situación actual y perspectivas*. IIDH, San José, C.R., 2021. Pp. 32-33.

6. CIDH. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH*. OEA/Ser.L/V/II, 2020.

## 2. La producción jurisprudencial en su etapa germinal

### 2.1 Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012)

El caso de Karen Atala Riffo culminó con una sentencia del tribunal interamericano en el año 2012, luego de un recorrido judicial repleto de concepciones discriminatorias y estereotipadas.

Luego de la separación de su marido, Karen Atala había recibido la tenencia de sus hijas con un régimen de visita semanal a favor del padre. La problemática judicial comenzó cuando el padre de las niñas interpuso una demanda de tuición al conocer que la madre se encontraba conviviendo con su pareja –una mujer– en la misma casa en la que vivían las niñas. El padre fundamentó el requerimiento judicial en el entendimiento de que la “nueva opción de vida sexual”, en conjunto con la mencionada convivencia, constituían un peligro para el desarrollo de las niñas, señalando que la situación demostraba asimismo una falta de interés de Atala en proteger el desarrollo integral de sus hijas<sup>7</sup>.

Como resultado de este proceso, se otorgó la tutela provisional al padre, regulando un régimen de visitas a favor de la madre. Para justificar la medida, el Juzgado de Menores señaló que Karen, en razón de su convivencia con otra mujer, había alterado la “normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”. También se señaló que había incumplido su rol materno, y que los argumentos esgrimidos por el padre resultaban más favorables

7. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 39.

al interés superior de las niñas. Luego de la interposición de algunos artilugios legales y recursos, la cuestión llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, donde se resuelve otorgar la tuición definitiva al padre de las niñas<sup>8</sup>.

A la hora de fundamentar dicha sentencia definitiva, el supremo tribunal hizo uso de una serie de argumentos discriminatorios y estereotipantes, repitiendo que la madre había antepuesto sus intereses por encima de los de las niñas al iniciar una convivencia homosexual en el hogar en el cual ellas vivían. Asimismo, la Corte chilena indicó que ese tipo de convivencia puede causar efectos negativos en el desarrollo psíquico y emocional de las niñas, dando espacio a la generación de una confusión de roles sexuales, derivada de la carencia de una figura paterna de sexo masculino y su reemplazo por una de género femenino.

A su vez, y sobre la inserción de las niñas en el contexto social, el órgano jurisdiccional se permitió señalar que ese “entorno familiar excepcional” las exponía al aislamiento y discriminación, entre otras pretendidas situaciones que vulnerarían el derecho al desarrollo integral de las niñas, alegando en repetidas ocasiones que las decisiones adoptadas se fundamentaban en la implementación del principio de interés superior del niño y de la niña.

Al expedirse al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación, señalando que la orientación sexual es una categoría especialmente protegida (así se la entiende comprendida en la cláusula abierta de no discriminación del artículo 1.1), y que su ponderación como criterio para decidir una cuestión como aquella del caso resulta una categoría sospechosa.

8. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 41.

En el afán de no detenernos mayormente sobre una cuestión que resulta pacíficamente aceptada en la doctrina, tal como es la inclusión de la categoría de la orientación sexual dentro de la cláusula “cualquier otra condición social” que plantea el artículo 1 de la CADH, resulta pertinente apuntar que en este antecedente jurisprudencial –por ser tan incipiente– la Corte realizó un desarrollo y fundamentación mayor sobre esta interpretación. En este sentido, indicó que “al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención [Americana de Derechos Humanos], debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. Asimismo, la Corte señaló –en concordancia con lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” planteando la necesidad de efectuar una interpretación evolutiva de aquella cláusula abierta<sup>9</sup>.

Finalmente, de los asuntos tratados en el caso que resultan pertinentes a la temática de este trabajo, resaltamos que la Corte recalcó que, “a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala [...], se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad”<sup>10</sup>. Es por ello que consideró violado el artículo 11.2, además de los artículos 17 y 24, en relación al artículo 1.1 en perjuicio de Karen Atala.

9. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 83-84.

10. Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 167.

## 2.2 Duque vs. Colombia (2016)

En esta sentencia del año 2016, el Tribunal condenó al Estado de Colombia por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley de Ángel Alberto Duque en materia de acceso a la seguridad social. Los hechos comienzan con el reclamo realizado por el peticionante al haberse visto imposibilitado de acceder a la prestación de una “pensión por sobrevivencia”, en razón de haber conformado una pareja homosexual cuando la ley colombiana contemplaba la Unión Marital de Hecho únicamente para parejas heterosexuales<sup>11</sup>. Asimismo, la víctima estaba en una situación de especial vulnerabilidad, ya que no tenía ingresos propios y se encontraba bajo tratamiento antirretroviral por ser una persona que vivía con VIH, cuyo acceso se vería interrumpido al morir su pareja, situación que podría evitarse al tener acceso a la referida pensión.

Sobre los derechos vulnerados y su alcance, la Corte reiteró sus estándares en torno al derecho a la igualdad y no discriminación, agregando algunos matices propios del análisis de este caso. Al respecto, el tribunal sostuvo que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”, agregando que este principio se encontraba dentro del dominio del *ius cogens*, y que “sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”<sup>12</sup>.

11. Cabe señalar que, con posterioridad a este caso, la Corte Constitucional colombiana extendió jurisprudencialmente este derecho a las parejas del mismo sexo, quienes pueden establecer una unión de hecho y gozar del régimen de protección que de ella deriva, en condición de igualdad con las parejas heterosexuales. Cfr. Corte IDH. *Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310. Párr. 81-82.

12. Corte IDH. *Duque vs. Colombia*. Párr. 91

El Tribunal entendió que la cuestión debía ser analizada bajo la óptica del artículo 24 de la Convención Americana, adicionalmente a su abordaje desde y en relación con el artículo 1.1, por tratarse de una discriminación de derecho, en función del trato desigual que la ley que regulaba la unión de hecho establecía respecto a las parejas homosexuales y su impacto en la normativa vinculada al acceso a la “pensión de sobrevivientes”.

Una cuestión que resulta interesante de la fundamentación brindada por el órgano jurisdiccional es la fertilización cruzada que se evidencia en la cita al Principio No. 13 de los Principios de Yogyakarta, en el cual se recepta el derecho a la seguridad social y otras medidas de protección social, y a su acceso libre de discriminación por orientación sexual o identidad de género. En consonancia, se recoge también lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 20 cuando señala que “los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad”<sup>13</sup>.

Al tratarse de un caso en el cual la discriminación viene dada por una regulación legal interna, teniendo en común con “Atala Riffo” el hecho de que en ambos se vulneran derechos desde el poder público (ya sea el órgano legislativo o el judicial) en función de concepciones estereotipadas y discriminatorias motivadas en la orientación sexual, la Corte reitera que “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir

13. Corte IDH. *Duque vs. Colombia*. Párr. 109-110.

la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido<sup>14</sup>. Esto resulta particularmente relevante al analizar la diferencia marcada por la legislación colombiana entre los derechos consagrados a parejas heterosexuales y homosexuales, la cual indudablemente carece de una justificación objetiva y razonable que la avale.

### 2.3 Flor Freire vs. Ecuador (2016)

El tercer caso traído a análisis es el pronunciamiento del 31 de agosto de 2016, contra el Estado de Ecuador, por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la honra de Homero Flor Freire.

La víctima integraba la fuerza terrestre ecuatoriana cuando, en función de una alegada conducta homosexual, fue objeto de un proceso de sumario, ello conforme a lo previsto en el Reglamento de Disciplina Militar vigente<sup>15</sup>. El resultado del proceso fue la atribución de responsabilidad disciplinaria a Homero Flor Freire y su puesta a disponibilidad.

Uno de los puntos que se discutieron en las instancias recursivas internas fue la constitucionalidad de este precepto normativo

14. Corte IDH. *Duque vs. Colombia*. Párr. 123; y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Párr. 92.

15. Al respecto, el artículo 117 reglamentaba que: “Los miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendidos en actos de homosexualidad o en hechos relacionados con tenencia, uso indebido, tráfico y comercialización de drogas o estupefacientes dentro o fuera del servicio, se sujetarán a lo previsto en artículo 87, Lit. (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que sean puestos a órdenes de los Jueces comunes para su Juzgamiento conforme a la Ley de la materia. [...] De no estar plenamente comprobado el grado de participación del miembro de las Fuerzas Armadas, en los referidos hechos, las autoridades competentes ordenarán el trámite de una Información Sumaria Investigativa”. Cfr. Corte IDH. *Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia del 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. Párr. 61.

que consideraba los actos homosexuales como faltas punibles por la Justicia Militar. Al respecto, el Juzgado de Derecho (institución militar) señaló que aquel precepto se fundaba en el carácter especial de la legislación militar y su misión de cultivar y mantener valores tales como el honor, la dignidad, la disciplina, la lealtad y el culto al civismo, indicando que la conducta atribuida a Flor Freire contrariaba estos pilares morales. Ante el derrotero del proceso disciplinario, la víctima interpuso sendos recursos de amparo, los cuales fueron denegados por los órganos judiciales competentes.

La Corte Interamericana realizó un abordaje en términos similares al caso “Duque”, ponderando la vulneración del artículo 24 de la Convención por tratarse de una desigualdad ante la ley, agregando una cuestión que resulta a todas luces pertinente: aquella vinculada a la discriminación por la orientación sexual ya sea esta real o percibida<sup>16</sup>. Esto resulta relevante toda vez que la percepción externa que conduce a la discriminación puede corresponderse o no con la autopercepción de la víctima, no generando esto una diferencia en el resultado dañino que aquella conducta produce en los derechos de la víctima.

### 2.4 Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018)

La alusión a este caso en el marco del presente trabajo no sigue el criterio de selección de los demás precedentes, en los que la víctima es quien sufre directamente la discriminación en

16. La Corte cita la doctrina sentada previamente (aunque en casos no vinculados a discriminación por orientación sexual, tal como el *Caso Perozo y otro vs. Venezuela*) en cuanto “es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima”. Cfr. Corte IDH. *Flor Freire vs. Ecuador*. Párr. 120.

función de su orientación sexual; no obstante, resulta pertinente analizarlo. En la sentencia “Ramírez Escobar y otros” se aborda la situación de dos niños de Guatemala que fueron separados de su familia y trasladados a una “casa hogar”, luego de haber sido denunciada su madre por su presunto abandono.

En el marco de una situación irregular que se presentaba en el país en torno a la adopción de niños y niñas, se declara judicialmente la situación de abandono y los niños son adoptados por dos familias estadounidenses distintas. Lo relevante del análisis de este caso –bajo la óptica de la protección específica de las personas LGBTIQ– es que los niños contaban con una abuela que podría haber asumido su cuidado, evitándose así la declaración de abandono y su posterior separación; pero esa opción fue descartada por las autoridades judiciales arguyendo que la mujer tenía “preferencias homosexuales” y podría transmitir “esta serie de valores” a los niños que tuviera a cargo. En este sentido, la Corte se remonta a lo dicho en el caso “Atala Riffo” y reitera que “la orientación sexual no puede ser utilizada como un elemento decisorio en asuntos de custodia o guarda de niñas y niños”<sup>17</sup>.

### 2.5 Algunas notas sobre las características de la etapa

En primer lugar, vale advertir –frente al vacío normativo señalado *supra*– la relevancia que adquiere el desarrollo realizado en los precedentes judiciales analizados. Siguiendo a Salvioli, “cuando dentro de una sentencia contenciosa un tribunal internacional de derechos humanos *describe el alcance de un derecho establecido en una norma internacional, o detalla una o más obligaciones que derivan de dicha disposición o instrumento jurídico*, entonces todos los Estados

17. Corte IDH. *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 301.

parte [en el instrumento] se verán lógicamente *vinculados al contenido vertido en ese análisis*”, por aplicación del principio de “cosa interpretada”, en cuanto deben guiar la forma en que se cumplirá la obligación de garantía de los derechos humanos, impactando en toda la política pública de todas las esferas y órganos del Estado, así como en el control de convencionalidad que realicen<sup>18</sup>.

En esta etapa germinal, en suma, la Corte Interamericana avanzó considerablemente en la protección específica de las disidencias sexo-genéricas al otorgar reconocimiento de “categoría sospechosa” a la orientación sexual para el análisis de casos reñidos con los derechos a la no discriminación y a la igualdad ante la ley. Las categorías sospechosas serán consideradas *a priori* criterios irrelevantes para legitimar las desigualdades de trato<sup>19</sup>.

No obstante, en nuestra opinión, las decisiones del Tribunal aún no logran visibilizar adecuadamente las condiciones estructurales de segregación y exclusión que padecen las personas LGBTIQ. Podríamos asumir que –tal vez– no se trataba de los casos más apropiados para pronunciarse en otro sentido; sin embargo, resulta indudable que el Tribunal abordó las violaciones a los derechos humanos acreditadas en ellos como hechos de discriminación por *mera arbitrariedad*, sin hacer foco en el “dato sociológico” de las condiciones generales de exclusión de las que aquellas situaciones concretas eran apenas una muestra.

18. Salvioli, Fabián Omar. *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*. IJSA, San José, C.R., 2022. Pp. 231. El resaltado es del autor.

19. En esa línea, ver González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”. *Revista IIDH*. No. 47 enero-junio de 2008 Pp. 132.

Se trata de una concepción clásica de no discriminación, basada en dos estándares: la igualdad de trato en igualdad de circunstancias, y la razonabilidad funcional o instrumental de la distinción efectuada, atendiendo a la relación entre el criterio o categoría diferencial elegida (orientación sexual, en estos casos) y el fin buscado con la restricción de derechos. Ese concepto de igualdad como no-arbitrariedad, que Saba caracteriza como “individualista” y “descontextualizado”, va a ser complejizado en el desarrollo posterior de la jurisprudencia interamericana<sup>20</sup>.

### 3. La Opinión Consultiva No. 24/17

El 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana emitió su opinión consultiva No. 24/17, titulada *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, en virtud de una solicitud efectuada por Costa Rica en los términos del art. 64 de la Convención Americana. De acuerdo a Evorah Costa Cardoso, se trataría de un caso de “consulta estratégica”: la judicialización en forma extraordinaria o excepcional de discusiones complejas en el ámbito interno; el equivalente al “litigio estratégico” encarado por las organizaciones no gubernamentales, pero con las limitaciones de legitimación y de objeto procesal que impone el mecanismo consultivo ante la Corte<sup>21</sup>.

20. Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural... Pp. 138.

21. Costa Cardoso, Evorah Lucía, como se cita en Vega-Murillo, William y Vargas-Mazas, Esteban. “La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: el resultado de una consulta estratégica”, *Revista IIDH*. No. 66, julio-diciembre de 2017. Estos dos últimos autores demuestran cómo la judicialización del debate sobre derechos sexuales y reproductivos fue una estrategia adoptada por el gobierno costarricense para hacer frente a posturas reticentes de sectores conservadores con peso en los Poderes Legislativo y Judicial, como sucedió con el asunto de la fertilización in vitro, que motivó la intervención de la Corte Interamericana en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

En este pronunciamiento, la Corte comenzó elaborando un glosario de conceptos que resultan necesarios para abordar la problemática: sexo, sexo asignado al nacer, sistema binario del género/sexo, intersexualidad, género, identidad de género, expresión de género, transgénero o persona trans, persona transexual, persona travesti, persona cisgénero, orientación sexual, homosexualidad, persona heterosexual, lesbiana, gay, homofobia y transfobia, lesbofobia, bisexual, cisonormatividad, heteronormatividad, y LGBTI. Aún cuando son nociones provenientes de la filosofía y las ciencias humanas que se encuentran en permanente discusión, y más allá del carácter “ilustrativo” y “provisional” que les otorga la Corte, consideramos que estos se han vuelto conceptos jurídicos determinados en la medida en que resulten útiles para garantizar la efectividad de los derechos humanos sin discriminación<sup>22</sup>.

Como último intérprete del Pacto de San José de Costa Rica, el Tribunal analizó contextualmente que las personas LGBTI “han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales”<sup>23</sup>. Luego, señalando como criterios de interpretación el principio pro persona y la lectura evolutiva de los instrumentos internacionales, la Corte Interamericana recordó que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *ius cogens* y extendió las “categorías sospechosas”

22. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 32.

23. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 33. En línea con la crítica formulada por Camacho Gutiérrez, vale señalar que, pese a la inclusión de las personas intersex en el glosario y en la sigla LGBTI, y a considerar extensibles a ellas varias de las líneas argumentales sostenidas por la Corte, la Opinión “excluye en un primer plano a las corporeidades diversas” y no considera las características sexuales como una “categoría sospechosa” protegida por el art. 1.1 de la Convención. Cfr. Camacho Gutiérrez, Olga Lucía. “Intersexualidad y la Opinión Consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*. No. 66, julio-diciembre de 2017. Pp. 25-26.

protegidas por el art. 1.1 de la Convención a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

Al resolver la consulta efectuada por el Estado, la Corte reconoce como un derecho humano autónomo al derecho a la identidad de género, entendiendo por esta “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al nacer”<sup>24</sup>.

Afirmó que el Estado tiene el deber de “garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales”, y que la falta de reconocimiento de la identidad sexo-genérica “podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado” de que esas personas no contarán con protección legal. Recalca así que quienes deciden asumir su identidad de género auto-percibida con independencia de su genitalidad o del sexo asignado al momento del nacimiento, como resultado de una decisión libre y autónoma, “bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables”<sup>25</sup>.

Ese derecho se traducirá en el deber estatal de garantizar que la definición identitaria concuerde con los atributos de la personalidad en los registros y en los documentos de identidad, lo que incluye el derecho al cambio de nombre, a la adecuación de la imagen y a la rectificación de datos con marcas de sexo o género, como surge de los artículos 3, 18, 7.1, 11.2, (derechos

24. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 94.

25. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 95, 97 y 100.

al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, a la libertad personal y a la vida privada), en relación con los arts. 1.1, 2 y 24 de la Convención Americana. Extensamente, la Corte dispone que deberá establecerse un procedimiento en la normativa interna para hacer efectivo ese derecho, que deberá ser expedito y preferentemente gratuito, confidencial (no dejando registro de los cambios operados) y exclusivamente basado en el consentimiento libre e informado de la persona solicitante. En consecuencia, proscribe el requerimiento de certificaciones médicas o psicológicas (a los que considera irrazonables por su carácter invasivo o, incluso, patologizante), así como la exigencia de acreditación de tratamientos hormonales, intervenciones quirúrgicas o esterilizaciones. Ese tipo de requisitos, además de reforzar los estereotipos derivados del sistema binario de sexo/género, constituirían *per se* violaciones a los derechos a la integridad y libertad personal y a la vida privada.

Concluye la OC-24/17, dictaminando respecto a las parejas del mismo sexo, que los arts. 11.2 y 17 de la Convención otorgan protección al vínculo familiar que se deriva de dichas parejas, en igualdad con las parejas heterosexuales. Por tanto, los Estados se encuentran obligados a proteger todos los derechos humanos, y los derechos y obligaciones patrimoniales y no patrimoniales, que se derivan del vínculo familiar, sin discriminación alguna con respecto a las parejas heterosexuales. Consecuentemente, deberán garantizar el acceso igualitario a todas las figuras jurídicas reconocidas en la normatividad interna, incluyendo el derecho a contraer matrimonio.

Respecto a este punto, recalca Fabián Salvioli que –por su lenguaje imperativo– la Corte ha querido plasmar además el efecto vinculante que su interpretación tiene para *todos los Estados* parte en la Convención Americana. Ese carácter, que queda en evidencia por el voto parcialmente disidente que sobre

la cuestión emitió el magistrado Vío Grossi (diferenciándose del acuerdo alcanzado por los otros seis jueces y juezas), da cuenta de la vigencia del principio de “cosa interpretada” también para los pronunciamientos dictados en el marco de la competencia consultiva del órgano jurisdiccional<sup>26</sup>.

En síntesis, la OC-24/17 permitió a la Corte efectuar un abordaje genérico de la protección específica de los derechos humanos de las personas LGBTIQ, sin atribución de responsabilidad estatal ni limitaciones casuísticas, logrando el desarrollo progresivo de los estándares aplicables.

#### 4. Expansión posterior de la jurisprudencia interamericana

La consecuencia de la emisión de la Opinión Consultiva 24/17 fue, en definitiva, la expansión de la jurisprudencia del tribunal hacia líneas de interpretación hasta ese momento no aplicadas a la problemática de los derechos humanos de las disidencias sexo-genéricas. Si bien se trata apenas de cuatro sentencias (sumado a dos opiniones consultivas), consideramos que la complejidad de los casos *sub examine* y el breve lapso de tiempo –en términos relativos– en que fueron pronunciadas, da cuenta de la emergencia de un nuevo ciclo de abordajes casuísticos con atribución de responsabilidad estatal.

En relación a la mencionada complejidad de los hechos traídos a conocimiento del Tribunal, debe tenerse presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el órgano competente para remitir casos a la instancia jurisdiccional<sup>27</sup>. Ahora bien, la selección de casos efectuada por la Comisión es producto de la actividad de las víctimas, sus representantes

26. Salvioli, Fabián Omar. *La edad de la razón...* p. 252-255.

27. Cfr. Arts. 51 y 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

jurídicos y las organizaciones de la sociedad civil que, cuando actúan en defensa de la legalidad interamericana, introducen las peticiones individuales, impulsan los procedimientos y postulan la voluntad de que la Corte llegue a pronunciarse respecto a los casos, una vez concluida la instancia cuasi-jurisdiccional.

En ese sentido, la Comisión resulta ser una suerte de “caja de resonancia” de la búsqueda de justicia que encara la sociedad civil, mediante el “litigio estratégico” que ejercita ante el sistema. Pero, en nuestra opinión, las condiciones de posibilidad para plantear esta serie de casos, novedosos por las temáticas que involucran y, por ende, de más compleja resolución, está dada en gran medida por la amplitud de miras que la Corte demostró al emitir la citada OC-24/17.

La jurisprudencia contenciosa, entonces, discurrió sobre dos vertientes que amplían el campo interpretativo de los derechos humanos de las personas LGBTIQ en el continente. Una primera, referida a casos de crímenes violentos con matriz discriminatoria, configurando graves violaciones a los derechos humanos en el marco contextual de ataques generalizados contra integrantes del colectivo. Por otra parte, una segunda vertiente en la que se abordan casos de discriminación acaecidos en la esfera de las relaciones entre particulares, que generan responsabilidad internacional por violación del deber de proteger<sup>28</sup>, en virtud de lo que Gialdino denomina “efecto horizontal indirecto” de las normas iusinternacionales<sup>29</sup>.

28. Si bien la Corte ya había referido *obiter dictum* a la aplicabilidad del deber especial de protección frente a casos de violencia y discriminación contra personas LGBTIQ (v.gr., *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 80; *Duque vs. Colombia*, párr. 92; y *Flor Freire vs. Ecuador*, párr. 110), será la primera vez que utilice el argumento en forma directa para la resolución de un caso contencioso con atribución de responsabilidad relativo a la materia.

29. Gialdino, Rolando. *Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014. Pp. 520.

Por otro lado, señalamos el breve lapso de tiempo en que la Corte dictó las cuatro sentencias a analizar. En efecto, resueltos los casos contenciosos en cuatro años, parecieran poner de manifiesto una nueva tendencia: a ritmo de un pronunciamiento por año sobre derechos humanos de personas LGBTIQ, la temática habría adquirido un espacio propio en la agenda del Tribunal, que permite pensar en la posibilidad de que el ciclo expansivo se profundice en años venideros.

#### 4.1 Rojas Marín vs. Perú (2020)

El fallo inaugural de lo que nos permitimos entender como un nuevo período en la jurisprudencia interamericana fue dictado el 12 de marzo de 2020 en el *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*.

La Comisión sometió a la jurisdicción del Tribunal el caso el 22 de agosto de 2018, cuando ya se encontraba publicada la OC-24/17. En él se denunciaba la privación ilegal y arbitraria de la libertad, con presuntos fines de identificación, sufrida por la víctima el 25 de febrero de 2008, la que se vio agravada por actos de violencia física y psicológica que incluyeron violencia sexual y se caracterizaron por “un especial ensañamiento con la identificación o percepción [de la víctima], para ese momento, como un hombre gay”. Se adicionó a ello el incumplimiento del deber de investigar, “con el factor agravado del prejuicio existente respecto a las personas LGBTIQ”, lo que derivó en que los hechos se encuentren impunes<sup>30</sup>.

Al exponer los hechos que se tuvieron por acreditados, la Corte innova incorporando un acápite titulado “Situación

30. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 1.

de la población LGBTIQ en el Perú<sup>31</sup>. Allí, se señala que la violencia contra el colectivo es un fenómeno de características estructurales y continuas, consecuencia de la existencia de fuertes prejuicios sociales, que se ha visto invisibilizado hasta el 2017 por la inexistencia de estadísticas. La referencia a encuestas que evidenciaban una alta incidencia de hechos de violencia y discriminación y bajos índices de denuncias de los mismos ante las autoridades, se complementó con otras que expresaban la persistencia de temores a develar la propia orientación sexual o identidad de género.

A su vez, la Corte echó mano a las observaciones finales aprobadas por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en el año 2013, que incluyen el reporte del 2008, en cuanto manifiestan su preocupación por:

las informaciones sobre hostigamiento y agresiones violentas, algunas de las cuales han causado muertes, cometidos contra la comunidad de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales por miembros de la policía nacional, de las fuerzas armadas o de las patrullas municipales de seguridad (‘serenos’) o por funcionarios penitenciarios, así como los casos en que miembros de esa comunidad han sido objeto de detención arbitraria, maltrato físico o denegación de salvaguardias legales fundamentales en comisarías<sup>32</sup>.

Se explicita así un contexto general que posibilitará interpretar sistémicamente los hechos constitutivos del objeto de la petición individual. Después de señalar a la violencia como la forma más extrema en que se materializa la discriminación, el tribunal recogió la mirada del Experto Independiente de Naciones Unidas en la materia, Víctor Madrigal-Borloz, en cuanto a que esos actos violentos suelen motivarse en la intención de castigar a quienes desafían las normas sexo-genéricas, es decir,

31. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*, párr. 46 a 51.

32. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*, párr. 51.

“sobre la base de nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, partiendo de un planteamiento binario de lo que constituye un hombre y una mujer o lo masculino y lo femenino, o de estereotipos de la sexualidad de género”<sup>33</sup>.

Así, la Corte concluye que “la violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación” y que esa violencia “alimentada por discursos de odio pueden dar lugar a crímenes de odio”<sup>34</sup>.

Pasando al abordaje de los hechos, la Corte tuvo por acreditado que la víctima fue detenida por agentes policiales mientras transitaba por la vía pública, sin serle comunicados los motivos de su detención, y trasladada a una comisaría, lo que configuró una privación ilegal de la libertad. Ponderó también la ausencia de motivos de la detención, en juego con una serie de insultos y palabras despectivas proferidas en relación a la orientación sexual y expresión de género de la víctima, para considerar que la detención resultó, por la irrazonabilidad derivada de la motivación evidentemente discriminatoria, un caso de privación arbitraria de la libertad. En consecuencia, el accionar policial redundó en la violación estatal de los arts. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 de la Convención.

En cuanto a los maltratos infringidos durante su cautiverio en la comisaría, consistentes en golpes, desnudez forzada, comentarios despectivos sobre su orientación sexual y violencia sexual, el Tribunal los consideró violaciones a los derechos a la integridad personal, a la vida privada y a no ser sometida a torturas,

33. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 91 y 92, y el informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como allí se cita.

34. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 93.

decretando la responsabilidad del Perú por incumplir los arts. 5 y 11 de la Convención Americana, así como los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En particular, califica como tortura a la violación sexual sufrida, consistente en la introducción en dos oportunidades de la vara policial por vía anal. Para ello, tiene en cuenta la intencionalidad, la severidad del maltrato y el propósito punitivo de los perpetradores. En este último aspecto, recoge el dictamen pericial que sostiene que la violación mediante la utilización de “un elemento que simbólicamente representa la autoridad” expresa un mensaje simbólico que procura “reinstaurar una masculinidad que se ve amenazada por la percepción de la víctima como no cumpliendo los órdenes establecidos de la masculinidad”. Encuadra así la agresión como crimen de odio, que excede la afectación de los bienes jurídicos de la víctima para constituirse en un mensaje de “amenaza a la libertad y dignidad de todo este grupo social”<sup>35</sup>.

En cuanto a los trámites judiciales internos, la Corte consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial<sup>36</sup> por incumplimiento del deber de investigar, que llevó al sobreseimiento de todos los imputados. En particular, concluyó que no hubo debida diligencia ya que se omitió investigar los posibles móviles discriminatorios, al tiempo que se utilizaron estereotipos discriminatorios en el curso de la investigación. En particular, tanto la fiscal como los peritos que efectuaron el examen médico legal restaron credibilidad y verosimilitud a la palabra de la víctima en razón de su orientación sexual y efectuaron comentarios respecto a su vida y comportamiento sexual previo.

35. Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 163 y 165.

36. Arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2.

Se adiciona a ello que el juez a cargo permitió, durante la diligencia de inspección y reconstrucción judicial, que varios policías y funcionarios judiciales y un abogado se rieran y burlaran de Rojas Marín; el letrado, además, interrumpió constantemente su declaración formulando preguntas peyorativas, al tiempo que sostenía una vara de policía en su mano, la que repetidamente golpeaba contra la palma de su otra mano. Surge evidente que el Juzgado impidió a la víctima declarar en un ambiente cómodo y seguro y se la sometió a revictimización.

Finalmente, debe hacerse una mención particular a que la Corte tuvo especial cuidado –a lo largo de la sentencia– en respetar la identidad de género de la víctima de acuerdo a su autopercepción al momento del trámite contencioso<sup>37</sup>.

#### 4.2 Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021)

Un nuevo precedente por crímenes de odio contra integrantes del colectivo LGBTIQ sentó la Corte al dictar sentencia en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, el 26 de marzo de 2021.

La petición versaba sobre el asesinato de la víctima, una mujer trans y defensora de derechos humanos, entre la noche del 28 y la madrugada del 29 de junio de 2009, mientras ejercía el trabajo sexual en la “zona roja” de la ciudad de San Pedro Sula. Al igual que en Rojas Marín, la sentencia se destaca por un abordaje sistémico de la materialidad ilícita: el tribunal se

37. Ello porque, al tiempo de emitir la sentencia, la víctima se identificaba como mujer y con el nombre Azul, mientras que se identificaba como hombre gay al momento de los hechos. Procura de ese modo no utilizar su necrónimo o “*dead-name*”. Ver Corte IDH. *Azul Rojas Marín vs. Perú*. párr. 52.

explaya respecto al contexto de violencia en que se enmarcaron los sucesos.

Una primer arista de ese contexto refiere a la discriminación y violencia sistemática perpetrada contra las personas LGBTI y, en particular, contra las mujeres trans. En base a informes oficiales de Naciones Unidas y a prueba pericial, la Corte caracterizó ese marco por la notable ocurrencia –desde el año 1994– de muertes violentas de hombres gays y mujeres trans, especialmente entre quienes ejercían el trabajo sexual. Además, podía colegirse un problema de subregistro dado que la percepción de impunidad desalentaba las denuncias, las cuales solían involucrar a agentes policiales<sup>38</sup>. Esa violencia incluía también, conforme los testimonios, un continuo hostigamiento policial contra las mujeres trans, que se expresaba en amenazas, golpes, redadas, detenciones arbitrarias y violencia sexual.

A lo expuesto se sumaba, como contexto de los hechos, la ocurrencia de un golpe de Estado el 28 de junio, el cual depuso al presidente constitucional Manuel Zelaya y derivó en el establecimiento inmediato del estado de excepción y el toque de queda. El accionar represivo del nuevo gobierno recrudeció en los días siguientes, evidenciándose un uso desproporcionado de la fuerza contra la protesta social y numerosos casos de detenciones arbitrarias, homicidios y limitaciones de la libertad de expresión.

38. Pese al subregistro, los datos cuantitativos ponderados por la Corte resultan elocuentes: 11 hombres gay y 9 personas trans asesinadas entre 1994 y mayo de 2009; 14 hombres gay y 15 mujeres trans sufrieron muerte violenta en los seis meses siguientes al golpe de Estado; en la década posterior al golpe, se contabilizaron homicidios de 157 hombres gay, 104 mujeres trans y 35 lesbianas. Cfr. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 31-32.

Dado el control absoluto que las fuerzas militares y policiales ejercían sobre los espacios públicos y el movimiento de las personas al momento del homicidio, sumado a los testimonios indirectos obtenidos, al contexto señalado y a los antecedentes de agresiones que había sufrido Vicky Hernández, la Corte consideró directamente atribuible al Estado la violación del artículo 4.1 de la Convención, relativo al derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, en relación con los arts. 1.1, 5.1<sup>39</sup>, 8.1 y 25. Para ello, consideró también el incumplimiento de la obligación de investigar, reforzada por ser la víctima una mujer trans y defensora de derechos humanos, vista la insuficiencia de la labor judicial para determinar las responsabilidades penales y dilucidar la verdad de los hechos, incumpliendo el deber de garantizar el derecho a la vida<sup>40</sup>.

La sentencia analizada resulta, asimismo, relevante en tanto es la primera ocasión en que el tribunal interamericano va a abordar el derecho autónomo a la identidad de género en un caso específico con atribución de responsabilidad estatal, poniendo en juego la línea argumental inaugurada en la OC-24/2017. En particular, constata la vulneración a ese derecho (y a los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la vida privada, a la libertad de expresión, al nombre y a la igualdad y no discriminación) en tres momentos diversos.

En primer término, se conculca por la inferencia de que la violencia infligida a Vicky Hernández (que habría incluido

39. Por el impacto en su integridad física y moral, por el dolor y angustia causados en razón de los indicios corporales de heridas y violencia sexual.

40. En ese sentido, también consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial respecto a las familiares de Vicky Hernández, ponderando –entre otros aspectos– el reconocimiento parcial de responsabilidad y la falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación. Cfr. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 105-108.

violencia sexual y derivó en su homicidio), estuvo motivada en razón de su identidad de género o su expresión de género. Asimismo, una segunda violación acaece a lo largo de las investigaciones posteriores. La Corte consideró que también los estereotipos por identidad y expresión de género “afectan la objetividad de los funcionarios encargados de investigar [...] influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima”<sup>41</sup>. En esa línea, resaltó el empleo sistemático de estereotipos en la investigación por homicidio, tanto por la exclusión de líneas de investigación vinculadas a su activismo, a su identidad trans y a la posible violencia sexual sufrida, como por la continua omisión de su identidad de género auto-percibida, de lo que da cuenta el hecho de que se la identificó en el expediente como un hombre y se la registró con sexo masculino.

Estos factores son muestra del tercer momento en que se viola el derecho a la identidad de género de la víctima: el marco normativo hondureño imposibilitó a Vicky Hernández reflejar en sus documentos de identidad su género auto-percibido y nombre elegido, lo que constituyó *per se* “una forma de discriminación y de exclusión social por expresar dicha identidad”<sup>42</sup>.

Finalmente, la Corte avanza al considerar –por primera vez– que resulta aplicable la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Fundándose en la consideración, efectuada antes en la OC-24/17, de que la violencia contra las mujeres trans “también se encuentra basada en el género, en cuanto construcción social de las identidades, funciones y atributos

41. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 114.

42. Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 122.

asignados socialmente a la mujer y al hombre” y considerando que la identidad y expresión de género son factores de vulnerabilidad implícitamente receptados en la cláusula del art. 9 de dicho instrumento, efectúa una interpretación evolutiva para declarar la responsabilidad por el incumplimiento de los incisos (a) y (b) del artículo 7, por la vulneración del derecho a la vida y a la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción del crimen<sup>43</sup>.

#### 4.3 Pavez Pavez vs. Chile (2022)

El 4 de febrero de 2022, la Corte Interamericana dictó sentencia en relación al caso de Sandra Pavez Pavez, quien fuera inhabilitada para el ejercicio de la docencia de la asignatura de religión católica en una escuela pública, administrada y financiada por el Estado chileno. Tal inhabilitación fue consecuencia de la revocación del certificado de idoneidad por parte de la Vicaría para la Educación del Obispado de San Bernardo, autoridad eclesial con facultades absolutas en la materia de conformidad con la regulación vigente.

Se tuvo presente que la víctima, quien enseñaba en dicho establecimiento desde el año 1985, fue exhortada –en razón de ser lesbiana– por el Vicario del Obispado a “terminar con

43. Es menester subrayar que, en este punto, expresaron su disidencia parcial –en sendos votos separados– la jueza Odio Benito y el juez Vio Grossi. No exento de polémica, el voto de la magistrada costarricense procuró resaltar la aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará exclusivamente a las mujeres cis, con base en una mirada biologicista sobre el sistema sexo-genérico. Valoró así, como contraproducente e ineficaz, el análisis de la violencia transfóbica “dentro de una perspectiva que únicamente analiza la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, en tanto que no va al origen de la violencia específica que sufre este colectivo”. Ver su voto en Corte IDH. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; párr. 41.

su vida homosexual”<sup>44</sup>. Este condicionó su permanencia en el cargo al sometimiento a terapias psiquiátricas<sup>45</sup>, para finalmente revocar, en julio de 2007, su autorización para dictar clases de religión católica en esa o cualquier otra entidad educacional; ello sin perjuicio de que Pavez Pavez contaba con tres títulos profesionales habilitantes expedidos por diversas universidades.

Recogiendo los estándares sentados en su jurisprudencia previa, consideró el Tribunal que la víctima fue objeto de un trato discriminatorio, por resultar una medida restrictiva desproporcionada frente a las presuntas ventajas –alegadas por el Estado– en materia de protección de la libertad religiosa (la cual, afirma la Corte, ni siquiera parece verse potencialmente vulnerada, teniendo en cuenta el apoyo recibido por Pavez Pavez de parte de su comunidad educativa)<sup>46</sup>. A su vez, va a considerar violatorias de los derechos a la libertad personal y a la vida privada la revocación motivada exclusivamente en su orientación sexual y las intromisiones en su vida sexual por parte de la Vicaría.

Un aspecto novedoso del caso refiere a que es la primera vez en que se abordan derechos económicos, sociales y culturales, declarando conculcado el artículo 26 de la Convención Americana. Esta resolución, que se diferencia en este punto de la sentencia dictada en “Duque vs. Colombia” y continúa la línea sentada a partir del fallo “Lagos del Campo vs. Perú”, concluye que se afectó su derecho al trabajo, en relación a la estabilidad laboral, dado que la reasignación de funciones en

44. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 23.

45. Conducta que la Corte va a considerar “totalmente inaceptable” “desde una perspectiva de un estado de derecho en donde se deben respetar los derechos humanos”. Ver Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 135.

46. Se entienden violados así los arts. 1.1 y 24 de la Convención. Cfr. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 144.

un cargo de Inspectora General, motivada arbitrariamente, “menoscabó su vocación docente y constituyó una forma de desmejora laboral”<sup>47</sup>.

El segundo aspecto a subrayar es que la Corte pondera por primera vez en un caso relacionado a derechos humanos de disidencias sexo-genéricas su jurisprudencia relativa a la aplicabilidad de las obligaciones *erga omnes* de respeto y garantía frente a actos perpetrados por actores no estatales. El deber de asegurar la efectividad de los derechos, así, se manifiesta “en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”<sup>48</sup>. En concreto, consideró viable atribuir al Estado responsabilidad internacional por la actuación de la Vicaría, en tanto la reglamentación delegó atribuciones de poder público (como la facultad de habilitar la docencia en escuelas públicas) en las autoridades religiosas, siendo estas – además– decisiones irrecurribles.

#### 4.4 Olivera Fuentes vs. Perú (2023)

El último pronunciamiento de la Corte Interamericana en la materia fue la sentencia dictada el 4 de febrero de 2023 en el caso Olivera Fuentes vs. Perú. Se trata de una denuncia por trato discriminatorio sufrido en agosto de 2004 por Crissthian Manuel Olivera Fuentes, activista y defensor de derechos humanos del colectivo LGBTIQ, por parte del personal comercial y de seguridad de una empresa de supermercados de la ciudad de Lima.

De conformidad con la prueba valorada, el nombrado se encontraba en una cafetería de dicho supermercado junto a

47. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 140.

48. Corte IDH. *Pavez Pavez vs. Chile*, párr. 110.

su pareja afectiva del mismo sexo, cuando fue interpelado por empleados en relación a las quejas que otros clientes habrían manifestado por las públicas expresiones de afecto que ambos hombres realizaban. La encargada de la tienda, en presencia de personal de seguridad e incluso de un agente policial, instó a que cesaran en dichas expresiones o se retiraran del establecimiento, alegando la presencia de niños en el lugar, actitud que –conforme los dichos del peticionante– “lo posicionó en una situación de discriminación ‘bochornosa’ y ‘humillante’”<sup>49</sup>. El suceso se reiteró de igual modo, una semana después, en la cafetería de otro supermercado de la empresa, lo que motivó la interposición de denuncia ante las autoridades administrativas de Defensa del Consumidor. Luego de tramitar por cinco instancias administrativas y judiciales, el peticionante agotó los recursos de jurisdicción interna sin obtener reparación.

Reiterando lo dicho en la OC-24/17 y en la sentencia “Vicky Hernández y otras vs. Honduras” en cuanto a que la discriminación contra las personas LGBTIQ se manifiesta tanto en el ámbito público como el privado, recogió nuevamente las valoraciones efectuadas en “Rojas Marín vs. Perú” sobre la segregación y violencia históricas y estructurales que sufre el colectivo en el país andino.

Ahora bien, habida cuenta de que se trata de un acto de discriminación inicial cometido por agentes no estatales, debió la Corte abordar la problemática de las obligaciones estatales frente a las actividades empresariales. En concreto, subrayó el deber empresarial de respetar los derechos humanos, en tándem con el deber del Estado de prevenir las violaciones a derechos

49. Si bien no ha quedado explicitado, tales expresiones pudieron haber estado entre la proximidad física, las miradas, las caricias, los besos o los abrazos. Ver Corte IDH. *Olivera Fuentes vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484, párr. 47-49.

producidas por empresas privadas, e investigar, castigar y reparar dichas violaciones cuando ocurran, como corolario de las obligaciones de garantía y de adoptar medidas, conforme los arts. 1.1 y 2 de la Convención. Eso incluye, a su vez, garantizar –como parte del deber de protección– el acceso a mecanismos eficaces de reparación<sup>50</sup>.

Así, la Corte sienta estándares concretos en cuanto a los deberes que incumben a Estado y empresas para respetar el derecho a la igualdad y no discriminación contra disidencias sexo-genéricas. En el parágrafo 104, se va a subrayar la obligación estatal de implementar actividades de reglamentación, monitoreo y fiscalización de los actores privados. Por su parte, las empresas deberán:

(i) formular políticas para atender su responsabilidad de respetar los derechos humanos e incluir en ellas expresamente los derechos de las personas LGBTIQ+; (ii) ejercer debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar toda repercusión negativa, potencial o real, que hayan causado o a la que hayan contribuido en el disfrute por parte de las personas LGBTIQ+ de sus derechos humanos, o que esté directamente relacionada con sus operaciones, productos, servicios y relaciones comerciales, así como para rendir cuentas sobre cómo les hacen frente, y (iii) tratar de resolver toda repercusión negativa en los derechos humanos que hayan causado o a la que hayan contribuido poniendo en práctica mecanismos de reparación por sí solas o cooperando con otros procesos legítimos, lo que incluye

50. Tuvo en miras el precedente de la sentencia en el *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, del 31 de agosto de 2021, y los documentos del Sistema Universal utilizados como fuente interpretativa, tales como los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. Asimismo, cita también el Principio 2.F de los Principios de Yogyakarta, en cuanto expresa el deber del Estado de adoptar medidas apropiadas para “alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”.

establecer mecanismos eficaces de reclamación a nivel operacional para las personas o comunidades afectadas y participar en ellos<sup>51</sup>.

En aplicación de dichos estándares, la Corte concluyó que el Perú había violado los arts. 7.1, 8.1, 11.2, 24 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio de la víctima, por conculcar el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad de Olivera Fuentes.

Ello se colige de los parámetros y exigencias que las autoridades administrativas y judiciales adoptaron respecto a la carga probatoria, impropios de un caso de presunta discriminación, que derivaron en el rechazo de los reclamos en sede interna por aplicación del principio de inocencia respecto a la empresa.

Asimismo, la violación a los derechos al acceso a la justicia, a las garantías judiciales, a la libertad personal, a la vida privada, a la igualdad y no discriminación y a la igualdad ante la ley se evidenció en la falta de imparcialidad de los órganos administrativos de Defensa del Consumidor (consentida por el Poder Judicial), por la continua presencia en las actuaciones de estereotipos y prejuicios contra la orientación sexual del denunciante. A criterio del Tribunal, ello devino en decisiones motivadas en razones discriminatorias, incumpliendo los estándares interamericanos sobre debido proceso e ingiriendo injustificadamente en el ámbito de la privacidad, autonomía y libertad personal de la víctima.

Las resoluciones administrativas de primera y segunda instancia “concluyeron sesgadamente que toda manifestación de afecto entre una pareja homosexual podría implicar un aspecto erótico”. En esa línea, partiendo de preguntarse si era “‘justificado exigir mayor prudencia a las parejas homosexuales’ respecto de sus conductas afectivas cuando estas fueran desarrolladas

51. Corte IDH. *Olivera Fuentes vs. Chile*, párr. 104.

en la presencia de niños y niñas”, la autoridad administrativa de Defensa del Consumidor se apoyó en un informe pericial de contenido homofóbico y patologizante para argüir que las restricciones hallaban fundamento en la protección de la infancia. A ese respecto, la Corte sostendrá que “la Convención Americana –entendida a la luz de los estándares internacionales sobre empresas privadas y derechos humanos– obliga a los Estados a exigir a las empresas privadas una estricta igualdad de trato entre personas LGBTIQ+ y personas heterosexuales en materia de afecto público”<sup>52</sup>.

#### 4.5 Las opiniones consultivas posteriores

Como colofón, corresponde hacer una breve mención a las valoraciones que sobre la materia pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar Opiniones Consultivas con posterioridad a la emisión de la OC-24/17.

En la *Opinión Consultiva No. 27*, titulada “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”, emitida a solicitud de la Comisión Interamericana el 5 de mayo de 2021, la Corte fue llamada a pronunciarse por las especificidades del ejercicio de esos tres derechos por parte de las mujeres, en relación con el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación y violencia, por aplicación de la Convención, el art. 3 del Protocolo de San Salvador, el art. III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará.

En dicha oportunidad, la Corte señala escuetamente que, si bien el pedido de la Comisión se orientaba a la interpretación de ciertas normas con enfoque de género y atendiendo a la

52. Corte IDH. *Olivera Fuentes vs. Chile*, párr. 118 y 122.

situación de las mujeres, “esa perspectiva puede ser inclusiva de otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad, como son las personas LGBTI”, para luego recordar –con cita de la OC-24/17– que la orientación sexual y la identidad y expresión de género son categorías protegidas por la Convención<sup>53</sup>.

Más profunda fue la labor interpretativa practicada al emitir la *Opinión Consultiva No. 29*. En esa oportunidad, dictaminó a pedido de la Comisión sobre “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad”, desarrollando la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer efectivos los derechos en contexto de privación de la libertad de cinco grupos: (1) mujeres embarazadas, en periodo de parto, posparto y lactancia, y cuidadoras principales; (2) niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales; (3) personas pertenecientes a pueblos indígenas; (4) personas mayores; y (5) personas LGBTI.

En relación a estos últimos, la Corte aborda primeramente la problemática de la determinación de la ubicación de las personas LGBTI en los centros penitenciarios, frente al principio general de separación en razón del sexo, recalcando la necesidad de que se adopte racionalmente, por equipos profesionales, técnicos e interdisciplinarios, decisiones sobre la asignación de lugar atendiendo a “las particularidades de cada persona y su situación específica de riesgo [...] teniendo como principios rectores el respeto a la identidad y expresión de género [...] la participación de la persona interesada, y la protección contra la violencia”. En concreto, reprueba que se adopten medidas de protección que signifiquen “en la práctica, aislamiento o incomunicación automática, un trato inferior al brindado al resto de personas privadas de libertad ni una exclusión de las actividades que se

53. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-27/21*, del 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párr. 155.

lleven a cabo en prisión”<sup>54</sup>. Sentó también estándares sobre las obligaciones de registro, prevención protección e investigación de los casos de violencia contra las personas LGBTI privadas de su libertad.

En tercer lugar, abordando el derecho a la salud, concluyó que “los Estados están en la obligación de adoptar disposiciones para garantizar que las personas trans privadas de su libertad puedan tener la atención médica especializada necesaria y oportuna”, lo que incluye la posibilidad de iniciar tratamientos quirúrgicos y/u hormonales, o de continuar los que hubieran iniciado previo a su detención<sup>55</sup>.

Finalmente, se refirió al deber de garantizar el derecho a la visita íntima a las personas LGBTI privadas de su libertad, sin limitaciones o injerencias arbitrarias y discriminatorias, por respeto al libre ejercicio de la sexualidad y al ámbito de la intimidad de la persona. Recalcó, a su vez, que debe asegurarse su ejercicio en condiciones de seguridad, higiene y privacidad idénticas al resto de la población penitenciaria.

#### 4.6 La “igualdad estructural”: denominador común y potencialidad

Como señalábamos al comienzo de este acápite 4, el derrotero jurisprudencial posterior a la emisión de la OC-24/17 resultó novedoso por el abordaje de casos problemáticos, en particular, por su carácter de crímenes de odio o de hechos de discriminación

54. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, del 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 244, 247 y 248. Sobre el particular, el tribunal cita las valoraciones efectuadas previamente en la Resolución de Medidas Provisionales del 28 de noviembre de 2018, adoptada en el “Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil”. Por motivos de extensión, no abordaremos la jurisprudencia de la Corte en el marco de su competencia cautelar.

55. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/22, párr. 270.

perpetrada por agentes no estatales. La solución jurídica que la Corte Interamericana brinda a esos casos se encuentra imbuida de una óptica “contextualizada” de la violación de los derechos humanos de las disidencias sexo-genéricas en la región, que registra y subraya la pertenencia de la víctima a un grupo social desaventajado.

Así, se emparenta con la idea de “igualdad estructural”, que complejiza la noción de discriminación por trato arbitrario haciendo énfasis en el “trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto”<sup>56</sup>.

Este principio de igualdad como “no sometimiento” o “no segregación” se encuentra imbricado con la protección de los grupos sistemáticamente excluidos, al punto de motivar la relectura de las “categorías sospechosas” –protegidas por el art. 1.1 de la Convención Americana–. Como resaltan González y Parra Vera, citando a Saba, para evitar la perpetuación de la desigualdad estructural, es preciso dejar de lado la concepción universal y simétrica de las categorías sospechosas (v.gr., identidad y expresión de género), para resignificar la sospecha desde el grupo históricamente excluido (en el ejemplo, las personas travestis, trans, *queer* y no binarias)<sup>57</sup>. Este entendimiento resulta coherente con el principio de preferencia y, en concreto, con el deber de adoptar acciones positivas para revertir la desigualdad estructural.

56. Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural...”. P. 142.

57. González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar. “Concepciones y cláusulas de...”. Pp. 134.

Para los grupos en situación de vulnerabilidad, la visibilización de su segregación en tanto colectivo es imprescindible para poder construir una igualdad con los sectores hegemónicos de la sociedad sin recaer en la uniformidad, la estandarización o la asimilación por parte de estos últimos, esto es, una igualdad en la diferencia. Al decir de Isabel Santa Cruz, esta igualdad comporta –para los grupos segregados– obtener autonomía (capacidad de elección y de autodesignación), autoridad o equipotencia, equifonía (en el discurso) y equivalencia, y necesita de bases relacionales de reciprocidad y reconocimiento que posibiliten la “interlocución y responsabilidad de los individuos-sujetos actuantes en todas las relaciones sociales, familiares y duales”<sup>58</sup>.

En definitiva, la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana, al revelar que la singularidad de los casos no es más que la expresión de violaciones generalizadas o frecuentes contra un grupo socialmente excluido, camina en ese rumbo.

## Conclusiones

A partir del abordaje realizado, consideramos que el desarrollo jurisprudencial que la Corte efectuó en materia de derechos de las personas LGBTIQ evidencia la capacidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para canalizar institucionalmente las demandas de justicia impulsadas por la sociedad civil, independientemente de la resistencia o el desinterés que algunos Estados puedan tener en profundizar la protección específica sobre este colectivo, como lo evidencia la persistencia de las normas y prácticas discriminatorias en

58. Tomamos aquí su mirada sobre la igualdad reivindicada por el feminismo, que resulta aplicable a la problemática de la segregación de las disidencias sexo-genéricas. Ver Santa Cruz, Isabel. “Sobre el concepto de igualdad”. *Revista Isegoría*, No. 6. 1992. Pp. 147-148.0

muchas sociedades y la carencia de instrumentos internacionales vinculantes.

Es decir, el Sistema Interamericano demuestra potencialidad para promover y proteger los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad en el continente, haciendo uso de la autonomía funcional que caracteriza a sus órganos y aprovechando sinérgicamente el impulso de víctimas y organizaciones no gubernamentales. Completa así el proceso de especificación de la protección internacional que, respecto a este sujeto de tutela, consideramos normativamente trunco.

En este sentido, la labor pretoriana da cuenta de que la aplicación de la perspectiva *pro persona* y los procesos de “fertilización cruzada” con fuentes normativas extra-sistema posibilitan construir interpretaciones evolutivas, progresivas y con enfoque diferencial del derecho vigente. Así, el desarrollo progresivo que la casuística interamericana ha tenido en los últimos catorce años ha avanzado hacia una comprensión situada de la problemática de la violencia y la discriminación sufrida por este grupo histórica y estructuralmente segregado, tal como ha sucedido con otros sujetos, como los pueblos indígenas o los defensores y defensoras de derechos humanos.

Cabe esperar que este acertado y necesario avance jurisprudencial continúe presente en la agenda del tribunal, y que los diversos actores que interactúan con el sistema puedan potenciar esa vigencia impulsando el debate sobre algunas de las cuentas pendientes que, en perspectiva de “igualdad estructural”, pueden observarse en la línea interpretativa del tribunal. La implementación de acciones afirmativas, la discriminación en razón de las características sexuales sufrida por las personas intersex, y el abordaje de violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas LGBTIQ (por fuera de los análisis efectuados respecto a los derechos a la estabilidad laboral, sindicales y a

la salud), son algunos de los tópicos que –creemos– podrían ser relevantes para futuros pronunciamientos, si es que el “litigio estratégico” o la “consulta estratégica” encarada por Estados, organizaciones no gubernamentales y peticionantes le brindan a la Corte la oportunidad de expresar su mirada como intérprete última del sistema.

## DEBERES DEL ESTADO ANTE LAS DESAPARICIONES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

*Dra. Carla Piccininno\**

### Introducción

Los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad debido a su edad. Esto se ve reforzado cuando existen otros factores que se entrecruzan, como la pobreza, el abandono familiar, el género y la identidad de género. Por eso requieren medidas especiales de protección por parte de los Estados.

El objetivo específico del presente trabajo es visibilizar la situación de muchos niños, niñas y adolescentes que desaparecen de manera temporal, intermitente o definitiva, muchas veces estando bajo la protección del Estado. La situación de riesgo en que se encuentran fue remarcada por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias al concluir la visita oficial a la República Oriental de Uruguay, donde manifiesta preocupación por “la desaparición de niñas, niños y adolescentes tras su estadía en centros de protección estatales;

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por UDELAR; Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia, de la Universidad de Alcalá de Henares, España. Ex defensora Pública Interamericana Litigante de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Correo electrónico: carlapiccininno@hotmail.com.

así como las desapariciones de mujeres y niñas, posiblemente relacionadas con situaciones de explotación sexual y trata”<sup>1</sup>.

Lamentablemente, es una realidad que afecta con distinto alcance a los diferentes países de nuestro continente<sup>2</sup>, donde niñas y mujeres están en especial situación de riesgo de vulneración de sus derechos.

En el presente trabajo analizaremos en cuáles casos se deben aplicar los estándares fijados para la desaparición forzada de personas, los protocolos de actuación que deben cumplir los Estados para adecuar sus prácticas a los estándares internacionales y la obligación de asegurar el acceso igualitario a la justicia de niños, niñas y adolescentes.

## 1. Desapariciones de niños, niñas y adolescentes

### 1.1 Deberes del Estado en relación con los niños, niñas y adolescentes que viven en su territorio ¿Un *plus* de protección es exigible?

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección, de los cuales se desprenden los estándares de derechos y obligaciones del Estado respecto a los niños, niñas y adolescentes que viven bajo su jurisdicción.

1. Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, al concluir la visita oficial a la República Oriental del Uruguay (7 al 14 de julio de 2022)
2. Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 2), *Mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio*, disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionMujeresDesaparecidas-ES.pdf>. Páginas 4, 5 y 6.

El Estado tiene respecto de todos sus habitantes las obligaciones generales de respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, que se imponen no sólo en relación con el actuar de sus funcionarios sino también frente a actuaciones de terceros particulares en determinadas circunstancias. No puede dejar de destacarse que de estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. En este caso, por su condición personal, por tratarse de niños y adolescentes, es decir sujetos en desarrollo que van adquiriendo paulatinamente su autonomía, tienen los Estados un deber reforzado de “adoptar medidas especiales de protección”<sup>3</sup> para dar efectividad al goce de todos los derechos”<sup>4</sup>.

Cuando un niño, niña o adolescente desaparece, aun de manera temporal, hay un conjunto de derechos que corren el riesgo de ser vulnerados, como la integridad personal, física, psicológica y sexual, la libertad, y la vida, entre otros. El Estado no cumple con sus obligaciones sólo por abstenerse de dañar a través de su actuar, sino que, además, tiene el deber de prevenir, investigar, sancionar a los responsables<sup>5</sup> y reparar a las víctimas. Por ello, resulta imperativo que en el diseño e implementación de la política pública se tengan en cuenta estos elementos y que se realice con perspectiva de género, considerando la pobreza, el abandono familiar u otro factor estructural que pueda constatarse en el país, que origine o favorezca las condiciones para que se den estas desapariciones.

3. Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 62.
4. Artículo 4, Convención Derechos del Niño.
5. Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003*, párr. 100.

## 1.2 La interseccionalidad como elemento clave a considerar a la hora del diseño e implementación de una política pública en este tema

Consultado el registro de personas ausentes (en nuestro país, al igual que en otros de la región) las desapariciones siguen afectando principalmente a hombres<sup>6</sup>. Sin embargo, crece la preocupación sobre la situación de mujeres y niñas cuyas desapariciones pueden tener como objetivo la trata y explotación sexual<sup>7</sup>, en especial cuando son niñas, pobres, con problemas de salud mental, discapacidad, adicción, y en situación de abandono familiar.

El artículo 26 del PIDCP establece la prohibición de la discriminación como derecho autónomo<sup>8</sup>, principio que ha adquirido la categoría de *jus cogens*. Esto implica, en primer lugar, un deber de los Estados de abstenerse a realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure o de facto*<sup>9</sup> de sus habitantes. Sin embargo, teniendo en cuenta que existen grupos históricamente discriminados, no alcanza con la abstención del Estado, sino que exige un deber especial y reforzado para lograr la efectiva igualdad de derechos de todos

6. Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención, párrafo 14.

7. Esta preocupación es recogida por la prensa nacional, a modo de ejemplo: “Desaparecidas en Uruguay: 30 años de desidia estatal ante indicios de trata sexual”. *La Diaria*, 27 de julio de 2023, disponible en: <https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2023/7/desaparecidas-en-uruguay-30-anos-de-desidia-estatal-ante-indicios-de-trata-sexual/>

8. CCPR/C/21/Rev. I/Add. 1. Aprobado por el Comité de Derechos Humanos en virtud del artículo 40 (4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la reunión del 11 de noviembre de 1989.

9. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016*, párrafo 336.

sus habitantes. Este deber especial de protección no sólo lo debe ejercer en relación con sus funcionarios, sino que también abarca las actuaciones y prácticas de terceros que, “bajo su tolerancia o aquiescencia, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”<sup>10</sup>. Por lo que “el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo situaciones de discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”<sup>11</sup>.

En relación con la situación de las mujeres en nuestro continente, conviene recordar lo expresado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias quien ha señalado: “la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades, intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres”<sup>12</sup>.

En efecto, se han identificado patrones en los cuales la desaparición de mujeres tiene características específicas que la distinguen de las desapariciones de hombres. El Comité de Expertas del MESECVI, analizando la situación mundial, considera que:

La desaparición de mujeres y niñas obedece a las dinámicas enraizadas en las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres

10. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párrafo 336.

11. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párrafo 338 y 339.

12. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015*, párrafo 288.

y mujeres, que son causa y consecuencia de la violencia de género contra las mismas. Además, subraya que ciertas características de las mujeres tales como ser indígenas, afrodescendientes, vivir con discapacidades, su religión, origen étnico, orientación sexual, identidad de género, edad, migrante, entre otras, pueden contribuir a que sean víctimas de distintas formas de violencia. Por ello, las causas de la desaparición de mujeres y niñas deben ser analizadas desde una perspectiva de interseccionalidad<sup>13</sup>.

Además, se ha considerado que las afectaciones de la desaparición forzada sobre las mujeres pueden agravarse debido a la violencia sexual, embarazos no deseados, entre otras formas de violencia.

Uruguay no escapa a la realidad mundial. Muchas adolescentes desaparecen incluso mientras están institucionalizadas bajo la protección estatal<sup>14</sup>. En nuestro país funcionan centros de acogida familiar donde viven niños, niñas y adolescentes que son temporal o definitivamente separados de su núcleo familiar, en general, porque dentro de los mismos veían vulnerados sus derechos. Los mismos funcionan bajo la dirección del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU).

Si bien no hay datos oficiales publicados, el periódico *Brecha* informó que el Centro de Protección para Adolescentes de Uruguay “Magnolia”, que acoge a mujeres adolescentes, tenía en padrón a 165 adolescentes institucionalizadas por derechos

13. Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 2) *Mujeres y niñas desaparecidas...* página 9.

14. Algunos casos han tomado notoriedad pública. Esto llevó a entrevistar a Alejandro Castro (titular del Instituto del Niño y Adolescente Uruguay de la ciudad de Durazno), quien señaló: “No está visibilizado, es responsabilidad de todos poder visibilizar las situaciones. (...) Es algo que preocupa porque está más presente de lo que uno se imagina”. Publicado por *El Acontecer*, nota de Dino Capelli, 11 de abril de 2023. Disponible en: <https://elacontecer.com.uy/2023/04/11/ejecucion-de-actos-sexuales-pornografia-drogas-los-entretelones-del-caso-de-explotacion-sexual-sobre-adolescentes-de-inau-durazno/>

vulnerados, en noviembre de 2023. Sin embargo, había perdido contacto con 51 ellas<sup>15</sup>.

La falta de información sobre dónde se encuentran y en qué condiciones, es especialmente preocupante ya que investigaciones realizadas muestran que nuestro país “es un país de origen, tránsito y destino de trata de personas”<sup>16</sup>. González y Tuana señalan que se “identifica redes de trata de mujeres con fines de explotación sexual en todo el territorio uruguayo, en especial mujeres jóvenes, pobres y víctimas de otras formas de violencia, agravándose la situación en zonas fronterizas”<sup>17</sup>.

En el caso de trata interna, investigaciones destacan la situación de adolescentes y mujeres uruguayas con consumo problemático de sustancias, que son captadas y explotadas sexualmente por sus redes criminales. Desde el inicio se les suministra droga, para luego someterlas a circuitos donde son explotadas sexualmente, separándolas de su entorno, para luego ser trasladadas o desaparecidas por periodos intermitentes. Algunas desaparecen definitivamente<sup>18</sup>.

En febrero de 2021, en uno de los barrios periféricos y pobres de la ciudad, en el patio de una casa que funcionaba como local “boca” de venta de estupefacientes, se encontraron los cuerpos de dos jóvenes mujeres que permanecían desaparecidas.

15. Disponible en: “¿Quién busca a niños, niñas y adolescentes que desaparecen del radar del INAU? A tu suerte”. *Semanario Brecha*, 22 de septiembre de 2023.

16. González, P. y Tuana. *Invisibles y silenciosas. Aportes y reflexiones sobre la trata de personas con fines de explotación sexual y comercial en Uruguay*. Fundación Avina. Montevideo, 2006.

17. González, P. y Tuana. *Diagnóstico regional sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual en el Mercosur*. Mercosur RMAAM. Montevideo, 2012.

18. Prego, Cristina (coordinadora). *Más invisibles. La trata y la pandemia. Actualización sobre la trata de mujeres en el territorio uruguayo de enero de 2018 a diciembre de 2022*. OIM Uruguay.

Entre marzo de 2019 y enero de 2022, en ese barrio, también desaparecieron otras mujeres<sup>19</sup>.

La situación de contexto analizada impone al Estado la consideración del impacto diferenciado cuando las víctimas de desaparición son mujeres y niñas<sup>20</sup>, teniendo presente que en las mismas se debe considerar “otras formas de violencia de género, como la violación sexual, la trata y el feminicidio”<sup>21</sup>, además de otros factores de interseccionalidad que las afectan<sup>22</sup> en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas y los protocolos de actuación del Estado.

### 1.3 ¿Se puede calificar como desaparición forzada la desaparición de niños, niñas y adolescentes en contextos democráticos, incluidas las desapariciones temporales e intermitentes?

La prohibición de desaparición forzada de personas ha alcanzado el carácter de norma de *jus cogens*, teniendo los Estados obligaciones específicas entre ellas. La investigación debe realizarse de oficio “sin dilación, seria, imparcial y

19. “Desaparecidas en Uruguay: 30 años de desidia estatal ante indicios de trata sexual”. *La Diaria*, 27 de julio de 2023, disponible en:

<https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2023/7/desaparecidas-en-uruguay-30-anos-de-desidia-estatal-ante-indicios-de-trata-sexual/>

20. Julie Diane Recinos y Jorge Calderón Gamboa. *Frente a la violencia de género: deberes de prevención en contextos contra la mujer e investigación en conflicto armado. Desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

21. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

22. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 16 de diciembre de 2010, Doc. ONU CEDAW/C/GC/28, párr. 18.

efectiva”, teniendo presente el riesgo a la vida e integridad física que las mismas sufren<sup>23</sup>.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define la desaparición forzada como “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona”.

Por lo tanto, en primer lugar, corresponde aclarar que la desaparición puede ser calificada como forzada independientemente del tiempo que dure y de su carácter de transitorio o intermitente, siempre que se den los tres elementos señalados. Esto es, privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por particulares que actúen con autorización; apoyo o aquiescencia del Estado; y, la falta de información o la negativa de reconocer la privación de libertad y la ubicación del paradero de la víctima.

Sin importar la forma en que se efectúa la misma, ni si estamos en un régimen democrático o no, el eje central es que sea cometida por agentes del Estado o por particulares con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado. En tal sentido, cuando nos referimos a “aquiescencia”, nos referimos a la tolerancia, o incluso, a la pasividad del Estado.

En la jurisprudencia interamericana encontramos el voto concurrente del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni quien considero que la desaparición del Sr. Guáchala Chimbo de un hospital

23. Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009*, párr. 298.

psiquiátrico de Ecuador debió ser considerada una desaparición forzada<sup>24</sup>

Si bien no toda desaparición de una persona (porque no se ubica su paradero), debe considerarse forzada, cuando estamos ante niños, niñas y adolescentes, en particular institucionalizados y dentro del marco histórico y contexto descrito, debería iniciarse una investigación conforme a lo establecido por la Convención para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada. Recordemos que una desaparición, en principio no imputable al Estado, puede generar su responsabilidad internacional por la falta de diligencia en la prevención y en la investigación.

En síntesis, ante las situaciones de riesgo en las que se encuentran niños, niñas y adolescentes, sobre todo cuando existen causales interseccionales de vulnerabilidad, la falta de la debida diligencia en la ubicación de paradero de la víctima, investigación de los hechos y sanción a los responsables, son claros ejemplos de aquiescencia. Estos permitirían calificar como forzada la desaparición de la persona, pese a que sea cometida por particulares sin vínculos con el poder gobernante y en un sistema democrático, reforzando aún más las obligaciones del Estado y su responsabilidad nacional e internacional.

#### **1.4 Política pública sobre prevención y protección ante las denuncias de desapariciones temporales, intermitentes o definitivas. Obligaciones del Estado**

Como venimos desarrollando, debido a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, existe un deber estatal reforzado de adoptar medidas especiales para la

24. *Caso Guáchala Chimbo y otros vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021 Voto Concurrente Dr. Zaffaroni.*

prevención de vulneraciones y protección de los derechos del niño, niña o adolescente, teniendo como uno de sus pilares fundamentales el interés superior del niño. En este tema, la Corte IDH ha señalado que:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable<sup>25</sup>.

Por lo dicho anteriormente, resulta imperativo, por lo tanto, que el Estado desarrolle una política pública nacional transparente, sujeta a rendición de cuentas, sobre las personas desaparecidas en forma forzada o involuntaria, a efectos de prevenir estas situaciones y erradicar la impunidad de estos delitos, existiendo un deber reforzado cuando se trate de niñas, niños, adolescentes y mujeres.

En nuestro país, recién en el año 2004, se estableció el departamento de Personas Ausentes del Ministerio del Interior, lo que significó un avance importante. Sin embargo, no es suficiente. Una política pública en la materia debe contar con la normativa para favorecer el uso de protocolos adecuados para la búsqueda de personas desaparecidas<sup>26</sup>; en tal sentido, se presentó y se aprobó en la Cámara de Diputados, con fecha diciembre de

25. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005*, párr. 134.

26. Protocolo Alerta AMBER; el Protocolo Alba; el Protocolo Adicional para la Búsqueda de Niñas, Niños y Adolescentes; las guías para la búsqueda de personas, la búsqueda con perspectiva de género.

2023 un proyecto de ley que incluye la alerta Amber<sup>27</sup> para la búsqueda inmediata de niños, niñas y adolescentes, pero aún no se transformó en ley.

Cuando las autoridades tomen conocimiento de la desaparición de un niño, niña o adolescente, ante los posibles riesgos en los que se encuentra y los deberes especiales de protección, la actuación no puede agotarse en la mera emisión de la denuncia. Así que, cuando un niño, niña o adolescente se ausenta de algún centro de protección estatal, no es suficiente con que se cumpla la mera formalidad de que los funcionarios realicen la denuncia del hecho ante la autoridad policial cumpliendo con el protocolo establecido<sup>28</sup>. Es necesario articular un sistema efectivo y eficiente que permita su localización inmediata.

Los procesos de investigación, por su parte, deben hacerse adoptando un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad, considerando que, como vimos, hay factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar<sup>29</sup>.

Ante una denuncia de desaparición, el Estado tiene el deber de actuar en forma rápida y diligente a los efectos de ubicar el paradero e investigar los hechos, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. No es suficiente que cada Estado no ejecute actos que se vinculen a la desaparición de mujeres en sus territorios, sino que, además, existe responsabilidad del Estado

27. *Ubicación de menores de edad ausentes o desaparecidos. Se establece un sistema de búsqueda temprana.* Sitio de la Cámara de Representantes (diputados.gub.uy).

28. Circulares 2021, Circ. 31568/2021. Salidas no autorizadas. (inau.gub.uy).

29. *Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018*, párrafo 154 y 155.

por omisión, al no tener una policía pública que evite estos casos y por la falta de la debida diligencia en la investigación.

Resulta necesario, como parte de la política pública, la capacitación a los operadores que trabajan en centros de protección, para que puedan tomar las medidas inmediatas ante situaciones de riesgo, adecuando los protocolos en tal sentido.

Las desapariciones de mujeres y niñas, forzadas o no, constituyen una clara violación a varios de los derechos de estas. En cuanto a los deberes de los Estados, la Convención de Belén do Pará menciona que deben abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia y actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, así como garantizar la adopción de medidas, legislación, mecanismos y procedimientos necesarios para garantizar el derecho a las mujeres a una vida libre de violencia, incluyendo el acceso a la justicia<sup>30</sup>.

### 1.5 Acceso a la justicia

Es deber del Estado garantizar el acceso gratuito e igualitario a la justicia de las víctimas y sus familiares, que no se limita a la designación de un defensor público. Entre otras cosas, es necesario articular un procedimiento sencillo y rápido de denuncia de estas situaciones. En caso de adolescentes institucionalizados, corresponde la ejecución de un esfuerzo coordinado y sistemático para proceder de manera eficaz ante cada salida no autorizada, estableciendo una estrategia de abordaje ante posibles situaciones de explotación y abuso sexual<sup>31</sup>.

30. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, artículo 7.

31. Informe No. 037/Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. SP/2015. Montevideo, 6 de julio de 2015. Disponible en página web de la INDDHH.

Desde que la autoridad competente toma conocimiento de oficio o por denuncia de que una persona se encuentra desaparecida, sin importar el tiempo, se debe disponer las medidas necesarias y adecuadas “dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad”<sup>32</sup>, realizando con diligencia toda la actividad probatoria necesaria para tal fin, sin estereotipos, respetando el derecho a la información de la familia, “responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres”<sup>33</sup>, niñas y niños. En este punto resulta fundamental velar por la capacitación de los funcionarios y operadores del sistema a efectos de detectar estos casos, investigar diligentemente y con empatía, compromiso y responsabilidad con las víctimas y allegados, con el fin de encontrar a las personas desaparecidas.

Resulta necesario, además, que la declaración de la víctima, una vez ubicada, sea realizada por personal especializado, con los apoyos necesarios, evitando la revictimización. Del derecho al acceso a la justicia se deriva el deber de garantía que adquiere especial intensidad cuando las niñas son víctimas de un delito de violencia sexual y participan en las investigaciones y procesos penales. Mantener obstáculos no sólo contribuyen a la denegación de justicia, sino que resultan discriminatorios, puesto que no permiten que se ejerza el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad<sup>34</sup>.

Es por ello que se debe formar y sensibilizar al personal judicial y médico de manera que tengan presente que, en los

32 *Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009*, párrafo 283.

33 *Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México*, párr. 282.

34 *Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, párrafo 156.

casos de trata o explotación sexual, no corresponde alegar el consentimiento de la víctima.

Resulta relevante que las autoridades estén libres de estereotipos a la hora de articular las investigaciones<sup>35</sup>. Atento a la complejidad creciente de los casos y su posible vínculo con temas como narcotráfico o tratos de personas, sería oportuno centrar todas las investigaciones en una Fiscalía Especializada para poder encontrar patrones que se repiten<sup>36</sup>.

El Estado en general y sus jueces, fiscales y defensores en particular, deben prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad<sup>37</sup>. Corresponde que se lleven adelante los procesos judiciales con la debida diligencia, tendiente a la sanción de los responsables, ya que la lentitud de estos se percibe como impunidad y tiende a perpetuar estos delitos.

En tal sentido, y como triste ejemplo de lo antes dicho, cabe recordar un caso tramitado ante la INDDHH<sup>38</sup> donde se pudo constatar en la investigación el caso de una adolescente de 16 años, que desapareció de su hogar en diciembre de 2016. Las personas con que se la vio al irse, tres adultos, recién fueron formalizados en 2019, o sea 3 años después, uno “por los

35. *Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018*, párrafos 294 y 295.

36. *Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009*, párrafo 154.

37. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009*, párrafo 184

38. Constatando la INDDHH por resolución No. 801 / 2019 de fecha 27 de diciembre de 2019 que: “Se vulneraron los derechos de M.C. y su familia, en función de los excesivos plazos transcurridos, conforme a la legislación nacional e internacional”.

delitos de contribución a la explotación sexual infantil” y a los otros dos “retribución para cometer actos sexuales contra menores de edad”. Sin embargo, la joven aún permanece en la nómina de personas desaparecidas y nadie fue sancionado por esto.

## Conclusiones

El Estado en su rol de garante de los derechos humanos de todos sus habitantes, debe diseñar e implementar una política pública respetuosa de los derechos humanos para actuar ante las denuncias de desaparición de niños, niñas y adolescentes con quienes tiene un deber reforzado de protección, incluyendo legislación y adecuación de los protocolos existentes.

Cuando un niño, niña o adolescente desaparece, aun de manera temporal o intermitente, hay una multiplicidad de derechos que corren riesgo de ser vulnerados, por lo que el Estado no cumple con sus obligaciones sólo con abstenerse de dañar, sino que tiene el deber de prevenir, investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.

La constatación de factores estructurales de discriminación debe estar presente tanto en el diseño como en la implementación de la política pública, ya que estos pueden crear o favorecer las condiciones para que se den estas desapariciones y además dificultan el acceso a la justicia de las víctimas.

Urge la aprobación de protocolos para la pronta ubicación de los niños, como el protocolo Amber, pero además que se realice la correspondiente coordinación entre todas las dependencias del Estado y con los demás Estados, ya que muchas veces estas desapariciones no se limitan a las fronteras nacionales y están vinculadas con temas de trata de personas o narcotráfico.

Las investigaciones deben tener presente la perspectiva de género e intersectorial, respetando los derechos de las víctimas y sus familiares.

La falta de la debida diligencia en la ubicación del paradero de la víctima, investigación de los hechos y sanción a los responsables, son claros ejemplos de aquiescencia y permitiría calificar como forzada la desaparición de la persona, pese a que sea cometida por particulares sin vínculos con el poder gobernante y en un sistema democrático.

La demora en las investigaciones, el uso de estereotipos, la falta de capacitación de los operadores en los diferentes niveles con perspectiva de género y de edad, generan en muchos casos impunidad. Esto perpetúa la vulneración de derecho, sobre todo a los sectores más vulnerables de la población.

Es cierto que el número de casos de niños, niñas y adolescentes de nuestro país es pequeño si lo comparamos con otros países de la región; sin embargo, no podemos olvidar que sólo somos un poco más de tres millones de habitantes y tenemos los recursos para que ningún niño, niña o adolescente pase por estas situaciones sin recibir una respuesta adecuada y oportuna<sup>39</sup>.

39. Referencia adicional: Paso, E. *Dueños de las personas. Personas con dueño*. El Paso. Montevideo, 2020.

# LA INTERSECCIONALIDAD COMO FORMA DE ENFRENTAR LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES MIGRANTES

*Nicolle Alejandra Uchpa Mogollon\**

## **Introducción**

La búsqueda del poder y la ambición siempre han sido las principales causas de disputa entre los seres humanos. No hay persona que no busque la tan ansiada comodidad que brinda el ser reconocido como el “más fuerte”; sin embargo, en el divagar de este camino hacia la satisfacción personal, podemos percatarnos de la existencia de ciertas injusticias que, claramente, no afectan al que tuvo la dicha de nacer en condiciones sociales y patrimoniales privilegiadas, sino que perjudican a los que nacieron con menos suerte.

La situación se agrava cuando en el conflicto intervienen personas que ostentan un cargo público, pues las consecuencias de sus acciones no siempre repercuten en su estilo de vida; pero necesariamente incidirán en la esfera de los que se encuentran bajo su “salvaguardia”, en este caso, el pueblo.

Parte de esas situaciones que pueden alterar el proyecto de vida de las personas que subsisten bajo las sombras de sus gobernantes, es la movilidad humana. La movilidad humana es considerada como una de las manifestaciones del derecho a circular libremente e implica “el cruce de los límites de una división geográfica o política, dentro de un país o hacia

---

\* Bachiller en Derecho de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad César Vallejo. Correo electrónico: uchpaalejandra08@gmail.com

el exterior”<sup>1</sup>; este proceso puede estar motivado por diversas razones (forzadas o voluntarias).

Dado que el tema de movilidad humana es amplio, este artículo estará enfocado en el proceso que atraviesan las mujeres para lograr una migración medianamente digna. Además de hacer notar que, si el hecho de ser mujer resulta una desventaja ante la sociedad y políticas migratorias, existen otros factores que podrían colocar en estado de indefensión a este sector, tales como: la formación cultural (pertenecer a un pueblo indígena o tener un origen étnico), padecer de alguna discapacidad, ser parte de la comunidad LGTBQ+, auto identificarse como afrodescendiente, la edad y encontrarse en una situación económica desfavorecida (pobre).

Lo primero que se debe tomar en cuenta es que las mujeres representan casi la mitad de los 244 millones de migrantes y la mitad de los 19,6 millones de personas refugiadas del mundo<sup>2</sup>.

En un estudio realizado sobre la situación migratoria de las mujeres venezolanas durante la Covid-19<sup>3</sup>, se obtuvo que “las mujeres de orientación sexual diversa tienen un 26% más de probabilidades de experimentar discriminación en el trabajo que las mujeres heterosexuales y un 64% más de probabilidades de sufrir discriminación en el espacio público. En el caso de las mujeres auto identificadas como afro-venezolanas, dichas posibilidades aumentan en un 180%”<sup>4</sup>.

1. Organización Internacional para las Migraciones. *Módulo II: Movilidad humana Gestión fronteriza integral en la subregión andina*. Perú, 2012. P. 17.
2. *Refugiados y migrantes. Informe del Secretario General*. 2016. Asamblea General de las Naciones Unidas.
3. Cifras tomadas para ejemplificar la discriminación interseccional que existe entre la población femenina.
4. Luisa Feline Freier, Andrea Kvietok Dueñas, Marta Castro Padrón. “Venezuelan Migrant Women’s Experiences with Discrimination During the COVID-19 Pan-

Como es de verse, dentro de un mismo grupo vulnerable existen diferentes niveles de discriminación que se deben atravesar para alcanzar, en la medida de lo posible, que el espacio territorial escogido para radicar no se vuelva un calvario. Al respecto, se debe recordar que las mujeres no son un grupo homogéneo, por lo tanto, surge la necesidad imperiosa de contar con una técnica legislativa que coadyuve a disminuir o erradicar (siendo demasiado optimistas) aquellas barreras impuestas por los prejuicios de la sociedad.

Si bien es cierto, es absurdo pretender que los ordenamientos jurídicos regulen cada situación en particular, resulta importante que se desarrollen políticas públicas orientadas a brindar una mayor protección a los sectores más afectados en los procesos de movilidad humana (migración), teniendo en cuenta que, incluso, dentro de ese grupo (en este caso mujeres) existen otros marcadores de identidad que entorpecen el libre desarrollo, en condiciones humanas, de las migrantes.

## 1. Desarrollo

### 1.1 ¿Todas las mujeres son iguales? Discriminación basada en diferentes factores

Antes de entrar en materia, es preciso abordar, de manera somera, el concepto y alcances de la discriminación. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe No. 50/16, manifestó:

Sobre el concepto de “discriminación”, si bien la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen una definición de este término, la Comisión, la Corte

---

demic in Colombia, Ecuador and Peru”. *The impacts of COVID-19 on migration and migrants from a gender perspective*. 2022. Pp. 95-117.

y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han tomado como base los principios de los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana, así como las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye: [...] *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*<sup>5</sup>.

Esta distinción a la que hace referencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conlleva a que el grupo que es considerado como “superior” sea tratado con ciertos privilegios, en desmedro de los que son considerados como “inferiores”, los cuales son oprimidos a través de actitudes hostiles que impiden el libre ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Empero, se debe mencionar que no toda distinción es, *per se*, sinónimo de discriminación, ya que esta será permitida siempre que tenga como base motivos razonables y objetivos.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/02, señaló:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa

5. Ver CIDH. Informe No. 50/16. Caso 12.834. Fondo. Trabajadores indocumentados. Estados Unidos de América. 30 de noviembre de 2016, párr. 75.

distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>6</sup>.

Es decir, en algunas ocasiones, las leyes pueden favorecer a un grupo que se encuentre en constante situación de vulnerabilidad. A efectos de la presente, se hará alusión a la población femenina desde sus diferentes aristas.

Es de conocimiento general que el rol de la mujer ha sido denigrado a lo largo de los años. En principio, se las reducía a incubadoras humanas, pues su valor era atribuido a su capacidad de concebir, de modo que, si carecía de dicho “don de la naturaleza”, era marginada y sometida a burlas. Asimismo, no era de utilidad para su núcleo familiar, pues ningún hombre deseaba contraer nupcias con una mujer que no pudiera darle una descendencia, convirtiéndose así en una especie de carga.

Posteriormente, se produce el apogeo de la igualdad y con ello, se empieza a reclamar ciertos derechos, siendo uno de ellos el voto. Sin embargo, no podemos perder de vista que este movimiento estuvo plagado de mujeres casadas, adineradas y, sobre todo, blancas.

Es verdad, el sufragio femenino marcó un hito en la historia del reconocimiento de la mujer como persona que puede aportar, no solo en las labores del hogar, sino también en el ámbito político, pero vale decir que este logro no tuvo repercusión

6. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Opinión Consultiva OC-17/02. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

en la vida de la mujer afrodescendiente, pues para esas fechas todavía no adquirirían el estatus de “persona”.

Al respecto, María Lugones, destacada teórica descolonial, sostiene que en Occidente “solo las mujeres burguesas blancas han sido contadas como mujeres: las hembras excluidas por y en esa descripción no eran solamente sus subordinadas sino también eran vistas y tratadas como animales, marcadas sexualmente como hembras, pero sin las características de la femineidad”<sup>7</sup>.

Posteriormente, en la última década del siglo XX se empezó a poner especial énfasis en la situación de las mujeres afrodescendientes, “con la finalidad de que estas sean consideradas en los análisis sobre la discriminación de género”<sup>8</sup>. No obstante, esta tarea continúa siendo una de las más complejas, porque no basta con reconocer que “hay diferencias que marcan la diferencia”, sino que es transcendental determinar desde qué perspectiva se abordará el problema.

Como es evidente, el racismo aunado con la discriminación por razón de género, genera que las mujeres y niñas afrodescendientes se enfrenten a tasas de pobreza extremadamente altas, así como a obstáculos para acceder a la educación, los servicios de salud y la participación política.

Ciertamente, como se indicó en el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer:

La pobreza de la mujer está directamente relacionada con la ausencia de oportunidades y autonomía económicas, la falta de acceso a

7. Citada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Mujeres afrodescendientes en América Latina y el Caribe: deudas de igualdad*. 2018. P. 16.

8. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Mujeres afrodescendientes...* 2018. P. 9.

la educación, los servicios de apoyo y los recursos económicos, incluidos el crédito, la propiedad de la tierra y el derecho a herencia, y con su mínima participación en el proceso de adopción de decisiones. La pobreza puede asimismo empujar a las mujeres a situaciones en las que se ven expuestas a la explotación sexual<sup>9</sup>.

Si la pobreza aqueja de manera general a las mujeres, la realidad de aquellas que se auto identifican como afrodescendientes es más gravosa. Tal es así que se observa que “la escala de ingresos es ocupada por los hombres no indígenas ni afrodescendientes, seguidos por los hombres afrodescendientes, las mujeres no indígenas ni afrodescendientes, las mujeres afrodescendientes, los hombres indígenas y, finalmente, las mujeres indígenas”<sup>10</sup>.

Así también, de acuerdo con el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada:

Aun considerando que el ingreso promedio de las mujeres negras ha sido el que más se valorizó en dos décadas (80 % entre 1995 y 2015), se mantiene a lo largo de toda la serie histórica la siguiente jerarquía: hombres blancos, mujeres blancas, hombres negros y mujeres negras, del mayor a menor en la escala de ingreso.

Eso apunta a que la brecha entre negros y blancos y, especialmente, entre mujeres negras y hombres blancos, es tan profunda que, a pesar de los avances registrados, persisten grandes desigualdades<sup>11</sup>.

En la misma línea, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe concluyó que: “los ingresos totales promedio de las mujeres afrodescendientes, calculados en 1,9 líneas de pobreza,

9. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S/96. IV.13), cap. I, resolución 1, anexo II, párr. 51.

10. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Mujeres afrodescendientes...* 2018. P. 27.

11. Citado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Mujeres afrodescendientes...* 2018. P. 27.

apenas superan la línea de vulnerabilidad a la pobreza definida por la CEPAL (1,8 líneas de pobreza), lo que en el contexto recesivo que vive la región actualmente muestra la probabilidad de una inminente caída en situación de pobreza<sup>12</sup>. Por lo tanto, independientemente de que estén insertas en el campo laboral, sus ingresos no son suficientes para satisfacer sus necesidades básicas; esto debido a que son consideradas como mano de obra barata por lo que la retribución monetaria no es proporcional a la labor que realizan.

En tanto a la educación, de acuerdo con el Panorama Social de América Latina 2016, “la tasa de asistencia a un establecimiento educativo de las y los afrodescendientes de 12 a 17 años es menor que la tasa de los niños y las niñas y adolescentes no afrodescendientes y no indígenas<sup>13</sup>”.

Sobre este punto, el Secretario General, en su informe para el programa de actividades del Decenio Internacional de los Afrodescendientes, sostuvo:

Los mecanismos de derechos humanos han expresado inquietud por la elevada cantidad de mujeres y niñas que sufren marginación y no han podido acceder a la educación. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Canadá, examinados en 2016, observó con preocupación que las mujeres y niñas indígenas y afrocanadienses tenían un peor rendimiento educativo y académico y abandonaban los estudios con mayor frecuencia. En relación con Honduras, el Comité destacó que las tasas de analfabetismo y abandono escolar en la enseñanza secundaria de las niñas afrodescendientes en zonas rurales eran desproporcionadamente altas, con frecuencia debido

12. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *El Panorama Social de América Latina*. 2015. P. 107.

13. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. “Panorama Social de América Latina 2016”. Santiago, 2017.

a la pobreza, los embarazos y matrimonios precoces y el trabajo infantil<sup>14</sup>.

La educación, generalmente, es el medio para acceder a mejores oportunidades, pero no solo se reduce a eso; sino que una mujer que conoce sus derechos, hará lo posible por conseguir el respeto de los mismos. Por tal razón, el sistema patriarcal hace grandes esfuerzos por impedir que las mujeres desarrollen algo que ellos temen, el pensamiento crítico.

La mujer afrodescendiente es degradada por su color de piel. Desde frases que contienen mensajes racistas como el “gritas como negra” o “este color no es para negras”, hasta los mensajes que se transmiten en los salones de clases o bibliografía que es impartida por el gobierno (libros de estudio), donde se puede observar que la mujer afrodescendiente es retratada con un cuerpo voluptuoso y gustos “escandalosos”, perpetúan la idea estereotipada que la mujer afrodescendiente combina dos características que la sociedad patriarcal concibe como llamativas: extrovertida y sexy, reduciéndolas a simple “carne de consumo masculino”.

En cuanto a lo anterior, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe advirtió:

La violencia de género encuentra un espacio privilegiado frente a los estereotipos que menosprecian y deshumanizan a las mujeres afrodescendientes. En la medida en que las expresiones de violencia que se dan en el contexto de sociedades racistas y patriarcales, sean ellas de índole psicológica, física, sexual, institucional u otra, no estén incluidas en políticas de prevención, atención y reparación, la autonomía física de las mujeres, particularmente de

14. Departamento de Comunicación Global y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Mujeres y niñas afrodescendientes. Logros y desafíos en relación con los derechos humanos*. P. 13.

las afrodescendientes, no tiene ninguna garantía de ser ejercida en plenitud, como lo establecen sus derechos humanos fundamentales<sup>15</sup>.

En síntesis, la discriminación desplegada por el poder hegemónico y patriarcal contra las mujeres afrodescendientes (grupo considerado como “inferior”) produce la precarización de sus condiciones de vida, salud, trabajo, educación, vivienda, etc. Esto no termina ahí, pues la consecuencia inmediata de privarlas de mejores oportunidades es exponerlas a situaciones de explotación laboral (sueldos ínfimos) y, sobre todo, sexual.

Otro sector femenino que ha sido invisibilizado y oprimido en el transcurrir del tiempo es el que vive con alguna discapacidad<sup>16</sup>.

Sobre el particular, Agustina Palacios refiere que históricamente se han desarrollado tres modelos para entender a la discapacidad: modelo de prescindencia, modelo médico o rehabilitador y modelo social o de derechos humanos<sup>17</sup>. En los primeros dos modelos, el nacer mujer y con discapacidad te reducía a la categoría de animal. En el último, se da una mirada más profunda al concepto de discapacidad, a través de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, significando un gran avance normativo para disminuir los estereotipos y prejuicios que rodean al concepto de discapacidad.

Actualmente, la discapacidad es entendida como “aquellas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a

15. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Mujeres afrodescendientes...* 2018. P. 64.

16. Según el Informe Mundial sobre la Discapacidad, elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), una de cada cinco mujeres vive con alguna discapacidad.

17. Para mayor información, véase: Agustina Palacios. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, 2008.

largo plazo que, en interacción con diversas barreras, pueden obstaculizar la plena participación de la persona en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”<sup>18</sup>.

Pese a que se han hecho grandes esfuerzos —*desde la modificación de instrumentos normativos y médicos*— para que el mundo sea más accesible para las personas con discapacidad, la sociedad todavía mira con lástima y recelo a las mujeres y niñas con discapacidad, esperando que estas sean completamente obedientes a las órdenes de un sistema sexista que crea jerarquías basadas en estándares de normalización. Lamentablemente, “esta es la imagen que se reproduce sistemáticamente en y a través de los diferentes dominios de poder, ya sean estructurales, disciplinarios, hegemónicos o interpersonales”<sup>19</sup>.

La idealización de lo que se considera como un ser humano “útil”, teniendo como baremos estereotipos patriarcales y capacitistas, ha orillado a las mujeres con discapacidad a adaptarse a una realidad que no fue construida para ellas y está lejos de implementar verdaderos cambios para su inclusión. Todas las experiencias negativas que atraviesan las mujeres con discapacidad son atribuidas a su condición de tal, como si la cosificación de sus cuerpos y la suplantación en la toma de decisiones fuera parte de su ámbito privado o, como suelen llamarle, “el mundo negativo de la discapacidad”.

En relación a la diversidad que integra a la población de mujeres con discapacidad, *UN Women* refirió:

18. Concepto extraído de la página de la Organización Panamericana de la Salud: <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>

19. María Laura Serra. *Mujeres con discapacidad: Sobre la discriminación y opresión interseccional*. Madrid, 2017.

*Women with disabilities are not a homogenous group. They experience a range and variety of impairments, including physical, psychosocial, intellectual and sensory conditions, that may or may not come with functional limitations. The diversity of women and girls with disabilities also includes those with multiple and intersecting identities, such as being from a particular social class or ethnic, religious and racial background; refugee, migrant, asylum-seeking and internally displaced women; LGBTQI+ persons; women living with and affected by HIV; young and older women; and widowed women, across all contexts.*<sup>20</sup>

Como se mencionó anteriormente, las mujeres no conforman un grupo homogéneo. Entonces, si el panorama para una mujer blanca es desfavorable, para una mujer afrodescendiente lo será con mayor intensidad y para una mujer afrodescendiente y con discapacidad será aterrador. Como es evidente, mientras se agregan características que la sociedad percibe como “malas” a una mujer, las barreras se tornan más sólidas.

En tanto el aspecto económico, de manera general, las personas (mujeres y hombres) con discapacidad suelen incurrir en costos adicionales para lograr paliar las diferencias sociales que existen con las personas que no tienen ninguna discapacidad. Al respecto, el Informe Mundial de Discapacidad indicó:

Este gasto adicional se destina generalmente a servicios de atención de salud, dispositivos asistenciales, opciones de transporte más costosas, calefacción, servicios de lavandería, alimentación especial o asistencia personal. Debido a estos gastos más elevados, es probable que las personas con discapacidad y sus familias sean más pobres que las personas sin discapacidad con unos ingresos similares. En los países de ingresos bajos, las personas con discapacidad, en comparación con las personas sin discapacidad,

20. UN Women. *The Empowerment of Women and Girls with Disabilities Towards Full and Effective Participation and Gender Equality*. 2018. P. 10.

tienen una probabilidad un 50 % mayor de enfrentarse a gastos sanitarios ruinosos<sup>21</sup>.

Teniendo en cuenta estos resultados, es importante resaltar que, en comparación con los hombres sin discapacidad, “las mujeres con discapacidad tienen una probabilidad dos veces menor de tener un empleo”<sup>22</sup>. Esto se traduce en un aumento de la pobreza en mujeres con discapacidad, quienes además de incurrir en gastos adicionales para mantener un estilo de vida en condiciones dignas, deben contemplar en su presupuesto los gastos que genera el nacer mujer (toallas higiénicas, visitas al ginecólogo, métodos anticonceptivos, etc.).

Una de las causas directas de la pobreza es la falta de oportunidades laborales.

Las mujeres con discapacidad son propensas al trabajo no remunerado. Con respecto a esto, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas arribó a los siguientes resultados:

*There has been growing recognition of the value of women's unpaid care and domestic work, but the role of women with disabilities in this type of work is less known. Contrary to paid work in which women with disabilities participate less than women without disabilities, available evidence shows that in seven out of eight developing countries [Jamaica, Brazil, Tanzania, Mexico, Indonesia, Dominican Republic, Iran and Vietnam] women with disabilities are more likely to be engaged in unpaid work than women without disabilities.*<sup>23</sup>

21. Organización Mundial de la Salud & Banco Mundial. *Informe mundial sobre la discapacidad 2011*. 2011. P. 48.

22. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. *Realización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible por, para y con personas con discapacidad*. 2018. P.108.

23. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. *Realización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible...* 2018. P. 109.

Es un hecho que las mujeres con discapacidad tienen una mayor dificultad para encontrar un trabajo remunerado, formal o informal, que aquella sin discapacidad. Dicha barrera responde al pensamiento colectivo de que las mujeres con discapacidad no poseen ninguna habilidad, más que la de entretener con sus “ocurrencias”. Eso, más el uso frecuente de los términos “angelito” o “niña con discapacidad” cuando la mujer tiene más de 20 años, contribuyen a la infantilización innecesaria y sobreprotección (creer que no pueden tomar decisiones sin la intervención de terceros) de este sector. Debido a esto, se cree que no tienen nada valioso que aportar, por lo que el trabajo no remunerado (forma de esclavitud moderna) se presenta como su única opción, no para sobresalir, sino para sentirse útiles; más aún si no cuentan con algún familiar.

Dentro del conjunto de mujeres con discapacidad, se hallan las que pertenecen a grupos minoritarios. En el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, se estableció que:

Las mujeres con discapacidad que pertenecen a grupos minoritarios son objeto de múltiples formas de discriminación y de violencia a causa de su raza y origen étnico, su género y el hecho de tener además discapacidad. Pueden ser objeto de discriminación en el acceso a la educación, el empleo y la salud, y se les pueden negar ajustes razonables. Las mujeres de color con discapacidad que buscan apoyo preventivo o el acceso a la justicia son objeto de prácticas discriminatorias en que son consideradas no creíbles o como “contribuyentes” a su propio abuso<sup>24</sup>.

Una vez más, como ya se ha señalado, incluso dentro de un mismo grupo vulnerable se distinguen diferentes niveles de

24. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. Documento de las Naciones Unidas con signatura A/67/227. 2012. P. 8.

discriminación. Sin perjuicio de ello, todos tienen un común denominador: ser mujer.

Otro aspecto a tomar en cuenta, son los vínculos afectivos que forman las mujeres con discapacidad. Dado que, desde infantes, se les inculca que son difíciles de amar, muchas de ellas se ven envueltas en relaciones de poder, donde la persona que provee económicamente en el hogar o funge de su cuidador toma las riendas de su vida sin previa consulta, bajo la visión paternalista de que se hace “por su propio bien”. Tal circunstancia es puesta en manifiesto en Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, al concluir que: “Las mujeres con discapacidad tienen una probabilidad por lo menos dos o tres veces mayor que otras mujeres de experimentar violencia, ya sea por parte de sus familiares, parejas, cuidadores e instituciones”<sup>25</sup>. A pesar de los abusos, el arraigo o dependencia (económica o emocional) de las mujeres que viven con discapacidad a su pareja es tan profunda, que guardan silencio para evitar ser abandonadas y revictimizadas.

Avanzando con el tema, toca estudiar a un grupo que ha sido marginado y estigmatizado por su orientación sexual. La comunidad LGBTIQ+ es una de las más golpeadas en la historia. Los roles de género han jugado un papel importante para fortalecer el sistema binario hombre/mujer, creando una línea que ninguno debe sobrepasar, pues de hacerlo, se está condenando a una vida de rechazo social y jurídico.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTIQ+ se manifiestan en numerosos aspectos, tanto en el ámbito público como

25. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial...* Documento de las Naciones Unidas con signatura A/67/227. 2012. P. 10.

en el privado<sup>26</sup>. A este respecto, este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que las personas LGBTIQ+ han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, así como de diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. Esta violencia contra las personas LGBTIQ+ se basa en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes y puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”<sup>27</sup>. Sobre este punto, la Corte ha señalado que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto identifica o no con una determinada categoría.

El caso de las mujeres es aún más preocupante. Con la convicción de que las mujeres solo tienen fines reproductivos, se las ha sometido a diferentes formas de tortura (abuso o explotación sexual, mutilación genital, golpizas, etc.) para lograr “normalizarlas” y hacer que cumplan con los roles asignados por la colectividad. Esta violencia parte del deseo intrínseco de castigar lo que se desconoce o considera como “antinatural”, por ende, no es extraño escuchar experiencias de algunas mujeres transgénero, lesbianas, bisexuales, entre otras, que fueron obligadas a ocultar su orientación sexual, para evitar el rechazo y el hostigamiento de las masas. Con la finalidad de respaldar dicha información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando en cuenta el testimonio brindado por una organización, afirma que “gran parte de la violencia y la discriminación de la que son víctimas las mujeres lesbianas

26. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Opinión Consultiva OC-24/17. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

27. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020*. Serie C No. 402, párr. 92.

y trans es perpetrada con el fin de castigar a las identidades femeninas que traspasan los límites impuestos por las sociedades normativas”<sup>28</sup>.

La violencia ejercida contra las mujeres que se atreven a desafiar los roles de género e intentan superar las barreras impuestas por modelos sexistas, es vista, muchas veces, como una especie de limpieza social o una reacción frente a la “inmoralidad” que supone el no alinearse a los estándares heteronormativos. El someterlas a toda clase de torturas se justifica con el “mantenimiento del orden público y las buenas costumbres”, y en honor a esto se ha permitido que las desprecien y despersionalicen.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatizó que:

Los actos de violencia contra mujeres, incluyendo mujeres lesbianas, bisexuales y trans, son experimentados por éstas como manifestaciones estructurales e históricas del sexismo y la desigualdad entre los hombres y las mujeres. Como resultado de ello, la Comisión nota que los actos de violencia contra las mujeres a menudo pueden adoptar formas específicas como la violencia sexual o la violencia intrafamiliar.

Al examinar la intersección del género con la sexualidad, la orientación sexual y/o la identidad de género, la Comisión ha encontrado que tales actos de violencia son manifestaciones de una combinación de sexismo estructural e histórico y prejuicios contra orientaciones sexuales e identidades de género no normativas y, por consiguiente, pueden tomar formas específicas, como violaciones sexuales que buscan castigar estas orientaciones e identidades, la

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Audiencia sobre discriminación en base a género, raza y orientación sexual en América*, 133º período ordinario de sesiones, 23 de octubre de 2008. Video y audio no disponible.

perforación de los implantes de silicona y la mutilación genital, entre otras<sup>29</sup>.

En la realidad se puede observar que la sociedad suele tener mayor aceptación con los hombres homosexuales que no presentan un rasgo de feminidad, sea en el comportamiento, la forma de vestir o hablar; y es más rigurosa y cruel con aquellos que sí. En ese sentido, se puede concluir que la sociedad tolera a los hombres homosexuales que no se muestran como tal. Esto parte de que, ciertamente, odian percibir una dosis de feminidad en el sexo que es considerado como superior y, por tanto, le es aún peor avizorar una pizca de masculinidad en la expresión de género de las mujeres.

Entonces, las mujeres que siquiera intenten expresar libremente el género con el que se sienten cómodas o su orientación sexual son especialmente vulnerables, producto de la misoginia que impera en el mundo. Las cifras son verdaderamente alarmantes y eso que no todas las formas de violencia son denunciadas debido al acoso de funcionarios públicos que pretenden soslayar el acto de violencia por prejuicios en torno a este sector.

De esta forma, se tiene que “las mujeres lesbianas corren especial riesgo de violencia como resultado de la misoginia y la inequidad de género en la sociedad<sup>30</sup>; sin embargo, los actos de violencia contra mujeres lesbianas generalmente no son denunciadas. De los 770 actos de violencia contra personas LGBT registrados por la CIDH entre enero de 2013 y marzo

29. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. 2015. P. 168.

30. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 22.

de 2014 (letales y no letales), 55 fueron actos contra mujeres lesbianas, o mujeres percibidas como lesbianas”<sup>31</sup>.

En el caso de las mujeres bisexuales, la Encuesta Nacional Sobre Parejas Íntimas y Violencia Sexual en los Estados Unidos del año 2010 (*U.S. National Intimate Partner and Sexual Violence Survey*, NISVS), halló que “las mujeres bisexuales sufren una prevalencia significativamente mayor de este tipo de violencia [sexual] en comparación con mujeres lesbianas y heterosexuales. Se reportó que 61.1 % de las mujeres bisexuales, al menos una vez en sus vidas había sido víctima de violación sexual, violencia física y/o acoso por una pareja íntima, comparado con el 43.8 % de mujeres lesbianas y el 35 % de mujeres heterosexuales”<sup>32</sup>.

Existe un sector dentro de la comunidad LGBTQ+ que está relegado a un nivel de violencia inimaginable: las mujeres trans. La falta de reconocimiento de su identidad de género, en la legislación (como en el delito de feminicidio), su baja intervención en el mercado laboral formal, y la alta criminalización, son elementos que orbitan a su alrededor y las colocan en un mayor peligro de violencia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando los datos brindados por diversas organizaciones de América Latina, expone que:

31. CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI: Un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

32. Respuesta al Cuestionario de la CIDH sobre Violencia contra Personas LGBTI en América presentada por el Gobierno de Estados Unidos de América, recibida en la Secretaría Ejecutiva de la CIDH el 8 de abril del 2014, pág. 2.

El promedio de la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 35 años de edad o menos<sup>33</sup>. En este sentido, la CIDH ha observado que, si bien parece que los hombres gay de todas las edades son objeto de violencia, en el caso de las mujeres trans, son mayormente las mujeres trans jóvenes quienes son víctimas de violencia. La CIDH ha expresado su preocupación por la corta edad de las mujeres trans víctimas de asesinatos y otros actos de violencia. Según los datos recopilados, el 80 % de las personas trans asesinadas tenía menos de 35 años de edad<sup>34</sup>.

Nadie busca a las mujeres trans desaparecidas, no se preocupan por ellas y mucho menos las valoran como personas que son. En cada ambiente en el que se pueden desenvolver (laboral, educativo, sexual, familiar entre otros) son objeto de burla, marginación y estigmatización, por eso optan por aislarse y

33. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Violencia contra Personas Lesbianas... 2015. P. 170: Las cifras exactas pueden variar de acuerdo a las fuentes y los países. Ver: CIDH, *Audiencia sobre el derecho a la identidad de las personas trans*, 144º período ordinario de sesiones, 23 de marzo de 2012; CIDH, Acta de la Reunión de Expertos sobre Violencia contra las Personas LGBTI en América, Washington DC, 24 y 25 de febrero de 2012; REDLACTRANS, *La transfobia en América Latina y el Caribe*, 2009, pág. 63; [Argentina] Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), *Políticas inclusivas para el colectivo trans*, 2013; [Guatemala] Organización Trans Reinas de la Noche, REDLACTRANS, IGLHRC, Heartland Alliance y The George Washington University Law School International Human Rights Clinic, *Human Rights Violations of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender (LGBT) People in Guatemala: A Shadow Report* [disponible sólo en inglés], marzo de 2012, pág. 16; [Uruguay] Ministerio de Desarrollo Social, *Políticas públicas y diversidad sexual: Análisis de la heteronormatividad en la vida de las personas y las instituciones. Informe final*, junio de 2013, pág. 135. Un estudio llevado a cabo en el año 2005 en Argentina, en el que se analizaron las muertes de 420 personas trans (travestis), reveló que el 70 % tenía entre 22 y 41 años de edad al momento de su muerte. Berkins, Lohana, "Travestis: una identidad política", en *Pensando los feminismos en Bolivia*, Conexión Fondo de Emancipación, 2012, pág. 224.

34. CIDH, Comunicado de Prensa No. 153A/14, Una mirada a la violencia contra personas LGBTI: Un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, Anexo al Comunicado de Prensa No. 153/14. 17 de diciembre de 2014.

sucumben ante las "oportunidades" que se les presenta en el trabajo sexual, donde están doblemente expuestas a ser maltratadas y/o asesinadas por clientes o autoridades policiales.

Se cree que las mujeres que se sobreponen a los parámetros establecidos por el sistema heterocisnormativo no son merecedoras de respeto. En lo familiar, se las acusa de inculcar en los menores "malos pensamientos o costumbres" para moldear su comportamiento y hacer que se "conviertan"; en lo laboral, son consideradas como una mala imagen para la política empresarial (salvo en el mes del *pride*) y las rebajan a una especie de entretenimiento, sometiéndolas a soportar bromas de mal gusto relacionadas a su orientación sexual o identidad de género; en lo educativo, son marginadas e invisibilizadas por estimar que están atravesando una confusión, aunado a los comentarios discriminatorios que imparten los docentes; y, en las relaciones amorosas, no pueden exhibirse de manera afectuosa con su pareja sin que las personas se quejen o insulten por suponer que estas "prácticas" perjudican a la familia (constructo social sentado por la iglesia católica) y alteran el orden social.

En el desarrollo global de la discriminación que padecen las mujeres, se pueden observar diversos matices. Esto nos debe llevar a concluir que el tratamiento legislativo a utilizar, debe atender a las diferentes necesidades de cada grupo de mujeres (afrodescendientes, indígenas, con discapacidad, parte de la comunidad LGBTQ+ y demás), para brindarles una protección adecuada. Por tanto, en la elaboración de leyes debe imperar una mirada feminista, en aras de tutelar y salvaguardar los derechos de todas las mujeres. Claro está, este feminismo no puede ser el liberal y menos el que beneficia únicamente a la mujer burguesa (feminismo plagado de simplismo y privilegios), sino debe ser el interseccional (feminismo diverso), que se caracteriza

por contemplar las múltiples desigualdades que atraviesan los grupos que integran la categoría de “mujer”.

## 2.2. ¿Qué sucede con las mujeres migrantes? Una mirada interseccional

De todo lo expuesto, se puede advertir que, en el caso de las mujeres migrantes, los grupos subalternizados estudiados (no es una lista taxativa) tienen vivencias diferentes, en atención a las particularidades y/o características que poseen.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recalzó que:

Entre los problemas con que tropiezan las mujeres y las niñas migrantes figura el riesgo de ser objeto de determinadas formas de violencia, incluida la violencia sexual, a manos de contrabandistas, grupos delictivos o individuos en los países de origen, de tránsito y de destino. Asimismo, su viaje podría derivar en un caso de trata de personas, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud. También pueden correr riesgos más graves, como el de ser objeto de violencia sexual y acoso mientras se hallan en tránsito en campamentos o en centros de acogida, debido, entre otros motivos, a la cohabitación en un mismo alojamiento y al uso común de las instalaciones sanitarias, lo que las hace vulnerables a la violencia y a los malos tratos. Puede que carezcan de acceso a servicios específicos para las mujeres y, con frecuencia, la reticencia de las víctimas a denunciar casos de violencia sexual se traduce en que tan solo un escaso porcentaje de los casos son denunciados. Además de ser uno de los principales motivos que empujan a las mujeres a tomar la decisión de migrar, la violencia por razón de género es un fenómeno habitual en el transcurso de su viaje y en los países de destino<sup>35</sup>.

35. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, A/HRC/32/42, 19 de abril de 2016, párr. 62.

El proceso migratorio de las mujeres es una forma de tortura. Las que tienen los suficientes recursos para ingresar de manera legal a un país, no pasan por los horrores que implica trasladarse de manera ilegal.

La exposición a sufrir violencia se multiplica en el tránsito migratorio ilegal, por ello las mujeres han tenido que adoptar medidas orientadas a paliar los estragos que pueden dejar en ellas las diversas formas de manifestación de violencia (secuestro, trata de personas, maltrato físico, violación en masa, etc.). Una de esas medidas, por ejemplo, es la aplicación de un anticonceptivo conocido como “Depo-Provera” que sirve para impedir la ovulación durante tres meses, de modo que en caso de ser violadas evita queden embarazadas<sup>36</sup>.

En líneas generales, las mujeres que se encuentran en el contexto de movilidad humana son vulnerables a violaciones de derechos humanos en todas las etapas de su migración: país de origen, tránsito y de destino. La discriminación estructural (incluyendo la hipersexualización y la criminalización) se agrava con la aparición de otros factores en una misma persona, como la raza, edad, ser LGBTQ+, vivir con alguna discapacidad, posición económica u otra condición social, siendo este uno de los mayores obstáculos para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

No es lo mismo ser una mujer migrante con un trabajo formal, que ser una mujer cuya opción sexual o identidad de género es percibida como un pecado y, ante la mínima expresión será lapidada por la opinión pública.

36. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. 2013. P. 95.

Asimismo, existen barreras burocráticas que entorpecen el acceso de las mujeres migrantes a cuestiones básicas como la educación o atención médica. Además, de que todos estos espacios de desarrollo personal, están sujetos a concepciones negativas sobre las migrantes; si tiene discapacidad, será un gasto más para el Estado y está destinada a la mendicidad; si es pobre o parte de la comunidad LGBTQ+, se dedicará a la prostitución; y, si es afrodescendiente o indígena, serán mano de obra barata para el trabajo doméstico.

La cultura del patriotismo extremo ha ocasionado que en el pensamiento de las personas del país receptor se produzca una iconografía de cuerpos de las mujeres migrantes (como en el caso de las venezolanas, por ejemplo), representándolas como seres altamente sexuales, exuberantes, exóticas, que encarnan los más profundos deseos primitivos de quienes las observan. Bajo esta perspectiva, se las ignora como seres dotados de inteligencia y capacidad, y reduce sus posibilidades de sobresalir, encerrándolas en roles que responden únicamente a estos estereotipos como mendigas, cocineras, bailarinas, sirvientas, prostitutas, entre otros.

Si se analiza con detenimiento lo explicado en el acápite relacionado a la discriminación que sufren las mujeres, fluye que la suma de todos esos factores en una migrante, la llevaría a una especie de injusticia social y jurídica nunca antes vista. Si en sus respectivos países de origen, las mujeres son denigradas e invisibilizadas por la supremacía del patriarcado; las mujeres que tienen la condición de migrante, no corren con mejor suerte.

Otro aspecto que es materia de preocupación, es el alza de la esclavitud moderna. Según la Organización Internacional del Trabajo:

*El trabajo forzoso en la economía privada tiene una importante dimensión de género. Las mujeres [migrantes] en situación de trabajo*

forzoso tienen muchas más probabilidades que sus homólogos masculinos de realizar trabajos domésticos, mientras que los hombres en situación de trabajo forzoso es mucho más probable que trabajen en el sector de la construcción. Las mujeres tienen más probabilidades de ser coaccionadas mediante la retención del salario y el abuso de la vulnerabilidad, y los hombres mediante amenazas de violencia y sanciones económicas. Las mujeres también tienen más probabilidades que los hombres de ser objeto de violencia física y sexual y de amenazas contra sus familiares<sup>37</sup>.

Como es de verse, la esclavitud moderna tiene consecuencias negativas para todas las personas, pero con especial incidencia en el caso de las mujeres migrantes, porque cada problema que surge en la sociedad siempre tendrá una connotación de género, haciendo que las que se encuentran en situación de vulnerabilidad se vuelvan “una presa fácil”.

Las mujeres migrantes necesitan de políticas más protectoras, pero sobre todo se requiere de educar a los funcionarios que darán cumplimiento a tales normas, para que se liberen de sesgos mentales que entorpezcan la labor de tutela de esta población. Es transcendental que los encargados de brindar apoyo sean capaces de realizar su trabajo sin someter a las mujeres (en todos los grupos subalternizados) a circunstancias incómodas que las desanime a pedir ayuda.

## Conclusiones

Se debe despojar al tratamiento jurídico de la discriminación, de la influencia de aquel feminismo que no aporta en nada, ese que no problematiza e intenta representar a un conjunto de mujeres bajo la inútil frase de que “todas las mujeres son iguales por el hecho de pertenecer a un mismo sexo”. Esta clase de feminismo

37. Organización Internacional del Trabajo. *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*. 2022. P. 7.00

solo agudiza la invisibilización de otras formas de opresión que sufren los grupos que conforman a la categoría de “mujer”. No es conveniente universalizar un punto de vista basado en las exigencias de mujeres blancas, burguesas y heterosexuales, sino que es fundamental adoptar otra visión que se asiente en una perspectiva interseccional que nos permita derrocar los diversos regímenes de poder.

En tanto a las mujeres migrantes, además de apostar por una política interseccional, es sustancial obtener datos cualitativos y cuantitativos, respecto a las diferentes formas de violencia que atraviesan cuando en ellas confluyen otras condiciones sociales que acrecientan su vulnerabilidad, pues la falta de estos contribuye a que no se adopten las medidas legislativas preventivas correspondientes.

## LOS CACHORROS DEL CALIFATO Y LAS NUEVAS PRISIONES: CAMPAMENTOS DE DESPLAZADOS INTERNOS EN SIRIA

*Inmaculada Yuste Martínez\**

### Introducción

Tras la derrota de Dáesh en 2019, miles de mujeres y niños y niñas europeos que en su momento viajaron a Siria acompañados por sus progenitores o sus parejas (en el caso de las mujeres) quedaron y siguen estando atrapados en territorio sirio. Inmediatamente después de que la derrota a manos de las Fuerzas Democráticas Sirias (SDF, el brazo armado de la Administración Autónoma del Norte y Este de Siria) y la coalición occidental liderada por Estados Unidos tuviese lugar, estos menores fueron trasladados a campamento de desplazados internos (y cárceles en Irak) en los que todavía permanecen y de los que no pueden salir, no han sido juzgados y no hay ningún cargo en su contra que justifique dicha detención ni su permanencia en territorio sirio. Se estima que actualmente alrededor de 1.000 ciudadanos europeos siguen todavía en los campamentos de desplazados internos sirios que se encuentran actualmente en el noreste del país. Se considera, además, que

---

\* Estudiante de último año de doctorado afiliada a la Universidad de Granada. Ha participado como experta del grupo Internacional de prevención de la radicalización en prisiones por ACAIP, el mayor sindicato penitenciario de España. También ha participado como experta en el ToT de Educación en Derechos Humanos para Profesionales Jurídicos (HELP), del Consejo de Europa. Desde 2022 ha ampliado su cuestión de investigación y centrándose en la defensa de los derechos del niño en zonas de conflicto con especial atención a los abusos perpetrados por ISIS en Siria y las obligaciones de los actores no estatales. Actualmente también forma parte del grupo de revisores de *Alternative Journal* de SAGE: <https://journals.sagepub.com/home/alt> Mail: [inmayuste@ugr.es](mailto:inmayuste@ugr.es) / [yustemartinezinma@gmail.com](mailto:yustemartinezinma@gmail.com)

la población europea se encuentra casi exclusivamente en el campamento de desplazados de al-Hol; de ese número, más de 640 son niños y niñas. Los países europeos de origen de estos detenidos son según se ha podido comprobar: Francia, Bélgica, Países Bajos, Suecia y Reino Unido. El administrador actual de facto de los campos de desplazados, la Administración Autónoma del Norte y Este y las FDS (Fuerzas Democráticas Sirias) han instado en varias ocasiones a los gobiernos europeos a repatriar a sus nacionales, facilitando las cuestiones logísticas necesarias para ello, además de aprovechar para informar de su incapacidad para sostener la situación humanitaria de estos campos por más tiempo. La última vez que realizó este anuncio de manera pública fue en 2021<sup>1</sup>.

Sin embargo, desde 2019, los Estados europeos han alegado diferentes razones para no repatriar a sus ciudadanos: desde imposibilidades logísticas, pasando por argumentos legales y el peligro que suponen estos niños y niñas para la seguridad nacional. Algunos estados han optado por repatriar a niños y niñas huérfanos o menores no acompañados de los que se había comprobado su nacionalidad, lo que se ha traducido en repatriaciones sin un criterio claro y *ad hoc* que está pervirtiendo el sistema de protección internacional del niño y que los ha clasificado entre aquellos que “merecen” ser repatriados y los que no. Urge, por lo tanto, que se adopte un enfoque basado en los Derechos Humanos y los Derechos del Niño que respete entre otros el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el de entrada en el país de origen<sup>2</sup>.

1. Autonomous Administration of North East Syria, 18 March 2021. <https://twitter.com/RojavaIC/status/1372518844720353282>

2. DUDH, Artículos 9 y 13(2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 12(4); CEDH Protocolo No. 4, Artículo 3(2); CDN, Artículo 10(2). El artículo 9 de la DUDH incluye la prohibición del exilio; pero ni el ICCPR ni el ECHR incluyen expresamente esta prohibición “por cuanto se presume que las garantías consagradas en el derecho a la libertad de circulación, incluido el

En la práctica, el respeto y el cumplimiento de estos derechos requiere la participación positiva y voluntad de los Estados para llevar a cabo medidas efectivas que permitan la pronta repatriación y reintegración de estos niños y niñas, esto es, facilitar la realización en su caso de pruebas de ADN que determinen la maternidad y la paternidad; asegurar las medidas sanitarias así como la salud física y psíquica de estos menores; proporcionar la asistencia consular necesaria a través de la emisión de los documentos administrativos que se requieren para que puedan viajar a sus países de origen así como contactar con las autoridades administrativas sirias que controlan los campos de desplazados y ONGs activas en el terreno para llevar a cabo la repatriación de manera efectiva.

En este artículo se hace referencia principalmente a las normas internacionales y al derecho europeo de los derechos humanos, en particular la jurisprudencia de la Unión Europea Tribunal Internacional de Derechos Humanos (TEDH), y a las organizaciones humanitarias internacionales, el derecho internacional relativo a la lucha contra el terrorismo, el derecho de las relaciones diplomáticas y consulares, y el derecho de la Unión Europea.

La estructura de este artículo se compone a su vez de tres partes: la primera pretende contextualizar la situación actual en estos campos de desplazados internos sirios, localizarlos geográficamente y dar a conocer la realidad que viven diariamente los que se encuentran en ellos. La segunda pretende analizar desde el respeto a los Derechos Humanos y

derecho a regresar al propio país, hace imposible el exilio en práctica”. Véase: Sandra Krähenmann, “Las obligaciones en virtud del derecho internacional de los combatientes extranjeros Estado de Nacionalidad o Residencia Habitual, Estado de Tránsito y Estado de Destino” en *Combatientes extranjeros bajo el derecho internacional y más allá* (eds.) Andrea de Guttry, Francesca Capone, Christophe Paulussen, Asser Press, 2016, pág. 250.

la aplicación de los mismos desde una perspectiva pro persona, las diferentes respuestas de los EEMM a la repatriación de sus nacionales niños. La tercera parte de este artículo se centra en plantear argumentos legales basados en el respeto a los derechos existentes para la repatriación de los niños y niñas.

### Condiciones en los campamentos de desplazados internos sirios

La caída del último bastión de Daesh en marzo de 2019 en la ciudad de Baghouz, a manos de EEUU con el apoyo de la Administración autónoma del Norte y Este de Siria (AANES), supuso el colapso territorial de la organización terrorista<sup>3</sup>. Centenares de combatientes extranjeros fueron capturados y detenidos. La mayoría de mujeres y niños, fueron trasladados a los campamentos de desplazados internos de al-Hol y al-Roj al noreste de Siria<sup>4</sup>, campamentos que de facto actúan como centros de detención en los que la mayoría todavía permanecen y de los que no se les permite salir, salvo por cuestiones sanitarias de extrema urgencia. La mayoría de estas mujeres y niños no se les acusa de ningún delito ni han tenido juicio alguno<sup>5</sup>.

Las condiciones de estos campos de desplazados son inhumanas y atentan contra la vida de las personas que en

3. Al Jazeera, “Hundreds of ISIL Fighters Surrender in Syria’s Baghouz: SDF”. 7 March 2019.
4. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 27-38. Human Rights Council, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic”, A/HRC/37/72, 1 February 2018, Annex III Internally displaced persons, para. 4.
5. France, Belgium, Germany, the Netherlands, Sweden, the UK, Spain, Italy and Austria are among the major European countries of origin, see: Thomas Renard and Rik Coolsaet, “From Bad to Worse: The Fate of European Foreign Fighters and Families Detained in Syria, One Year After the Turkish Offensive”, 2020, p. 5.

ellos conviven<sup>6</sup>. En ellos falta agua, alimentos, electricidad y la infraestructura sanitaria necesarios para vivir. Solo en 2019 murieron más de 3717 niños y niñas, y a mediados de 2022 ya se registraban más de 157 muertes de niños y niñas, además con la llegada del frío y las enfermedades que en otros lugares son estacionales y aquí se convierten en endémicas. La mayoría de estas muertes tuvieron lugar por causas que se podrían haber evitado como diarrea o malnutrición. El responsable de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria ha denunciado esta situación en varias ocasiones a través de sus informes<sup>8</sup>. El acceso a la asistencia sanitaria es extremadamente limitado, lo que se acentuó durante la pandemia COVID-19, sin embargo, muy pocos casos fueron reportados en el campo de al-Hol, ya que apenas se hicieron tests de detección. Además, la creciente violencia en el interior de los campos<sup>9</sup> hizo que se limitara todavía más el acceso de los equipos de ayuda y ONGs, dificultando que los actores humanitarios pudieran viajar a la zona y cumplieran con su misión<sup>10</sup>.

La violencia física entre los guardias de las Fuerzas Democráticas Sirias (SDF) y los detenidos, así como entre los

6. Human Rights Watch (“HRW”), “Syria: Dire Conditions for ISIS Suspects’ Families”, 23 July 2019. Liberation, “En Syrie, le Cimetière des Enfants Perdus du «Califat»”, 4 May 2021.
7. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 48-49.
8. Paulo Sérgio Pinheiro, “Statement by Mr. Paulo Sérgio Pinheiro, Chair of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic”, 41st Session of the Human Rights Council, 2 July 2019, 16 September 2019.
9. Paulo Sérgio Pinheiro, “Statement of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic”. 51 período de sesiones, del 12 de septiembre al 7 de octubre de 2022.
10. For more information regarding COVID-19 in the camps, see: HRW, “Thousands of Foreigners Unlawfully Held in NE Syria”, 23 March 2021.

propios detenidos<sup>11</sup>, es endémica lo que está favoreciendo la aparición de síntomas de trauma psicológico para la población retenida<sup>12</sup>. La violencia a la que los niños están expuestos en los campamentos incluye violencia sexual, explotación, tráfico, acoso y el riesgo de adoctrinamiento<sup>13</sup>. Existen numerosos relatos de adolescentes que fueron separados a la fuerza de sus familias por las SDF y llevados a prisiones; algunos de estos centros han sido descritos como centros de “rehabilitación” o “desradicalización”<sup>14</sup>. Además, la seguridad en los campamentos se está deteriorando de forma descontrolada, las mujeres que todavía siguen vinculadas o apoyan la causa del Dáesh han amenazado, atacado y castigado violentamente a mujeres y niños a quienes consideraban “infiel”. La autoridad autónoma que gestiona los campamentos de desplazados y Naciones Unidas han advertido en varias ocasiones acerca de que los campamentos se conviertan en incubadoras que favorezcan el resurgimiento de Dáesh<sup>15</sup>. No debemos olvidar que los

11. RSI, “[Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria](#)”, 2020, para. 40-44.
12. Ibid, para. 39-40; Children’s Rights Ombudspersons (Belgium), “[Recommendations From the Children’s Rights Ombudspersons of Belgium to Deal with the Children Returning in Belgium from Jihadist Zones](#)”. No date, p. 4. See also: Médecins Sans Frontières, “[MSF Denounces Unsafe Environment in Al-Hol Camp in Wake of Staff Killing](#)”, 2 March 2021; InfoMigrants, “[Syria: 12 Murders in Two Weeks at Al Hol Refugee Camp](#)”, 25 January 2021; Arabiya News, “[Syria’s al-Hol camp for ISIS families records 31 murders this year](#)”, 3 March 2021.
13. For details see: Fionnuala Ní Aoláin, “[Gendering the Boy Child in the Context of Counterterrorism: The Situation of Boys in Northeast Syria](#)”, 8 June 2021, Just Security. See also: RSI, “[Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria](#)”, 2020, para. 48.
14. Nisan Ahmado, “[Center in Syria Seeks to Deradicalize IS Teens](#)”, VOA News, 6 June 2019.
15. RTBF, “[Al-Hol Camp in Syria Is Out of Control: ‘Daesh Has Taken Over’](#)”, 3 March 2021. The Guardian, “[Inside al-Hawl Camp, the Incubator for Islamic State’s Resurgence](#)”, 31 August 2019; Open Letter from National Security Professionals to Western Governments, “[Unless We Act Now, the Islamic State](#)

campamentos del noreste de Siria están situados en el área en que tiene lugar el conflicto armado entre las fuerzas kurdas y turcas, haciéndolos, si todavía fuera posible, más peligrosos, inestables, y con alto riesgo para los que allí intentan sobrevivir.

En octubre de 2020, se estimaba que 63.400 mujeres y niños continuaban detenidos en los campamentos de desplazados internos de los cuales 8.000 serían niños y 4.000 mujeres que se cree, son de países distintos de Irak o Siria<sup>16</sup>. Se estima además que más de dos tercios de los niños extranjeros en los campamentos son menores de 12 años, siendo la mayoría menores de cinco años, y más de 500 de esos niños extranjeros, huérfanos o niños no están acompañados. Entre los extranjeros en los campamentos, se estima que 1.000 son mujeres y niños europeos, de los cuales más de 640 son niños procedentes de Francia, Bélgica, Alemania, los Países Bajos, Suecia<sup>17</sup> y Reino Unido<sup>18</sup>.

## Niños y niñas en los campamentos de al-Hol y al-Roj

La representación de los niños y niñas en los campamentos de desplazados internos como un todo monolítico no es real y los deshumaniza, lo que ayuda a fomentar los enfoques de

- Will Rise Again”, 11 September 2019; Rights Watch UK, “[European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing](#)”, 7 November 2019, para. 4; Natasha Turak “[Hundreds of ISIS Prisoners are Escaping from Camps in Northern Syria amid Turkish Offensive](#)”, CNBC, 14 October 2019; Al Arabiya “[French Women from Syrian Camp ‘Retrieved’ by ISIS: Relatives](#)”, 15 October 2019.
16. HRW, “[Thousands of Foreigners Unlawfully Held in NE Syria](#)”, 23 March 2021.
17. Ibid. Thomas Renard and Rik Coolsaet, “[From Bad to Worse: The Fate of European Foreign Fighters and Families Detained in Syria, One Year After the Turkish Offensive](#)”, 2020, p. 5.
18. RSI, “[Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria](#)”, 2020, para. 17.

securitización que gran parte de los gobiernos europeos han adoptado a la hora de repatriar a estos niños y niñas. Pero la realidad es que nos encontramos diferentes perfiles de niños y niñas dependiendo de su edad, su nivel de madurez, si defienden o no los postulados de Dáesh, su ideología, si han sido adoctrinados previamente por el grupo terrorista e incluso si han participado o no en las actividades de Dáesh<sup>19</sup>. Estas cuestiones hacen que no hablemos de un solo grupo de niños y niñas en este sentido, nos encontramos incluso con que algunos de ellos han nacido dentro de lo que Dáesh llamó territorio del Estado Islámico, lo que conlleva un entorno y contexto distinto.

Las mujeres en los campamentos tampoco son un grupo homogéneo<sup>20</sup>. Una importante proporción de mujeres que viajaron originalmente a la región sabían que se estaban uniendo a ISIS, pero muchas tenían un conocimiento limitado sobre las consecuencias y la verdadera naturaleza del régimen de Dáesh. Un número considerable de ellas fueron víctimas del tráfico ilegal<sup>21</sup> o fueron coaccionadas para viajar a territorio Dáesh. Si bien no todas las mujeres en los campamentos han estado involucradas operativamente en las actividades del Dáesh, algunas de ellas jugaron un papel importante en la organización, a veces reclutando a través de la propaganda *on* y *off line*, y otras siendo miembros de las brigadas de la policía religiosa femenina e imponiendo castigos cuando los códigos de comportamiento de Dáesh eran violados, o participando

19. Joana Cook and Gina Vale, “From Daesh to ‘Diaspora’: Tracing the Women and Minors of Islamic State”, 2018, pp. 30-34.

20. Women in the camps are at risk of being transferred to jurisdictions where they may be at risk of torture or death penalty, see: Reprieve, “Trafficked to Syria: British Families Detained in Syria after Being Trafficked to Islamic State”. April 2021, pp. 11-12.

21. Ibid.

en operaciones de combate<sup>22</sup>. Independientemente de sus motivaciones y roles dentro del Dáesh, numerosas mujeres han sido sometidas a abusos atroces en los que se han violado sistemáticamente los derechos humanos, incluida la violencia sexual, la trata y el matrimonio forzado<sup>23</sup>.

Significativamente, una alta proporción de mujeres en los campamentos nunca han mostrado apoyo a Dáesh o ha declarado su arrepentimiento<sup>24</sup>. Solo una minoría de mujeres en los campamentos siguen siendo partidarias de la facción más dura del Dáesh, algunas de ellas han manifestado no querer ser repatriadas y han replicado las estructuras de Dáesh en los campamentos; un ejemplo es cómo han replicado la policía religiosa haciendo cumplir el código de vestimenta impuesto por Dáesh, utilizando la violencia física y verbal contra las personas que no respetaban sus normas<sup>25</sup>. Sin embargo, muchas otras mujeres en los campamentos condenan las duras e inhumanas condiciones de su detención y expresan su voluntad de regresar a sus países de origen, llevar a sus hijos a casa a salvo y, si es necesario, enfrentarse a la justicia. Algunas han renunciado formalmente a la custodia de sus hijos, renunciando a la patria potestad para ofrecer a sus hijos la posibilidad de un

22. Por ejemplo, New Straits Times, “Female Suicide Bomber Kills 31 in Busy Iraqi Market”, 10 June 2017; ICG, “Women and Children First: Repatriating the Westerners Affiliated with ISIS”, 2019, p. 6.

23. Luisa Dietrich and Simone E. Carter, “Gender and Conflict Analysis in ISIS Affected Communities of Iraq”, Oxfam, 2017, p. 9; HRW, “Iraq: ISIS Escapees Describe Systematic Rape”, 14 April 2015. see: Reprieve, “Trafficked to Syria: British Families Detained in Syria after Being Trafficked to Islamic State”. April 2021, pp. 11-12.

24. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 95; VOA News, “In Camp of Diehard IS Supporters, Some Women Express Regrets”, 23 April 2019.

25. Anne Speckhard and Ardian Shajkovci, “Waiting for Return of the Caliphate Among ISIS Enforcers in Syria’s al Hol, Ain Issa and Roj Camps”, 2019.

futuro mejor fuera de los campamentos<sup>26</sup>. En otras ocasiones, han recurrido al pago a contrabandistas para que las saquen con sus hijos de los campamentos<sup>27</sup>.

## Reacciones de los estados miembro

Tras la derrota militar de Dáesh en 2019, las SDF (administrador de facto del área,) anunciaron que no procesaría a ningún combatiente extranjero<sup>28</sup>. Desde ese momento, tanto la propia SDF como la AANES, han expresado en varias ocasiones su voluntad de ayudar a los estados en todos los aspectos tanto logísticos como administrativos que sean necesarios<sup>29</sup> para que la repatriación de sus nacionales se haga efectiva, insistiendo además en que la repatriación se haga acompañados de la madre.

Las políticas de repatriación de los diferentes estados europeos han variado sustancialmente, pero por regla general afirman que no tienen obligación de repatriar de forma activa a sus nacionales<sup>30</sup>, tampoco de prestarles asistencia consular a menos

26. Azeem Ibrahim and Myriam François, “Foreign ISIS Children Deserve a Home”, International Observatory Human Rights, 8 September 2020.

27. Center for Global Policy, “The Children of ISIS Detainees: Europe’s Dilemma”, 2020, p. 8.

28. Al Jazeera, “SDF Calls for International Tribunal for ISIL Detainees”, 25 March 2019.

29. AANES, 18 March 2021, “Press Release”; Library of Congress, “Germany: Court Obligates Government to Repatriate ISIS Member and Children to Germany”, Global Legal Monitor, 17 December 2019; Kurdistan 24, “Belgium strikes deal with KRG to repatriate children of ISIS members: Minister”, 13 June 2018; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019, para. 17; Emma Broches, “What Is Happening With the Foreign Women and Children in SDF Custody in Syria?”, Lawfare, 24 March 2020.

30. Consultar: Norway and the Netherlands, indicated explicitly that while there is a principle of a right to return for these citizens, it does not translate into a

que accedan a una representación consular que les puedan ayudar en la obtención de los documentos necesarios para viajar a sus países de origen<sup>31</sup>, algo imposible para estos niños y niñas encerrados en los campamentos. Existen algunas excepciones a estas reacciones de los estados, ya que algunos de ellos han repatriado a niños muy pequeños, niños que tenían alguna complicación médica o aquellos que eran huérfanos o niños no acompañados cuya nacionalidad había sido comprobada<sup>32</sup>.

---

duty to proactively repatriate the children or to provide consular assistance, see: NRK, “Solberg: - Norske IS-krigere har rett til å komme hjem”, 16 February 2019, Tweede Kamer, “Reactie op het verzoek van het lid Buitenweg, gedaan tijdens de Regeling van Werkzaamheden van 5 februari 2019, over het bericht ‘Nederland onderzoekt terughalen vrouwelijke Syriëgangers en kinderen’”, 21 February 2019, p. 1. Para obtener información detallada sobre las políticas de repatriación europeas de los EEMM, consultar: Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019 para. 5; RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 58-62.

31. Tanya Mehra, “European Countries Are Being Challenged in Court to Repatriate their Foreign Fighters and Families”, 7 noviembre 2019; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 noviembre 2019, para 5.

32. Para más información, Reino Unido confirmó que solo consideraría la repatriación de huérfanos y menores no acompañados, caso por caso, ver: DW, “UK to Repatriate British Orphans of ‘Islamic State’ Fighters”, 21 Noviembre 2019. Francia parece no tener una política oficial, pero anunció a principios de 2019 que intentaría repatriar a los huérfanos y menores no acompañados (pero no a sus madres) y ha confirmado que todas las decisiones de repatriación se tomarán caso por caso, ver: Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 noviembre 2019, nota a pie de página 11. Entre marzo de 2019 y abril de 2020, Francia repatrió a 28 niños, la mayoría de los cuales eran huérfanos; ver: France 24, “France Repatriates 10 Children from Syria, Foreign Ministry Says”, 22 junio 2020. Ver también: Thomas Van Poecke, Evelien Wauters, “The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested Before Domestic Courts in Belgium and Beyond”, Working Paper No. 229, KU Leuven, enero 2021, pp. 42- 43. En Bélgica, “[el] gobierno federal decidió en diciembre de 2017 que los hijos menores de diez años de ciudadanos belgas que viajaron a Siria tenían derecho a regresar a Bélgica. En el caso de los niños mayores, la situación debía evaluarse caso por caso. Si bien el gobierno belga, en principio, no está dispuesto a repatriar a los adultos, las autoridades

De esta manera, algunos estados han adoptado un enfoque *ad hoc* basado en repatriaciones caso a caso que no han tenido un criterio claro ni transparente creando una dicotomía entre aquellos niños que merecían ser repatriados y los que no, y lo que es todavía peor están prolongando el proceso de repatriación. Lo que ha quedado patente es la manera abrumadora en la que los estados han mostrado su negativa a repatriar a los niños y niñas acompañados por sus madres<sup>33</sup>. Para justificar estas posiciones los estados han alegado las dificultades logísticas, el riesgo para la seguridad nacional<sup>34</sup>, la complejidad que supone determinar la nacionalidad de estos niños y niñas además de la especial sensibilidad política que supone reconocer a las SDF (un actor no estatal) como soberano de facto<sup>35</sup>. A pesar de estas motivaciones los casos de países no europeos demuestran que

---

kurdas no permiten que los niños se vayan sin sus padres”. Ver: Thomas Van Poecke, Evelien Wauters, “The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested Before Domestic Courts in Belgium and Beyond”, 2021, pp. 4-5. Ver también: The Telegraph, “Belgium Pledges to Repatriate Children of Isis From Syrian Camps”, 14 febrero, 2020. Más tarde, en 2021, las autoridades belgas anunciaron que repatriarían a los niños belgas de 12 años o menores y a algunas mujeres en los campamentos caso por caso. Ver: Al-Monitor, “Belgian Children and Some Women To Be Repatriated from IS Camp in Syria”, 4 marzo 2021.

33. Emma Broches, “What Is Happening With the Foreign Women and Children in SDF Custody in Syria?”, Lawfare, 24 Marzo, 2020; Le Point, “Syrie: La Belgique pour un Retour Groupé d’Enfants de Jihadistes”, 14 febrero, 2020. Some notable exceptions include Italy, see: US Department of State, “U.S. Commends Italy for Repatriating Its Citizens from Syria”, 1 octubre, 2020.
34. Letta Tayler, “Western Europe Must Repatriate Its ISIS Fighters and Families”, Al Jazeera, 21 Junio 2019. Tales justificaciones son problemáticas. Consultar la sección “Ciudadanía” de OSJI, que contiene enlaces a numerosos informes y casos de litigio que han presionado por salvaguardas que impidan que los gobiernos eludan responsabilidades en función de su propia incapacidad o negativa a identificar a los nacionales y a los niños apátridas.
35. ICG, “Women and Children First: Repatriating the Westerners Affiliated with ISIS”, 2019, p. 13.

es posible realizar repatriaciones que aseguren el respeto y las garantías de sus derechos a estos menores<sup>36</sup>.

La repatriación de los niños y sus madres generalmente ha sido presentada por los políticos y los medios de comunicación como una amenaza a la seguridad nacional. Es cierto que debemos tratar las cuestiones de seguridad con la mayor seriedad y rigor posible, ya que la repatriación no está exenta de riesgos. Sin embargo, el dejar abandonados a niños y mujeres en los campamentos no favorece la seguridad a largo plazo de los Estados europeos y, de hecho, puede ser contraproducente. No en vano, los expertos en lucha contra el terrorismo han pedido un enfoque en el que la repatriación de nacionales –hombres, mujeres y niños– sea sólo el inicio de un proceso que continúe, con el enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración<sup>37</sup>. Los expertos en antiterrorismo indican que a largo plazo, la repatriación es la mejor solución porque permite un control y seguimiento del proceso de repatriación.

Además de los expertos en lucha contra el terrorismo, un número creciente de voces ha pedido la repatriación de los niños junto con sus madres, incluido el Secretario General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad de la ONU<sup>38</sup>,

---

36. Tanya Mehra, “European Countries Are Being Challenged in Court to Repatriate their Foreign Fighters and Families”, 7 November 2019; Rights Watch UK, “European Women and Children in Syria - Factual and Legal Briefing”, 7 November 2019, parag 5.

37. Ibid.

38. UNSC, “Resolution 2427 (2018) on Children and Armed Conflict”, S/RES/2427, 9 July 2018, para. 26; UNSC, “Resolution 2396 (2017) on Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts”, S/RES/2396, 21 December 2017; UNSC, “Resolution 2178 (2014) on Threats to International Peace and Security Caused by Terrorist Acts”, S/RES/2178, 24 September, 2014.

numerosos Relatores Especiales de Naciones Unidas<sup>39</sup>, el Consejo de Europa,<sup>40</sup> el Comisionado Europeo para los Derechos Humanos<sup>41</sup>, y el Parlamento Europeo<sup>42</sup>, así como otros actores que van desde los familiares de las mujeres y los niños en los campamentos hasta las agencias de protección infantil<sup>43</sup> y grupos de víctimas de terrorismo. Sin embargo, a pesar de la presión nacional e internacional, los estados europeos han repatriado solo a un número limitado de niños, en su gran mayoría no acompañados. Además, en algunos casos, los Estados europeos han buscado activamente evitar la repatriación de sus ciudadanos mediante la retirada de la nacionalidad a sus nacionales menores.

En este contexto, los familiares de los niños y sus madres detenidas en los campamentos han comenzado a impugnar en los tribunales europeos las decisiones de los gobiernos

39. OHCHR, “[Syria: UN Experts Urge 57 States to Repatriate Women and Children from Squalid Camps](#)”, 8 February 2021.

40. PACE, “[Resolution 2321 \(2020\) on International Obligations Concerning the Repatriation of Children from War and Conflict Zones](#)”, 30 January 2020.

41. European Commissioner for Human Rights, “[Intervention de la Commissaire aux Droits de l’Homme du Conseil de l’Europe en Qualité de Tierce Partie devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme](#)”, Requête no 24384/19 et 44234/20 H.F. et M.F. c. France et J.D. et A.D. c. France, 25 June 2021.

42. European Parliament, “[Resolution of 26 November 2019 on Children’s Rights on the Occasion of the 30th Anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child](#)”, 2019/2876(RSP), 26 November 2019, para. 61.

43. Children’s Rights Ombudspersons (Belgium), “[Recommendations From the Children’s Rights Ombudspersons of Belgium to Deal with the Children Returning in Belgium from Jihadist Zones](#)”, no date, p. 2; The Children’s Commissioner for England, “[Letter from the Children’s Commissioner to the Home Office and the Foreign Commonwealth Office](#)”, 2019; The Flemish Office of the Children’s Rights Commissioner, “[Standpunt Belgische Kinderen Uit Terroristische Conflictzones Moeten Kunnen Rekenen Op Onze Hulp](#)”, Statement, April 2018; The Dutch Children’s Ombudsman, “[Nederland Moet Kinderen in Kampen Beschermen](#)”, Statement, 19 April 2018; Alice Tidey, “[Six Belgian Orphans of Islamic State Fighters Taken in by Belgium](#)”. EuroNews, 19 April 2018.

de no repatriarlos. En algunos casos, como en Francia, los tribunales defirieron a las competencias políticas del gobierno. Sin embargo, en otros casos como Bélgica, los Países Bajos, y Alemania, los tribunales nacionales solicitaron inicialmente a las autoridades estatales que hicieran esfuerzos para repatriar a los niños y niñas incluso, en algunos casos, con sus madres. Sin embargo, muchas de estas decisiones judiciales han sido revocadas en apelación, reforzando la postura de los Estados de que la repatriación de niños, niñas y mujeres es una opción política más que una obligación legal. Algunas de estos casos ahora se están llevando ante los tribunales supremos en diferentes jurisdicciones, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ante el Comité de los Derechos del Niño. Además, la respuesta negativa de los Estados, en particular de Francia, a repatriar a los niños y sus madres de los campamentos, ha sido denunciada ante la Corte Internacional Tribunal Penal como constitutivo de un crimen de guerra, debido a la ilegalidad de la detención y malos tratos.

### Obligaciones de los estados europeos

Esta sección intenta identificar las herramientas, de las que el derecho europeo e internacional dispone, sobre la obligación legal de los Estados europeos de repatriar proactivamente a sus nacionales niños y niñas. Los argumentos que aquí describen se centran en tres consideraciones de derechos humanos: la aplicación extraterritorial de las obligaciones de los Estados europeos en derechos humanos en relación con sus nacionales niños y niñas detenidos en el noreste de Siria, el interés superior del niño y el derecho a no ser discriminados. Después, la sección examina varios argumentos sustantivos de derechos humanos relacionados, como el derecho a la nacionalidad, y deja para la versión extendida de este trabajo el examen sobre el derecho a la nacionalidad, el derecho a acceder a asistencia consular, el derecho a entrar en el propio país, el derecho a la vida, derecho

a no ser sometido a torturas ni malos tratos, derecho a la libertad y seguridad, y el derecho de los niños víctimas de conflictos armados a su reintegración y recuperación. En el contexto de la detención de niños en los campamentos en el noreste de Siria, la protección efectiva de estos derechos crea una obligación de repatriar proactivamente a los niños, junto con sus madres.

La repatriación proactiva no significa limitarse a permitir que los nacionales entren en el país de su nacionalidad si son liberados o si finalmente logran escapar de los campamentos y pueden regresar a los países de su nacionalidad. La repatriación proactiva tampoco significa simplemente repatriar a los niños y las niñas caso por caso, prolongando así su precaria situación y discriminar a los niños cuyos cuidadores o familiares no cuentan con los recursos necesarios para apoyar los procesos judiciales. La repatriación proactiva significa por el contrario que los Estados deben organizar las repatriaciones de todos sus niños y niñas nacionales, de conformidad con el principio del “mejor interés” de estos niños y niñas. En la práctica, esto supone: ponerse en contacto con las autoridades que gestionan los campamentos, las representaciones consulares ubicadas cerca, y ONGs activas en el terreno para llevar a cabo de forma efectiva la repatriación, establecer la nacionalidad de estos niños y niñas, siempre que sea estrictamente necesario y con las debidas y salvaguardas correspondientes, lo que puede significar facilitar las pruebas de ADN para determinar la paternidad o maternidad; asegurar las garantías de su bienestar físico y psicológico; proporcionarles la atención médica adecuada; y, la emisión de documentos administrativos, incluyendo documentos de identidad y de viaje, para permitir el viaje asistido de los niños a su país de nacionalidad. Una vez los niños y niñas se encuentren en territorio de su nacionalidad, los Estados deben encargarse de que sigan los programas y el apoyo adecuados para su integración y su cuidado, ya que el

trauma y el estrés al que están siendo sometidos estos niños y niñas hace que deban ser tratados por expertos en la materia.

Las normas internacionales y europeas de derechos humanos citadas en esta sección deben evaluarse junto con las obligaciones de los Estados el derecho penal internacional y las leyes internacionales contra el terrorismo.

### Jurisdicción extraterritorial

La aplicación de las obligaciones de derechos humanos depende de la jurisdicción de los Estados<sup>44</sup>. Según el derecho europeo e internacional de derechos humanos, la jurisdicción es principalmente territorial<sup>45</sup>, pero no exclusivamente. Los Estados pueden ejercer su jurisdicción extraterritorialmente bajo tres modelos: a) el modelo espacial, concebido como el control efectivo del Estado sobre el territorio (podemos decir que este es el modelo tradicional)<sup>46</sup>; b) el modelo personal, que considera la autoridad o el control de los Estados sobre un individuo fuera del propio territorio de los Estados<sup>47</sup>; y, el modelo más reciente, c) el modelo funcional, que depende de la capacidad de los Estados para proteger a las personas

44. International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”), Article 2; CRC, Article 2; Convention Against Torture (“CAT”), Article 2; ECtHR, Article 1.

45. ECtHR, “Bankovic et al vs. Belgium”. Application No. 52207/99, 12 December 2001, para. 59-61.

46. ECtHR, “Bankovic et al vs. Belgium”, para. 70; ECtHR, “Ilaşcu et al vs. Moldova and Russia”. Application No. 48787/99, 8 July 2004, para. 314-316; ECtHR, “Loizidou vs. Turkey”. Application No. 15318/89, para. 52; See also: Human Rights Committee (“HRCComm”), “General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the ICCPR”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, para. 10.

47. ECtHR, “Al Skeini and others v. UK”. Application No. 55721/07, para. 131-140; HRCComm, “General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the ICCPR”, para. 10.

de amenazas de forma “inmediata y previsible”<sup>48</sup>. Incluso en ausencia de un control efectivo sobre el territorio extranjero, los Estados de la Unión Europea pueden tener una obligación positiva en virtud del artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (“CEDH”) de tomar medidas dentro de su potestad para garantizar el respeto de los derechos humanos fuera de su territorio. Un Estado, por ejemplo, puede tener jurisdicción respecto a los actos que se realicen, o que produzcan efectos, fuera de sus fronteras nacionales<sup>49</sup>.

El TEDH recuerda que los Estados Partes pueden ser considerados responsables de las consecuencias extraterritoriales de sus decisiones si conllevan un riesgo de tortura o malos tratos<sup>50</sup>. Además, el propio TEDH ha reconocido que la jurisdicción del Estado Parte puede surgir de las acciones u omisiones de sus funcionarios diplomáticos o consulares cuando, en el ejercicio de sus funciones oficiales, ejercen en el extranjero su autoridad

48. Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Annex to the Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Investigation into the Unlawful Death of Mr. Jamal Khashoggi”, 2019, para. 360; The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 14- 17, 35, 36; CommRC, “L.H. et al vs. France”, communications No. 79/2019 and No. 109/2019, CRC/C/85/D/79/2019-CRC/C/85/D/109/2019, 2 November 2020, para. 9.6 and 9.7; HRCComm, “S. and others vs. Malta,” Communication No. 3043/2017, CCPR/C/128/D/3043/2017, 27 January 2021, para. 6.5, 6.7; HRCComm, “S. and others vs. Italy,” Communication No. 3042/2017, CCPR/C/130/D/3023/2017, 27 January 2021, para. 8.5.

49. ECtHR, “Ilaşcu et al vs. Moldova and Russia”. Application no.6780 and no.6950/75, para. 314; ECtHR, “Medvedyev and others vs. France,” Application No. 3394/03, para. 64; ECtHR, “Al Skeini and others vs. UK,” Application No. 55721/07, para. 131; ECtHR, “Güzelyurtlu and others vs. Cyprus and Turkey,” Application No. 36925/07, para. 178.

50. ECtHR, “Soering vs. UK,” Application No. 14038/88, para. 96-98.

en relación con los nacionales de ese Estado<sup>51</sup>. Los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos también han reconocido varias formas concretas en que los Estados ejercen jurisdicción a pesar de no tener ningún dominio territorial. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido que los Estados tienen jurisdicción respecto de los actos que se realicen, o que produzcan efectos, fuera de sus fronteras nacionales. En el contexto de la migración, el Comité ha sostenido que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados “deberían asumir la responsabilidad extraterritorial de la protección de niños que son sus nacionales fuera de su territorio a través de una protección consular basada en los derechos de los niños”<sup>52</sup>. En este contexto el Comité, considera que los Estados tienen jurisdicción sobre sus nacionales residentes en el extranjero en relación con el ejercicio por el Estado de la facultad de emitir pasaportes<sup>53</sup>.

La tendencia constante en los casos antes mencionados es que los tribunales examinen el alcance del control de un Estado sobre derechos particulares, señalando que un Estado puede tener

51. ECtHR, “Al Skeini and others vs. UK”. Application no. 55721/07, para. 133, 134; ECtHR, “X vs. UK,” Application No. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, Decisions and Reports 12, p. 73; ECtHR, “S. vs. Germany,” Application No. 10686/83, Commission decision of 5 October 1984, D.R. 40, p. 191.

52. UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families ( “CMW”), “Joint General Comment No. 4 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the CommRC on State Obligations Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration in Countries of Origin, Transit, Destination and Return”, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, para. 17(e) and 19, cited in: CommRC, “L.H. et al vs. France,” Communications No. 79/2019 .

53. HRCComm, “Vidal Martins vs. Uruguay”, Communication No. 57/1979, 23 March 1982, para. 7.

jurisdicción sobre algunos de los derechos de una persona sin tener jurisdicción sobre otros<sup>54</sup>. Según dos relatores especiales de la ONU, la evaluación de si los Estados ejercen un control de facto sobre los derechos de los niños en los campamentos de desplazados internos en Siria, deben tener en cuenta factores tales como: (1) la cercanía entre los actos del Estado y la supuesta violación; (2) el grado y alcance de la cooperación, el compromiso y las comunicaciones con las autoridades que detienen a niños y sus tutores; (3) la medida en que el Estado de origen puede poner fin a la violación de los derechos de la persona por ejercer o rechazar cualquier intervención positiva para proteger y promover la derechos de sus nacionales; y (4) la medida en que otro Estado o actor no estatal tiene control sobre los derechos<sup>55</sup>.

Hay, como tal, múltiples formas en las que se puede argumentar que los estados europeos tienen jurisdicción sobre sus niños y niñas nacionales que permanecen en los campamentos, ejerciendo control sobre sus derechos. En primer lugar, algunos Estados tienen presencia en los campamentos a través de su personal diplomático, militar y de inteligencia y tienen un grado de control sobre sus nacionales allí<sup>56</sup>. Como dos de los relatores han subrayado, si bien esto ocurre fuera del reconocimiento formal del estatus de las autoridades que gestionan los campamentos, este compromiso señala “un grado y sustancia de la capacidad e influencia en las vidas de aquellos bajo su

54. ECHR rights can be “divided and tailored”. See: ECtHR, “Al-Skeini and others vs. United Kingdom”, para. 137.

55. The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 36.

56. RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, p. 5.

control que no debe ser ignorado”<sup>57</sup>. En concreto, el TEDH, para hacer efectivos los derechos de la Convención, no ha permitido a los Estados basarse en argumentos formalistas sobre la falta de relaciones diplomáticas para evitar sus obligaciones en virtud del derecho a la vida, cuando en realidad la cooperación era posible<sup>58</sup>. En segundo lugar, las autoridades estatales están ejerciendo poderes públicos al decidir si repatriar o a quién repatriar de los campamentos, lo que afecta los derechos de los niños de “manera directa y razonablemente previsible”<sup>59</sup>. Los Estados europeos no pueden argumentar convincentemente que no son conscientes de los riesgos y violaciones de derechos humanos a los que están expuestos los niños en los campamentos y de los daños probables, previsibles y graves a los que están expuestos si permanecen en los campamentos, considerando la gran cantidad de niños que han muerto en los campamentos. En tercer lugar, los niños son nacionales de los Estados europeos que necesitan la protección de sus Estados de nacionalidad, que tienen la capacidad y la obligación<sup>60</sup> de proporcionar la documentación de viaje necesaria. Desde la

57. The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 21; RSI, “Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria”, 2020, para. 84.

58. ECtHR, “Güzelyurtlu and others vs. Cyprus and Turkey”. Application No. 36925/07, 29 January 2019, para. 244.

59. See: HRCComm, “General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the ICCPR”, CCPR/C/G/36, 30 October 2018, para. 63; Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 15.

60. See: HRCComm, “Vidal Martins vs. Uruguay,” Communication No. 57/1979, 23 March 1982, para. 7.

perspectiva de una capacidad funcional, está dentro del poder material de los Estados europeos repatriar a sus nacionales de los campamentos; de hecho, algunos ya lo han hecho. Sobre la base de los principios de la cooperación internacional, aquellos Estados que tengan dificultades para repatriar a sus hijos pueden hacerlo a través de un tercer Estado, como ha sucedido en al menos un caso<sup>61</sup>, ya que las SDF están dispuestas a colaborar con los Estados europeos para repatriar a sus nacionales, como ya lo ha hecho en algunos casos.

La situación de hecho, junto con la capacidad de los Estados europeos para proteger a sus niños y niñas nacionales en los campamentos, da lugar a una obligación positiva que tiene como finalidad prevenir graves violaciones a los derechos humanos. Desde 2020 el Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado hasta en cuatro ocasiones con cuatro Comunicaciones referentes a la admisibilidad sobre repatriaciones de niños y niñas europeos a sus países de origen. En concreto, las Comunicaciones No. 79/2019, 109/2019 y 77/2019, sobre Francia y la Comunicación No. 100/2019<sup>62</sup> sobre Finlandia. Pese a que estas decisiones solo tratan la admisibilidad de las demandas, los pronunciamientos del Comité en este sentido han sido y siguen siendo relevantes por tres motivos: en primer lugar, porque han evidenciado el problema humanitario que sigue sin resolverse en estos campamentos de desplazados internos. En segundo lugar porque fuerza, tanto al Comité como al Tribunal de Derechos Europeos, a entender y resolver sobre la cuestión ya que los Estados no han sido capaces de hacerlo por sí mismos por diversas razones relacionadas en la

61. With the support of France, the Netherlands repatriated two Dutch children in June 2019, see: Reuters, “French, Dutch Islamic State Orphans Repatriated from Syria”, 10 June 2019.

62. Decisión Comité Europeo Derechos del Niño: Concerning communication No. 100/2019.

mayoría de casos con sus políticas exteriores. Y en tercer lugar, porque abre la puerta a la aplicación del modelo funcional de la aplicación extraterritorial de los Derechos Humanos.

En las tres comunicaciones contra Francia, las dimensiones de los derechos de los niños se ven agravadas por el hecho de que muchos de sus progenitores eran a su vez adolescentes cuando decidieron viajar a las áreas controladas por Daesh, o lo siguen siendo hoy, además de que algunos de los niños en cuestión nacieron en territorio sirio. Los hechos presentados por los demandantes y otros informes<sup>63</sup> señalan matrimonios forzados, coerción y vulnerabilidad. No se ha iniciado ningún proceso judicial contra ninguno de ellos y ellas, lo que también abre el debate sobre la brecha que existe en la rendición de cuentas de aquellos que participaron en actividades atroces a manos de Daesh, a la vez que evidencia el vacío legal que existe para aquellos que no participaron en ninguna actividad terrorista y siguen en los campamentos de desplazados agotando sus días en condiciones deplorables. Pese a que, en las tres decisiones referentes a Francia en instancias inferiores a nivel estatal, los órganos sostuvieron que Francia carecía de jurisdicción sobre las niñas y niños en estos campamentos, las tres decisiones fueron admitidas por el Comité. En estas decisiones, el Comité establece que Francia cuenta con la logística apropiada para llevar a cabo las repatriaciones ya que lo ha hecho anteriormente, repatriando a más de 30 niños y niñas franceses sin que haya notificado ningún tipo de incidente o el rechazo de colaboración de las SDF<sup>64</sup>. El Comité además reitera la certeza de la situación de daño y peligro en la que viven estos niños y niñas, y el riesgo

63. Committee of Experts on Terrorism, The Roles of Women in Daesh: “Discussion Paper, Consejo de Europa”, 2016.

64. Comité de los Derechos del Niño. Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l’enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications No. 77/2019, 79/2019 et 109/2019, párrafo 6.4.

real, inminente y predecible al que están expuestos<sup>65</sup>. Por estos motivos el Comité establece la admisión de las demandas y reitera la obligación positiva de los estados bajo el artículo 4 del Convenio de proteger a sus nacionales bajo su jurisdicción haciendo especial hincapié en que esta obligación deviene especialmente fuerte cuando se trata de proteger a niños y niñas del riesgo real de muerte al que se enfrentan los niños que se encuentran en los campamentos de desplazados internos al noreste de Siria. El Comité además admite la violación del artículo 37 (a) al estar detenidos de manera indefinida sin atención sanitaria lo que sin duda repercutirá en el desarrollo de estos niños y niñas. Fundamental es el razonamiento y la conclusión del párrafo 6.10<sup>66</sup> en el que el Comité reconoce la violación de Francia del art. 3 del Convenio al no actuar priorizando el interés de los niños como primera consideración de todas las acciones que se tomen ante ellos, recuerda el párrafo 18 de su comentario No. 14 (2013)<sup>67</sup>, que establece que la inacción, el fallo ante la acción o la omisión son también “acciones”. Reconoce que Francia no ha respetado los artículos 3 y 37 (a) al no proteger a los niños ante la amenaza inminente y previsible ante sus vidas, lo que también supone violación del artículo 6 (1).

Sin embargo, el Comité desaprovecha una muy buena oportunidad para no generar más confusión a la cuestión y no reconoce la obligación positiva del Estado francés de repatriar, pero sí su obligación positiva de proteger el derecho a la vida de estos niños y niñas y de no estar sujetos a trato inhumano y

65. Comité de los Derechos del Niño. *Constatations adoptées par le Comité...*, párrafos 6.5 y 6.7.

66. Comité de los Derechos del Niño. *Constatations adoptées par le Comité...*, párrafo 6.10.

67. Nations Unies: *Observation générale No. 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*.

violaciones; para esto, el Comité se apoya en que Francia es perfectamente consciente de la situación de amenaza en la que se encuentran los niños y niñas y tiene capacidad de actuación. Esta obligación positiva sobre la protección del niño que establece no viene acompañada de una forma de materializar dicha protección, de hecho es contradictoria a la intervención de la Defensora de Derechos francesa que presentó en julio de 2021 (que se utiliza en la decisión como argumento cuando se trata el fondo de la cuestión, en concreto en el párrafo 4.1) en relación con el fondo de las tres comunicaciones, ya que considera que sólo la organización del retorno de niños con su madre a territorio francés y su cuidado por los servicios competentes, puede asegurar su protección y poner fin a la actual violación de sus derechos fundamentales.

En términos generales, estas conclusiones son muy importantes y suponen un pequeño avance y lo que puede ser la paulatina adopción del enfoque funcional de la extraterritorialidad de los diferentes órganos de decisión, pero sin duda tendrá que ser apoyado por las sentencias del Tribunal sobre esta cuestión y sin duda el Comité tendrá que ser más claro en futuras decisiones y cambiar su postura conservadora, para que no quede evidenciado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es indiscutible, en este momento, que la jurisdicción no solo se aplica en el territorio de un estado, sino que también se extiende “extraterritorialmente” en determinadas circunstancias, en particular cuando el Estado ejerce “control efectivo”, y en la medida en la que el Estado pueda poner fin a la violación por ejercer o rechazar cualquier intervención positiva para proteger y promover los derechos de sus nacionales. La amplia cobertura que ofrece la aplicación del modelo funcional sin duda resulta evidente no solo en este caso sino a la luz de la situación internacional y global de los conflictos y cómo se están desarrollando los mismos; como estos conflictos están provocando movimientos de poblaciones más allá de sus

territorios que una vez acabado el conflicto quedan atrapados en dichos territorios sin ninguna protección.

En la decisión más reciente del Comité, de 7 de octubre de 2022 sobre Finlandia, los familiares de 6 niños y niñas exigen la repatriación de sus sobrinas y nietos que nacieron en territorio sirio bajo el control de Dáesh y cuyos padres fueron acusados de luchar en las filas del grupo terrorista; los familiares además plantean la demanda en representación de otros 33 niños y niñas que permanecen en el mismo campamento y que no tienen acceso a ayuda legal ni pueden enviar una comunicación. En ella, el Comité se reitera utilizando la misma interpretación que en las tres decisiones anteriores sobre Francia (adoptadas en febrero de 2022), reconoce que el gobierno finlandés tiene capacidad para repatriar a los niños y niñas que se encuentran en el campamento, sobre la base de que este gobierno lo ha hecho con éxito y sin manifestar algún problema al menos 26 ocasiones anteriores (párrafo 11.3), y vuelve sobre el hecho de que las Fuerzas Democráticas Sirias han expresado en varias ocasiones y abiertamente su disponibilidad para ayudar en la repatriación de estos niños y niñas además de expresar la imposibilidad de sostener la situación humanitaria actual en estos campamentos. El tercer argumento del Comité sostiene la incuestionable situación deplorable y el riesgo que corre la vida de estos niños y niñas y su conocimiento por parte del gobierno finlandés. Ante esta situación de riesgo inminente, el Comité estima que los Estados francés y finlandés tienen la obligación positiva de proteger a estos menores que son sus nacionales. Habiéndose violado los artículos 6 (1) y 37 de la Convención, el Comité recomienda al estado finlandés que tome con carácter urgente las medidas positivas necesarias para repatriar a los niños y niñas actuando de buena fe, además de apoyar su reintegración en el país y tomar las medidas necesarias mientras la repatriación no se pueda hacer efectiva para mitigar el peligro que corren sus vidas.

La cuestión es que en estas cuatro decisiones vemos una evolución en la interpretación de la aplicación del modelo funcional de extraterritorialidad; en las tres decisiones sobre Francia, el Comité no aclaraba ni definía el concepto “control efectivo”, mientras que en su última decisión sobre Finlandia<sup>68</sup>, el Comité argumenta para defender este control efectivo y la capacidad del país para repatriar a 26 niños más además de la buena comunicación del gobierno finlandés con las SDF, la voluntad de éstas para ayudar en las cuestiones logísticas de repatriación (párrafo 11.3). El Comité además basa sus decisiones para determinar que los Estados sí tienen jurisdicción sobre los niños nacionales en cuyo nombre se presentaron las comunicaciones en “factores imperiosos” que podemos dividir en dos grupos: el primero, las circunstancias de las víctimas (“vulnerabilidad extrema” de los niños y las niñas y las “condiciones deplorables de detención” que supone un riesgo inminente de daño irreparable en la vida de los niños y niñas, su integridad física y mental y su desarrollo); el segundo, “la capacidad y el poder que tiene el Estado para proteger los derechos de los niños en cuestión”, en este grupo podríamos además incluir el hecho demostrado ya en las últimas comunicaciones de la capacidad del Estado de prever y ser consciente (en base a las realidades de los campamentos que han sido denunciadas en innumerables ocasiones por organismos oficiales) de los riesgos que corren estos niños y niñas, además de la responsabilidad de dichos Estados por omisión en la violación de sus derechos.

El Comité ha admitido así a trámite las cuatro solicitudes, con sustanciales diferencias en la forma de argumentar, entre las tres primeras sobre Francia y la cuarta sobre Finlandia. Debemos tener en cuenta que esta última es la más reciente (septiembre de 2022), admitiendo la obligación positiva sobre

68. Decisión Comité Europeo Derechos del Niño: [Concerning communication No. 100/2019.](#)

sus nacionales de ambos países (párrafos 6.9 y 11.7) e instando a los estados a que, de manera urgente, tomen las medidas positivas necesarias para repatriar a los niños y niñas que se encuentran en estos campamentos (párrafos 8.c y 13.a). Cabe remarcar la puntualización del Comité en el párrafo 6.10 de las Comunicaciones sobre Francia en las que hace referencia a su comentario No. 14 (párrafo 18), en el que se indica que la inacción u omisión por parte de un Estado es una decisión<sup>69</sup>. De esta remisión se deduce que tal decisión conllevará consecuencias.

Resulta evidente que el Comité no pretende establecer un criterio estándar de jurisdicción a la luz de los resultados de estas cuatro comunicaciones, sino explicar los factores que han influido en estos casos en concreto. Parece que el Comité ha optado porque los hechos y el contexto informen sobre el método de interpretación y cómo se interpretaron las reglas lo que no debería reemplazar a una detallada descripción del criterio que ha seguido. Aunque las consideraciones de los miembros del Comité se centren en resolver de manera urgente la queja presentada, comprender mejor su razonamiento podría haber ayudado a situar el desarrollo en torno a la jurisdicción, y a aumentar la influencia de la jurisprudencia del Comité en el desarrollo jurídico internacional. En cualquier caso, podemos prever que el “contexto” identificado por el Comité será referenciado en otros casos y contextos. Pero sin duda contrasta con el enfoque de algunas de sus contrapartes en el Comité de Derechos Humanos (UNHRC), Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>70</sup>, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), que no han abordado la cuestión

69. Decisión Comité Europeo Derechos del Niño: Concerning communication No. 77/2019, 79/2019 and 109/2019.

70. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: Comentario General No. 3.

con casos particulares sino con el desarrollo de Observaciones generales y Opiniones consultivas<sup>71</sup>, estas consideran los criterios con mayor perspectiva que cualquier conjunto de hechos. En cualquier caso, el desarrollo ante estos organismos también sugiere un cambio hacia el reconocimiento de las circunstancias en las que la jurisdicción proviene no solo del área, sino también de determinadas circunstancias de los derechos de los individuos en el extranjero. En su Observación General 36<sup>72</sup> sobre el derecho a la vida, el UNHRC determinó que la jurisdicción se deriva del impacto “directo y razonablemente previsible” en el derecho a la vida (párrafo 22). Asimismo, la declaración conjunta de los Relatores especiales de Naciones Unidas, en su análisis<sup>73</sup> específicamente sobre “*Jurisdicción extraterritorial de los Estados sobre los niños y sus tutores en campamentos, prisiones o cualquier otra parte en el norte de la República Árabe Siria*”, sugiere que lo que importa para la aplicabilidad de las obligaciones de un Estado es el “*ámbito de su control sobre el solicitante o sobre algunos de sus derechos*” (párrafo 11).

Podemos prever pese a la falta de concreción del Comité, que las circunstancias que analizan y el contexto serán seguidas por otros órganos. En este sentido encontramos un caso análogo en la transición hacia las presentes decisiones en otro caso muy reciente, *S.S. y otros contra Italia (Appl. No. 21660/18)*, ante la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR). En dicho caso el Consejo de Derechos Humanos (CDH) presentó observaciones ante la Corte Europea, sosteniendo que Italia tenía la obligación

71. Observación General No. 36, Observación General No. 3 sobre la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y la Opinión consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2017.

72. UNHRC, Observación General No. 36, 2019.

73. UN Special Rapporteurs for the Syrian Arab Republic, Extra-territorial jurisdiction of States over children and their guardians in camps, prisons, or elsewhere in the northern Syrian Arab Republic, 2019.

de proteger la vida de los migrantes náufragos que se ahogaron en el mar Mediterráneo, fuera de sus aguas territoriales. En su decisión por mayoría (hubo 5 desacuerdos), el CDH hizo preguntas que reflejaban los criterios previamente establecidos. Entre otras cosas como si los migrantes estaban “*dentro del poder o control efectivo de ese Estado parte*” (párrafo 7.4, que refleja su Observación general No. 31 párrafo 10) y si “*el riesgo de una violación extraterritorial [era] una consecuencia necesaria y previsible [de la conducta del Estado] juzgada según el conocimiento que el Estado parte había tenido en ese momento*” (párrafo 7.5, que refleja la OG 36). De forma paralela a los casos de la ECHR, las conclusiones de la mayoría basaron la jurisdicción en gran parte en el hecho de que “*en las circunstancias particulares del caso, una relación especial de dependencia se había establecido entre los individuos en el buque en dificultades e Italia*” (párrafo 7.8). También reflejando las Decisiones del Comité, para poder llegar a esta conclusión, el CDH se basa en una combinación de elementos factuales (*por ejemplo*, los contactos entre la embarcación y los equipos de rescate italianos) y jurídicos (*por ejemplo*, la obligación de responder llamadas de socorro establecida por el derecho internacional marítimo).

Hay diferencias, pero también similitudes con este caso, en la medida en que hubo una solicitud de ayuda en ambos, y los estados en cuestión estaban en una posición de proporcionarla, pero no lo hicieron. Se puede decir que las violaciones estuvieron directa y previsiblemente vinculadas con esas decisiones de no brindar apoyo. La decisión del CDH es más explícita que la de la Corte en términos de la relevancia del derecho internacional más amplio, donde las obligaciones adicionales que surgen del derecho marítimo se pueden tener en cuenta en una interpretación global de los tratados de derechos humanos. Se deja claro que, en la opinión de dichos miembros, la prueba de “*impacto directo y previsible*” requería más que

la incapacidad para actuar cuando la oportunidad –o quizás incluso la responsabilidad moral– se presenta. Esto quizá refleja preocupaciones, que probablemente están en el centro de las discusiones actuales en torno a estas decisiones, en cuanto a cuáles son, si las hay, las implicaciones de la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos para los estados que tienen el poder de evitar las violaciones, como suele ser el caso, y que no lo hacen. La cuestión que se plantea a partir de ahora es exactamente cuándo, y según qué criterio, un Estado ejerce control efectivo fuera de su territorio.

### Primera y única sentencia hasta la fecha

La última y reciente sentencia contra Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (septiembre de 2022)<sup>74</sup> pese a que sigue siendo conservadora en su enfoque y sigue sin clarificar la responsabilidad de los Estados sobre estos niños y niñas en territorio sirio, sí que abre una puerta a un cambio en las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto, y transita hacia la aplicación del modelo funcional de la de extraterritorialidad en la aplicación de los Derechos Humanos.

Por primera vez (en este contexto) el Tribunal reconoce la violación por parte de un Estado Europeo de los artículos 2 y 3 del Protocolo adicional 4<sup>75</sup>, y obliga al Estado demandado a que vuelva a examinar las solicitudes de entrada en territorio francés, para que garantice las salvaguardias adecuadas contra cualquier arbitrariedad que detecte han podido ocurrir en la respuesta que da el estado francés a los solicitantes. Si bien es cierto que lo interpretamos como un avance deja de nuevo

74. CtHR “*Case of H.F. and Others vs. France*”, 2022.

75. Protocolo No. 4. Convenio Europeo de Derechos Humanos, (*artículos 2 y 3*).

muchos cabos sueltos y resulta un arma de doble filo al colocar a estos niños y niñas junto con sus madres en un limbo legal en el que se encuentran desde que llegaron a los campamentos de desplazados. La sentencia concluye que las condiciones de los campamentos no pueden ser atribuidas a la decisión de no repatriar del gobierno francés, y que ni la acción ni la omisión de un estado se debe tener en cuenta para determinar si éste puede o no ser responsable de la violación de derechos de sus nacionales fuera de sus fronteras, algo que, como hemos comentado anteriormente, el Comité citaba como factor a tener en cuenta (párrafo 6.10 de las decisiones 77/79 y 109/2019) contra Francia<sup>76</sup>.

Ante las conclusiones del Tribunal Europeo tenemos que añadir que es evidente que el hecho de que Francia no repatrie a sus nacionales prolonga el sufrimiento y la situación de desamparo de estos niños y niñas. El daño que se les está infringiendo puede ser previsto por Francia a la luz de los numerosos informes de los Relatores Oficiales en Siria y el grupo de trabajo de Naciones Unidas en la República Árabe de Siria, que explican las condiciones deplorables en las que viven en los campamentos de desplazados, teniendo Francia la capacidad de cambiar esta situación con la repatriación. En lo que se refiere a la jurisdicción, el Tribunal añade más confusión a la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, concluyendo que el derecho de entrada al país de origen ha sido violado por Francia no en sustancia, pero sí en el procedimiento; en otras palabras, mientras que no existe obligación de repatriación (según la sentencia), el proceso por el que se tomó la decisión de no repatriar tuvo varios fallos. Además, la cuestión vuelve de esta forma a los órganos nacionales ya que los estados ahora cuentan a partir de esta sentencia con amplios poderes discrecionales para establecer la revisión independiente por parte de un

76. Comunicaciones del Comité: [No.77/2019](#), [79/2019](#) y [109/2019](#)

organismo capaz de evaluar la legalidad de la decisión, aunque no es necesario que sea una autoridad judicial lo que *per se* no debería considerarse como algo negativo pero que sin embargo, a la luz de los comportamientos estatales y la índole política de esta cuestión, nos hace pensar que volverán a actuar en detrimento de sus nacionales.

En cualquier caso, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos supone un paso hacia la aplicación del modelo funcional, en la medida en la que los argumentos que se utilizan por parte de los demandantes vuelven a ser los utilizados ante el Comité en sus Comunicaciones No. 79/2019, 109/2019 y 77/2019 sobre Francia y la 100/2019 sobre Finlandia, y que sirvieron para que las causas fueran admitidas a trámite. En este sentido, tanto el Comité de los Derechos del Niño con sus comunicaciones como el Tribunal con su sentencia, han reconocido el modelo funcional de jurisdicción extraterritorial sobre los niños nacionales en los campamentos porque, basado en numerosos factores contextuales como los descritos anteriormente, el Estado “tiene la capacidad y el poder para proteger los derechos de los niños en cuestión tomando medidas para repatriarlos o proporcionar otros servicios consulares”<sup>77</sup>. Sin embargo, el Tribunal sigue utilizando la ambigüedad que utilizaba el Comité al indicar en varias ocasiones a lo largo de la argumentación de la sentencia, la posibilidad de obligación positiva de los estados en estos casos (párrafos 250, 251 y 252 entre otros)<sup>78</sup>, y navega en todo momento sobre la idea del conocimiento de la situación extrema que viven estos niños y niñas en los campamentos de desplazados sirios, sin avanzar en el desarrollo de la norma ni utilizar las herramientas de las que consta, para establecer bajo sentencia la obligación positiva

77. CommRC, “[L.H. et al vs. France](#)”, 2020, para. 9.7.

78. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, septiembre 2022: [Case Of H.F. and Others vs. France](#).

de los Estados para con sus nacionales. Afortunadamente, existen varias razones de peso para, a través del enfoque funcional, aplicar los Derechos Humanos y los Derechos del Niño ya que todos deberíamos concordar en que el objetivo último del Derecho Internacional, Derechos Humanos y del Derecho Humanitario es que estos derechos y salvaguardas se apliquen al mayor número de personas posible y que cubran cualquier fisura que los sistemas estatales y regionales puedan tener. Por ese motivo no acaba de entenderse por qué el Tribunal ha desaprovechado esta oportunidad para lograr proteger en este caso a aquellos a los que hacía referencia la sentencia (aplicando la perspectiva pro persona de los Derechos Humanos y del Niño) y sentar precedente en este contexto, avanzando así, en adelante, en el desarrollo de la aplicación de la norma. Entendámoslo, pues, como un proceso lento en el que el Tribunal se tendrá que apoyar en los informes de los Relatores, de los grupos de trabajo de Naciones Unidas en Siria y de la presión que se pueda ejercer por parte de los actores no estatales europeos (en este caso).

No se entiende que el Tribunal haya perdido la oportunidad de actuar de acuerdo a derecho ya que, sin lugar a dudas, el Tribunal cuenta con jurisprudencia suficiente para argumentar, en base al modelo funcional de extraterritorialidad, la responsabilidad positiva del Estado francés para la repatriación de estos menores. Podemos empezar indicando que el retorno de estos niños y niñas no sería más que la respuesta integral a una aplicación positiva de las resoluciones del Consejo de Seguridad 2178 (2014) y 2396 (2017) y que se considera en consonancia con los intereses de seguridad a largo plazo de un Estado. Si pensamos más allá de este contexto, los Estados, en su opinión, tienen la obligación positiva de tomar las medidas necesarias y razonables para intervenir a favor de sus nacionales en el extranjero, si hubiere motivos razonables para creer que se enfrentan a un tratamiento en flagrante violación del derecho

internacional de los derechos humanos. Resulta incongruente y *ad hoc* que en este caso los Estados intenten evadir esa responsabilidad, máxime cuando un proceso de retorno efectivo incluye juzgar a las personas responsables de graves violaciones del derecho nacional e internacional por graves y sistemáticos crímenes cometidos en Siria e Irak. Y es, de hecho, la única manera de cerrar la enorme brecha de impunidad para que el sistema judicial inadecuado y disfuncional, tanto en Irak como en Siria, no sea capaz de dar una respuesta.

La jurisprudencia de la que se podría haber valido el Tribunal para realizar una analogía y avanzar es amplia, si se tiene la intención de remitirse a ella. En este sentido, como todos sabemos la jurisdicción de un Estado en virtud del derecho de los derechos humanos es principalmente territorial<sup>79</sup>. Sin embargo, se establece que un Estado también puede tener jurisdicción respecto de los actos que se realicen o que produzcan efectos, fuera de sus fronteras nacionales<sup>80</sup>. Un principio rector cuando consideramos la jurisdicción extraterritorial es la necesidad de

79. *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom*, Application No. 55721/07, 7 July 2011, para. 131; *Soering vs. United Kingdom*, Application No. 14038/88, 7 July 1989, para. 86. This analysis draws primarily from jurisprudence of the ECtHR and jurisprudence construing other comparable jurisdiction provisions, in particular Article 2(1) International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR): “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant.” In relation to UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the clause “Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction” has been interpreted to also include extra-territorial obligations (see Interim Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN Doc A/70/303, 7 August 2015, para. 33).

80. *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom*, (op. cit.), para. 131.

evitar que un Estado perpetre violaciones en el territorio de otro Estado, que no podría perpetrar por sí solo<sup>81</sup>.

En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por ejemplo, la jurisdicción de un Estado fuera de su frontera se establece principalmente sobre la base de (i) el control que el Estado ejerce sobre el territorio (*ratione loci*) o (ii) el control que ejerce el Estado sobre una persona (*ratione personae*)<sup>82</sup>. Los actos (y omisiones) de los Estados en relación con sus nacionales actualmente detenidos en campamentos en la República Árabe Siria septentrional tienen más probabilidades de comprometer su jurisdicción *ratione personae* que *ratione loci*<sup>83</sup>. En caso de que algún Estado asuma un control territorial o efectivo adicional sobre los campamentos, esa posición puede cambiar y debe mantenerse bajo revisión. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce varias formas en que los Estados pueden asumir jurisdicción extraterritorial, incluidos los casos de detención en el extranjero<sup>84</sup>, uso de la fuerza por parte de agentes estatales en el extranjero<sup>85</sup>, los agentes consulares y diplomáticos que actúen en el exterior<sup>86</sup>, y el ejercicio de las funciones de otras facultades legislativas y administrativas, incluida la expedición de pasaportes<sup>87</sup>.

Cuando un Estado ejerce autoridad y control sobre algunos, pero no todos los derechos de un individuo, el Estado tendrá

81. *Lopez Burgos vs. Uruguay*, Communication No. 052/1979, 29 July 1981, para. 12.3.

82. *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom*, (op. cit.), para. 131.

83. Ver, *Drozd and Janousek vs. France and Spain*, Application No. 12747/87, 26 June 1992, para. 91.

84. Ver, *Al-Skeini and Others vs. United Kingdom* (op. cit.).

85. Ver, *Isaak vs. Turkey*, Application No. 44587/98, 28 September 2006; Andreou vs. Turkey, Application No. 45653/99, Admissibility Decision, 3 June 2008.

86. Ver párrafo 21.

87. Ver párrafo 27; párrafo 32 sobre pasaportes.

jurisdicción solo sobre aquellos derechos de los cuales tiene control; de esta manera, la Convención de los derechos se puede “dividir y adaptar”. Al evaluar la jurisdicción de un Estado, un tribunal debe, por lo tanto, considerar el alcance del control del Estado para evaluar las obligaciones extraterritoriales sobre las que debe tener suficiente control (en relación con la situación de un niño recluido en los campamentos del norte de la República Árabe Siria, por ejemplo), sobre el derecho del niño a entrar en su propio país para tener jurisdicción con respecto a ese derecho, pero no tener suficiente control sobre su derecho a la propiedad o tener la obligación de garantizar ese derecho mientras permanezca en el campamento. Cuanto más estrecha sea la conexión entre los actos de un Estado y las repercusiones para el individuo, más probable es que se considere que el Estado está ejerciendo jurisdicción. En *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia*, la Corte consideró que “La responsabilidad de un Estado puede [...] ser responsable de actos que tienen repercusiones suficientemente próximas sobre los derechos garantizados por la Convención, aun cuando esas repercusiones se produzcan fuera de su jurisdicción”<sup>88</sup>. Asimismo, en el contexto de las fuerzas armadas que operan fuera del territorio nacional de un Estado, tanto la CIJ como el TEDH reconocen que los actos de un Estado que impactan en los derechos de la Convención de un individuo fuera de ese Estado, pueden caer bajo la jurisdicción de la Convención, aun cuando la persona no se encuentre bajo la custodia del Estado, siempre que las

88. Ver, por ejemplo, *Ilaşcu and Others vs. Moldova and Russia* [GC], No. 48787/99, para. 317. En *Ilaşcu and Others vs. Moldova and Russia*, el Tribunal tuvo que considerar si los detenidos en la región de Transnistria, una región escindida de Moldavia, que había declarado su independencia, pero no obtuvo el reconocimiento internacional, podía considerarse que se encontraba bajo la jurisdicción de Moldavia. El Tribunal sostuvo que, independientemente de la falta de control efectivo de Moldavia sobre el territorio, conservaba obligaciones positivas para tomar las medidas “en su poder” para “asegurar a los solicitantes los derechos garantizados en la Convención”.

violaciones de los derechos se deriven directamente de los actos del Estado<sup>89</sup>.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado en su Observación General No. 36 que un Estado puede ejercer control sobre los derechos de una persona mediante la realización de actividades que la impacten de manera directa y forma razonablemente previsible. En relación con el derecho a la vida, el Comité considera que<sup>90</sup>:

89. Ver, por ejemplo, *Andreou vs. Turkey*, Application No. 45653/99, Admissibility Decision, 3 June 2008, en el que la demandante recibió un disparo de una bala disparada por tropas turcas con base en un área controlada por Turquía, pero mientras ella se encontraba fuera de esa área. El Tribunal determinó que Turquía tenía jurisdicción, indicando que “en circunstancias excepcionales, los actos de los Estados Contratantes que produzcan efectos fuera de su territorio y sobre los cuales no ejerzan ningún control o autoridad, pueden equivaler al ejercicio por ellos de jurisdicción en el sentido del Artículo 1 de la Convención”. Turquía tenía jurisdicción porque sus actos fueron la “causa directa e inmediata” de las lesiones del solicitante. Ver también *Issa & others vs. Turkey*, Solicitud No. 31821/96, Decisión de Admisibilidad, 16 de noviembre de 2004, párr. 71 y Pad c. Turquía, Solicitud No. 60167/00, Decisión de Admisibilidad, 28 de junio de 2007, párr. 54-55. Véase también, *Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, C.I.J., párr. 216-17. En *Actividades armadas en el territorio del Congo*, el Tribunal interpretó el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y concluyó que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las de otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño y los Derechos Africanos Carta de los Derechos de las Personas, debe ser aplicable extraterritorialmente. El Tribunal adoptó un razonamiento similar al que había articulado previamente en la *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, donde concluyó que Israel tenía obligaciones en materia de derechos humanos tanto dentro como fuera de su territorio (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, Opinión Consultiva, 2004 CIJ 136, 9 de julio de 2004, párr. 107-08.).

90. Observación general No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a la vida, CCPR/C/GC/36.

A la luz del artículo 2, párrafo 1, del Pacto, un Estado parte tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos previstos en el artículo 6 de todas las personas que se encuentren en su territorio y todas las personas sujetas a su jurisdicción, es decir, todas las personas sobre cuyo disfrute del derecho a la vida ejerce poder o control efectivo. Esto incluye a las personas ubicadas fuera de cualquier territorio controlado efectivamente por el Estado, cuyo derecho a la vida se ve afectado, no obstante, por sus actividades militares o de otro tipo de manera directa y razonablemente previsible<sup>91</sup>.

Por lo tanto, la clave a partir de la cual empezar a construir es que: la responsabilidad de un Estado de proteger puede invocarse extraterritorialmente en circunstancias en las que ese Estado en particular tiene la capacidad de proteger el derecho a la vida contra una amenaza inmediata o previsible amenaza para la vida. El Tribunal en la sentencia contra Francia podría haber utilizado para determinar la responsabilidad positiva de Francia, los criterios firmes a los que se hacía referencia en *Osman vs. The United Kingdom*. La determinación de si los Estados han actuado con la debida diligencia para proteger contra muerte ilícita se basa en una evaluación de: (a) cuánto sabía o debería haber sabido el Estado de los riesgos; (b) los riesgos o la probabilidad de daño previsible; y (c) la gravedad del daño<sup>92</sup>. Veamos ahora algunos de los casos con los que sin duda el Tribunal podría haber establecido una clara analogía en lo que respecta a la jurisdicción extraterritorial en relación a los actos y omisiones del Estado francés (es este caso, pero extrapolable al resto de países europeos que cuentan con nacionales en estos campamentos).

91. Para. 63. Se omiten las notas al pie.

92. *Osman vs. The United Kingdom*, Solicitud No. 23452/94, 28 de octubre de 1998, párr. 32-33.

El TEDH ha reconocido durante mucho tiempo que los actos de los agentes diplomáticos y consulares fuera del Estado territorio puede equivaler a un ejercicio de jurisdicción cuando esos agentes ejercen autoridad y control sobre los demás<sup>93</sup>. El Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos señala que la lucha contra el terrorismo es directamente consciente del compromiso diplomático/político en curso por parte de un número de Estados con los actores no estatales responsables de la administración de campamentos en el norte de la República Árabe Siria. Si bien esto ocurre fuera del reconocimiento formal de la condición de estas autoridades, apunta a un grado y sustancia de capacidad e influencia en las vidas de aquellos bajo su control que no deben ser ignorados por los tribunales en el contexto de la protección de derechos fundamentales inderogables y derogables<sup>94</sup>.

En el caso de la Comisión Europea de X vs. República Federal de Alemania, el Tribunal concluyó que Alemania tenía jurisdicción sobre el solicitante en relación con los actos realizados por el consulado alemán y sus agentes en Marruecos, explicando que:

93. *Banković and Others vs. Belgium and Others* [GC], Application No. 52207/99, 12 December 2001, at para. 73; *AlSkeini and Others vs. United Kingdom*, (op. cit.) para. 131.

94. En cuanto a la existencia de un derecho de un nacional en el extranjero a la asistencia consular, está bien establecido que un Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional. En la práctica estatal contemporánea, también existe apoyo significativo en la legislación nacional y decisiones judiciales para la opinión de que existe una obligación, ya sea bajo derecho nacional o internacional, para que el Estado proteja a sus nacionales en el exterior cuando hayan sido sometidos a graves violaciones de derechos humanos. Véase, por ejemplo, *Kaunda vs. President of the Republic of South Africa*, 2004(10) BCLR 1009 (CC), 2 de agosto de 2004, párr. 29-33, 25-29, 51-66, 60-81 (S. Afr.). En *Kaunda*, el Tribunal resolvió que varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Gobierno de Sudáfrica, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, obligaban a los gobiernos a hacer uso de los recursos previstos en los instrumentos internacionales cuando los derechos contenidos habían sido violados o amenazados. Párrafo 169.

“en ciertos aspectos, los nacionales de un Estado Contratante están dentro de su ‘jurisdicción’ aun cuando esté domiciliado o residente en el extranjero [...] en particular, el diplomático y el representante consular de su país de origen realizan ciertas funciones con respecto a ellos que, en determinadas circunstancias, puede hacer que ese país sea responsable con respecto a la Convención”<sup>95</sup>.

Esto se aplica tanto a los actos como a las omisiones de los agentes consulares. En *Chipre vs. Turquía*, el Tribunal reconoció que:

los agentes autorizados de un Estado, incluidos los agentes diplomáticos o consulares y las fuerzas armadas, no sólo deben permanecer bajo su jurisdicción cuando se encuentre en el extranjero, sino también traer cualquier otra persona o propiedad “dentro de la jurisdicción” de ese Estado, en la medida en que ejerzan autoridad sobre tal persona o bienes. En la medida en que, por sus actos u omisiones, afecten a tales personas o propiedad, se compromete la responsabilidad del Estado<sup>96</sup>.

En *X vs. United Kingdom*, una ciudadana británica que vivía en el Reino Unido, cuya hija había sido llevada a Jordania por su padre, se quejó de que las autoridades consulares británicas en Jordania no estaban haciendo lo suficiente para restaurar la custodia de la niña. El Tribunal acordó que las supuestas omisiones de las autoridades consulares británicas en Jordania, provocaban la aplicación del artículo 1, a pesar de que estaban fuera del territorio del Reino Unido<sup>97</sup>.

95. *X vs. Alemania*, Demanda No. 1611/62, Decisión de la Comisión, 25 de septiembre de 1965, Anuario 8, p. 158, en p.168.

96. *Chipre vs. Turquía*, Demanda No. 6780/74 y 6950/75, 26 mayo 1975, p. 136.

97. *X vs. Reino Unido*, núm. 7547/76, Decisión de la Comisión, 15 de diciembre de 1977, DR 12, p. 73.

Las quejas del solicitante se dirigen principalmente contra las autoridades consulares británicas en Jordania. Está claro, al respecto, de la jurisprudencia constante de la Comisión que los agentes autorizados de un Estado, incluidos los agentes diplomáticos o consulares, traigan otras personas o bienes dentro de la jurisdicción de ese Estado en la medida en que ejerzan autoridad sobre tales personas o bienes. En la medida en que afecten a tales personas o bienes por sus actos u omisiones, se compromete la responsabilidad del Estado (cf. aplicaciones No. 1611/62, Anuario 8, pág. 158 (168); Nos. 6780/74, 6950/75, Chipre c. Turquía, Decisiones e Informes 2, pág. 125 11371). Por lo tanto, en el presente caso el Tribunal está satisfecho de que a pesar de que la supuesta omisión de las autoridades consulares de hacer todo lo posible para ayudar al solicitante ocurrió fuera del territorio del Reino Unido, todavía estaba “dentro de jurisdicción” en el sentido del artículo I de la Convención.

De manera similar, en *M vs. Dinamarca*, un caso presentado por un nacional alemán contra Dinamarca, que surge de la conducta del embajador danés hacia el solicitante en la Embajada danesa en la antigua República Democrática Alemana, el Tribunal llegó a la conclusión de que el solicitante estaba bajo el control de la jurisdicción danesa debido a las actividades del embajador, a pesar de no estar en territorio danés<sup>98</sup>. Por lo tanto, podemos decir que en la medida en que un Estado esté realizando actividades consulares —o no las realice— con respecto a personas en los campamentos en el norte de la República Árabe Siria, esas personas pueden estar bajo la jurisdicción del Estado en relación con los derechos afectados por la conducta estatal.

Además, el TEDH también ha reconocido que, en algunas circunstancias, la jurisdicción puede provenir que un Estado ejerza la autoridad y control sobre una persona a través de la aplicación de la ley o poderes legislativos que produzca efectos en un estado diferente, con el consentimiento de ese segundo

98. *M vs. Dinamarca*, Demanda No. 17392/90, 14 de octubre de 1992.

estado<sup>99</sup>. Continuamos con sentencias, en este caso en base al artículo 5 en las que se responde a obligaciones de los Estados para con sus nacionales pese a no encontrarse en territorio nacional y basándonos en la capacidad del Estado para que se dejen de violar los derechos de sus nacionales. En *Stephens vs. Malta*<sup>100</sup>, el Tribunal determinó que Malta tenía jurisdicción en relación con los derechos del artículo 5 para un nacional del Reino Unido que fue detenido en España en virtud de una solicitud de extradición defectuosa realizada por Malta a España. A pesar de que el solicitante se encontraba físicamente bajo la autoridad y control de España durante el período de su detención, el Tribunal consideró que “la privación de libertad del demandante tenía su único origen en las medidas adoptadas exclusivamente por las autoridades maltesas” y que “en consecuencia, el acto denunciado por el señor Stephens, instigado por Malta sobre la base de su propio derecho interno y seguido por España en respuesta a sus obligaciones convencionales, debía atribuirse a Malta sin perjuicio de que el hecho haya sido ejecutado en España”<sup>101</sup>. Análogamente, cuando un Estado inicia un proceso penal contra una persona que no se encuentra en ese Estado, el estado tendrá jurisdicción sobre la persona en relación con esos

99. Véase, *Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi vs. Tanzania, Kenya, Uganda, Rwanda, Zaire and Zambia*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 157/96, 29 de mayo de 2003, que consideró un embargo impuesto a Burundi por Tanzania, Kenia, Uganda, Ruanda, Zaire, Etiopía y Zambia. La Comisión finalmente concluyó que no había habido una violación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; sin embargo, procedió sobre la base de que los Estados tenían deberes extraterritoriales, razonando que no hubo violación porque el embargo era proporcionado: “[l]a cuestión crítica y que puede afectar la legitimidad de la acción es si la acción determinada es excesiva y desproporcionada, indiscriminada y persigue fines más allá del fin legítimo” (párr. 75). En este caso no hubo consentimiento del Estado a la medida, por lo que la proporcionalidad fue el criterio que fue tenido en cuenta.

100. *Stephens vs. Malta* (No. 1), Demanda No. 11956/07, 21 de abril de 2009.

101. *Stephens vs. Malta* (No. 1), (op. cit.), párr. 51-52.

procesos, a pesar de que no estén presentes físicamente en el territorio. Por lo tanto, un Estado Contratante tiene jurisdicción sobre los derechos del Artículo 6 de una persona sujeta a juicio *en rebeldía*, independientemente de que esté físicamente presente en el estado<sup>102</sup>.

En cuanto a la legislación interna de un Estado que tenga efectos fuera de las fronteras nacionales del Estado, en *X. y Y. vs. Suiza* 37, el Tribunal concluyó que a un ciudadano alemán se le impidió entrar en Lichtenstein (en un momento que no era parte del CEDH) por la ley suiza, podría presentar una demanda contra Suiza por violaciones de sus derechos en virtud de la Convención (artículos 3 y 8) causadas por la negativa a ingresar: “Los actos de las autoridades suizas con efecto en Liechtenstein someten a todos aquellos a quienes se aplican jurisdicción suiza en el sentido del artículo 1 de la Convención”<sup>103</sup>.

El Comité de Derechos Humanos ha adoptado un razonamiento similar en *Ibrahima Gueye y otros vs. Francia*, que se refería al pago insuficiente de soldados senegaleses retirados en Senegal por parte del Estado francés. El Comité resolvió que Francia tenía jurisdicción, a pesar de que los soldados no estaban dentro del territorio francés, porque su derecho a una pensión deriva de la ley francesa.

El Comité de Derechos Humanos también ha considerado de manera consistente que los estados tienen jurisdicción sobre sus nacionales residentes en el extranjero en relación con

102. Véase, por ejemplo, *Sejdovic vs. Italy*, Demanda No. 56581/00, 1 de marzo de 2006, en la que un nacional de la ex República Federal de Yugoslavia fue juzgado en Italia en rebeldía, habiéndose fugado a Alemania. El Tribunal no cuestionó que el solicitante tuviera derecho a las protecciones del Artículo 6, a pesar de que se encontraba fuera del territorio de Italia.

103. *X. y Y. vs. Suiza*, Demandas No. 7289/75 y 7349/76, 14 Julio 1977, Decisión de admisibilidad, at p.73.

el ejercicio por parte del Estado de la facultad de expedir un pasaporte. En *Martins contra Uruguay*<sup>104</sup>, las autoridades uruguayas se negaron a expedir un pasaporte a un nacional uruguayo residente fuera de Uruguay y el Comité de Derechos Humanos resolvió que el solicitante estaba dentro Jurisdicción de Uruguay: “El artículo 1 del Protocolo Facultativo se aplica a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado de que se trate que afirmen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de las disposiciones del Pacto de derechos. La emisión de un pasaporte a un ciudadano uruguayo es claramente un asunto dentro de la jurisdicción de las autoridades uruguayas y está “sujeto a la jurisdicción” de Uruguay para ese fin”<sup>105</sup>.

En la medida en que un Estado afecte directamente los derechos de un individuo en los campamentos, por ejemplo, a través de la aplicación de la ley, o la emisión o denegación de documentos de identificación, o dar su consentimiento y capacidad al permitir que el personal médico determine la filiación, ese individuo puede caer bajo la jurisdicción del Estado en relación con los derechos afectados por la conducta estatal.

Los relatores especiales señalan que los Estados son los más indicados para garantizar la protección de derechos humanos de los niños y sus tutores en campamentos en el norte de la República Árabe Siria. En ausencia de su compromiso y la aceptación de la responsabilidad legal, los niños se enfrentan

104. *Vidal Martins vs. Uruguay*, Comunicación No. 57/1979, 23 de marzo de 1982, párr. 7.

105. El Comité continuó: “Además, un pasaporte es un medio que le permite ‘salir de cualquier país, incluido su propio’, como lo requiere el artículo 12(2) del Pacto. Por lo tanto, de la naturaleza misma del derecho se sigue que, en el caso de un ciudadano residente en el extranjero impone obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de nacionalidad. En consecuencia, el artículo 2(1) del Pacto no puede interpretarse en el sentido de que limita las obligaciones del Uruguay en virtud del artículo 12 (2) a ciudadanos dentro de su propio territorio” (párr. 7).

a la muerte, hambre y daño físico y emocional extremo, al igual que sus madres. En este contexto, señalan que en las circunstancias muy específicas de estos campamentos en el norte de la República Árabe Siria es innegable que el Estado de nacionalidad de los ciudadanos tiene el único derecho legal defendible para proteger sus ciudadanos, y la capacidad de materializar dichas reivindicaciones. Los relatores especiales también subrayan como hemos indicado en varias ocasiones, que las autoridades kurdas relevantes han dejado clara su voluntad y capacidad para brindar el apoyo logístico y organizar las repatriaciones hacia los Estados. así como su incapacidad para gestionar la catástrofe humanitaria a la que se enfrentan, un hecho que se demuestra mediante múltiples procesos de devolución que se han llevado a cabo con éxito<sup>106</sup>.

Ante estos ejemplos de jurisprudencia podemos afirmar que los Estados que tienen control de facto sobre los derechos humanos de los niños y sus tutores en campamentos en el norte de la República Árabe Siria tienen obligaciones positivas para prevenir violaciones de esos derechos, y que si un Estado tiene tal control es una cuestión de hecho.

En este sentido y en el caso que nos ocupa, los factores relevantes sean probablemente 1) la proximidad entre los actos del Estado y la supuesta violación; 2) el grado y alcance de la cooperación, el compromiso y las comunicaciones con las autoridades de detención de niños y sus tutores y la medida en que el Estado de origen puede poner fin a la vulneración de los derechos de la persona mediante el ejercicio o la denegación de

106. <https://www.urdupoint.com/en/world/romania-returns-15-nationals-from-syria-via-t-686284.html>;  
<https://www.arabnews.com/node/1545586/middle-east>;  
<https://www.reuters.com/article/us-germany-syria/germany-takes-back-four-is-lamic-state-children-from-syria-idUSKCN1VA0UY>. Tomando nota también de la aplicabilidad del Protocolo 4.

intervenciones para proteger y promover los derechos de sus nacionales; y, 3) la medida en que otro actor estatal o no estatal tiene control sobre los derechos. Por lo tanto, la responsabilidad de un Estado de proteger puede invocarse extraterritorialmente en circunstancias en las que ese Estado en particular tiene la capacidad de proteger el derecho a la vida contra una amenaza inmediata o previsible amenaza para la vida. La determinación de si los Estados han actuado con la debida diligencia para proteger contra muerte ilícita se basa en una evaluación de: (a) cuánto sabía o debería haber sabido el Estado de los riesgos; (b) los riesgos o la probabilidad de daño previsible; y (c) la gravedad del daño. Una evaluación que esperamos poder ver reflejada en futuras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto.

Basándonos en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 2 del Convenio sobre Derechos del Niño, debemos ser muy cuidadosos cuando nos referimos al derecho de no discriminación ya que, huelga decir, que la obligación de proteger el derecho a la vida, no debe estar sujeta a discriminación, incluso por motivos de religión u opiniones políticas o de otro tipo. El Comité de Derechos Humanos ha entendido que el término “discriminación” implica cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en cualquier motivo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, y que tenga por objeto o efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por todas las personas, en pie de igualdad, de todos los derechos y libertades<sup>107</sup>. Sin embargo algunas veces, han argumentado que de esta forma se utiliza la nacionalidad como un criterio discriminador con respecto al resto de niños y

107. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18: No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 7.

niñas que se encuentran en estos campamentos de desplazados internos en el noreste de Siria<sup>108</sup>, algo que los detractores del enfoque funcional sin duda no argumentan con solidez puesto que de ninguna manera en el contexto que nos ocupa podemos decir que debido a la nacionalidad, las autoridades kurdas están (de facto) dispuestas a permitir que Francia repatrie a sus niños nacionales. De modo que la nacionalidad es un hecho, no una condición jurídica. El Comité en sus comunicaciones afirma al igual que el Tribunal en su sentencia, que las autoridades kurdas no han condicionado permitir que otros estados ayuden sobre la base de la nacionalidad, eso es solo un hecho. Si Francia tiene derecho a proteger a sus nacionales ha parecido adquirir un segundo plano, lo que coloca la decisión fáctica crítica con las autoridades kurdas en tan solo esperar y permitir que Francia intervenga. Por lo que con este enfoque del Comité y del Tribunal se intenta resolver un vacío legal real que existe en este contexto y que se podría extrapolar a otros casos similares, se aplica para los Estados la máxima de “si puedes, entonces debes”. Esto contrasta con un enfoque más arriesgado y fiel a la ley, que se centre en el derecho de Francia a proteger a sus nacionales, no solo en su capacidad de hecho para hacerlo. En ese análisis diríamos que “si puedes y tienes derecho a hacerlo, entonces debes hacerlo” y sin duda es el enfoque que se hubiera esperado del Tribunal en sus sentencias contra Francia. La pregunta para este tipo de argumentaciones sigue siendo ¿cuál es la alternativa? De acuerdo con los otros modelos (incluida la sugerencia que Milanovic realiza en su artículo<sup>109</sup>), Francia no tiene la obligación de repatriar. Si bien su preocupación es clara, la ley de derechos humanos, a diferencia de los derechos

108. Milanovic, Marco, 2020: <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>

109. Milanovic, Marco, 2022, párrafo 10: <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>

humanos como concepto general, todavía se centra en el Estado lo que limita su alcance en la protección de los derechos humanos y los derechos de los niños.

Es aquí donde aparece otro argumento en este caso, un principio sobre el que desde este trabajo se defiende la aplicación del modelo funcional, un principio del que se deriva la interpretación de la norma de quien la interpreta y aplica, de la fuente jurídica más beneficiosa para quien ha sufrido una vulneración a uno o más derechos, o no los tiene garantizados debidamente<sup>110</sup>. La interpretación *pro persona* (derivada del principio *pro persona*), implica realizar de cada norma específica el razonamiento que otorgue el alcance más amplio cuando se trata de reconocer derechos, o el más estricto cuando haya que aplicar una limitación o restricción. Esto supone que debe reconocerse el mayor alcance posible en su contenido, y entender de manera restrictiva las limitaciones o suspensiones temporales de derechos<sup>111</sup>. Ya en el caso *Tyrer vs. Reino Unido*<sup>112</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicaba que: “... La Corte también reitera que la Convención y sus Protocolos adicionales deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales...”.

Dejando de esta forma bastante claro desde su jurisprudencia más temprana que los instrumentos que aplica se tienen que interpretar como disposiciones vivas y conforme a las circunstancias sociales al momento de la toma de la decisión, y no de acuerdo al alcance que poseían cuando estos fueron

110. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos: conceptos, características, obligaciones del Estado, y criterios de interpretación jurídica*, 2020. Pág. 444.

111. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 444.

112. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, párr. 31; sentencia de 25 de abril de 1978.

creados<sup>113</sup>, algo que resulta evidente con la aplicación del modelo funcional. Ni el modelo espacial, ni el modelo personal cumplen en el caso que nos ocupa la función de defender los derechos de los menores europeos, y ante el vacío existente resulta evidente que la interpretación funcional debería ser hacia donde navega la jurisprudencia del Tribunal Europeo a la luz de la evolución social que esta nueva forma de conflictos está produciendo a pasos agigantados. No solo hablamos en este caso de evolución social sino también del desarrollo y las distintas dimensiones que los conflictos armados están adquiriendo a nuevas realidades, la reacción natural debería ser interpretaciones dinámicas y progresivas, ya que esta es la única manera de que sean las propias interpretaciones las que analicen al detalle los conceptos jurídicos y marquen el rumbo de sus instituciones y órganos, debiendo ampliar estos conceptos a la par que evolucionan las necesidades de garantía de derechos para las sociedades o colectivos que en ellas habitan, esto es, el caso que nos ocupa se desmarca por completo de las situaciones de post conflicto tradicionales y va más allá de las limitaciones a la aplicación de los derechos humanos que plantean los modelos espaciales y personales.

A juicio de este trabajo la defensa de la aplicación del modelo funcional se fundamenta además en otros tres principios fundamentales que el profesor Salvioli ha explicado a la perfección a lo largo de su dilatada carrera. Nos referimos ya no solo al principio *pro persona* y la interpretación *pro persona*, sino el principio de buena fe y la interpretación progresiva de la norma. Y veremos en las siguientes páginas como estos principios fundamentales de los postulados son los que deberían sostener las bases de los derechos humanos y, en este caso, los derechos de los niños y niñas europeos en los campos de desplazados internos en el noreste de Siria.

113. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 435.

Seguiremos en este caso con el principio de buena fe que debería entenderse como una norma de conducta, el comportamiento para dar cumplimiento adecuado a las obligaciones jurídicas asumidas. Además queda claro que debe ser la regla por la que los órganos nacionales e internacionales deben regir su comportamiento profesional en los casos de derechos humanos que tengan que resolver, siendo así una herramienta muy propia del derecho internacional. Este principio indica que la dogmática de los derechos humanos no puede interpretarse *a la carta* o de manera individual por un Estado como lo ha hecho Francia en el caso que nos ocupa. Como indica el profesor Salvioli, los órganos internacionales no han sabido potenciar este principio y más bien se han limitado a indicar una vez, que era evidente que tal Estado había faltado a él cuando, por ejemplo, no había cumplido con las medidas cautelares por las que se le indicaba no ejecutar la pena de muerte de una persona que había elevado el asunto al órgano en cuestión<sup>114</sup>. Y este ha seguido siendo el comportamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sentencia contra Francia. Los órganos internacionales deben ir más allá, deben dotar de contenido este principio (en esta línea irá también la interpretación progresiva de la norma en la que se enmarca el modelo espacial), con el cumplimiento de las obligaciones a las que cada estado se compromete al ratificar un instrumento de respeto a los derechos humanos. De lo contrario el derecho pierde fuerza y razón de ser.

La buena fe debería ser por lo tanto una herramienta poderosa bajo la cual se valore adecuadamente la conducta estatal y cuando decimos “adecuadamente”, nos referimos a que este principio es perfectamente medible. Se puede evaluar si el Estado ha actuado o no de buena fe, por ejemplo, si ha habido demoras innecesarias que aplican según qué casos, por lo ágil o no que sea en la aportación de la documentación

114. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 446.

solicitada, la respuesta que le da al solicitante y una larga lista que hace que de manera tangible y adecuada se pueda evaluar el comportamiento estatal frente a las obligaciones que en su día adquirió con la ratificación de instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos y de los niños. En este caso la falta de explicaciones e incoherencias en las respuestas del Estado francés a los solicitantes es bastante larga. Como se explica en la sentencia en varias ocasiones, Francia desoyó las solicitudes de los solicitantes para que atendiese su caso, no dando una negativa por respuesta sino directamente no contestando, lo que podría entenderse como una actuación contraria a la buena fe. De la misma forma, que el hecho de que la sentencia no condene la actuación de Francia al provocar con ella que los niños y niñas sigan en territorio sirio, prolongando así su sufrimiento de manera activa, resulta contrario tanto al principio como a la interpretación *pro persona* ya que el Tribunal aquí no busca el mayor alcance en la tutela de los derechos humanos. Claramente, el Tribunal no ha aplicado este principio.

El cuarto punto que nos ocupa es el de la interpretación progresiva, como piedra también angular de la aplicación misma de los derechos humanos, en este caso la aplicación del modelo funcional. Recordemos que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se crea tras la Segunda Guerra Mundial para evitar que volviera a ocurrir una masacre similar a la que aconteció en todo el mundo, y como se espera que el derecho internacional llegue donde no llega el derecho estatal o cualquier otro derecho con la idea de que a través de su interpretación se puedan cubrir todos los posibles vacíos a la hora de proteger los derechos humanos. Siendo así, no cabe otra interpretación de los Derechos Humanos que se aleje de la progresiva, ya que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y la apreciación de los valores protegidos

por los convenios<sup>115</sup>, la progresividad se vincula directamente con la interpretación evolutiva de las disposiciones jurídicas. De esta forma, los órganos internacionales reconocen un mayor y mejor contenido de los derechos establecidos. Un buen ejemplo de esto es el reconocimiento que la Corte Internacional Interamericana realiza sobre la asistencia consular dentro de las garantías judiciales contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De hecho, en muchas ocasiones la interpretación de los órganos aplicando el criterio de progresividad termina generando el posterior desarrollo progresivo a nivel normativo, como sucedió con el derecho a la verdad. A la luz de estos cuatro principios en los que nos basamos como garantes de la protección de los derechos del niño (en una visión más general en la de los Derechos Humanos), y en aplicación de los mismos en la situación de los niños y niñas europeas en territorio sirio, vemos como en el caso que nos ocupa, no se cumplen.

Además de estos cuatro “principios” a la hora de aplicar los derechos humanos y de los niños, contamos además con otros cuatro criterios que indicaban las Relatorías Especiales de Naciones Unidas<sup>116</sup> en el marco de la aplicación del modelo funcional dentro de la jurisdicción extraterritorial (y que podrían servir de punto de partida mientras este modelo evoluciona) para comprobar que en este caso, el control *de facto* de los Estados sobre estos niños y niñas se cumplen de manera más que clara en el caso que nos ocupa: 1) proximidad del Estado con respecto a la supuesta violación; 2) el grado y alcance de la cooperación, el compromiso y las comunicaciones con las

115. Salvioli, Fabián. *Introducción a los Derechos Humanos...* Pág. 448.

116. The Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis”, 2020, para. 36.

autoridades que detienen a niños y sus tutores; 3) la medida en que el Estado de origen puede poner fin a la violación de los derechos de la persona por ejercer o rechazar cualquier intervención positiva para proteger y promover la derechos de sus nacionales; y, 4) la medida en que otro Estado o actor no estatal tiene control sobre el derecho.

Para demostrar esto vemos que hay como tal, múltiples formas en las que se puede argumentar que los Estados europeos tienen jurisdicción sobre sus niños y niñas nacionales en los campamentos sobre la base del modelo funcional, ejerciendo control sobre sus derechos. En primer lugar, algunos Estados tienen presencia en los campamentos a través de su personal diplomático, militar y de inteligencia y tienen un grado de control sobre sus nacionales allí<sup>117</sup>. Como los dos Relatores han subrayado, si bien esto ocurre fuera del reconocimiento formal del estatus de las autoridades que gestionan los campamentos, este compromiso señala “un grado y sustancia de la capacidad e influencia en las vidas de aquellos bajo su control que no debe ser ignorado”<sup>118</sup>. Para hacer efectivos los derechos de la Convención, no ha permitido a los Estados basarse en argumentos formalistas sobre la falta de relaciones diplomáticas para evitar sus obligaciones en virtud del derecho a la vida, cuando en realidad la cooperación era posible.

En segundo lugar, las autoridades estatales están ejerciendo poderes públicos al decidir si repatriar o a quién repatriar de

117. ECtHR, *Güzelyurtlu and others vs. Cyprus and Turkey*. Application No. 36925/07, 29 January 2019, para. 244.

118. El Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo y el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: “[Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis](#)”, 2020, para. 21; RSI, “[Europe’s Guantanamo: The Indefinite Detention of European Women and Children in North East Syria](#),” 2020, para. 84.

los campamentos, lo que afecta los derechos de los niños de “manera directa y razonablemente previsible”<sup>119</sup>. Los Estados europeos no pueden argumentar convincentemente que no son conscientes de la riesgos y violaciones de derechos humanos a los que están expuestos los niños en los campamentos y de los daños probables, previsibles y graves a los que están expuestos los niños si permanecen en los campamentos, considerando la gran cantidad de niños que han muerto en los campamentos.

En tercer lugar, los niños son nacionales de los Estados europeos que necesitan la protección de sus Estados de nacionalidad, que tienen la capacidad y la obligación de proporcionar la documentación de viaje necesaria. Desde una perspectiva de su capacidad funcional, está dentro del poder material de los Estados europeos repatriar a sus nacionales de los campamentos; algunos ya lo han hecho. En concreto, sobre la base de los principios de la cooperación internacional, los Estados que tienen dificultades para repatriar a sus niños y niñas, pueden hacerlo a través de un tercer Estado, como ha sucedido en al menos un caso<sup>120</sup>, ya que las SDF están dispuestas a cooperar con los Estados europeos para repatriar a sus nacionales como ya lo han hecho en algunas ocasiones.

La situación de hecho, junto con la capacidad de los Estados europeos para proteger a sus niños y niñas nacionales en los campamentos, da lugar a una obligación positiva para prevenir graves violaciones a los derechos humanos. En particular, en dos

119. See: HRCComm, “[General Comment No. 36 \(2018\) on Article 6 of the ICCPR](#)”, CCPR/C/G/36, 30 October 2018, para. 63; Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, “[Extra-territorial Jurisdiction of States Over Children and Their Guardians in Camps, Prisons, or Elsewhere in the Northeast Syrian Arab Republic - Legal Analysis](#),” 2020, para. 15.

120. With the support of France, the Netherlands repatriated two Dutch children in June 2019, see: Reuters, “[French, Dutch Islamic State Orphans Repatriated from Syria](#)”, 10 June 2019.

casos contra Francia, el Comité de los Derechos de los Niños (CommRC) ha reconocido tal modelo funcional de jurisdicción extraterritorial sobre los niños nacionales en los campamentos porque, basado en numerosos factores contextuales como los descritos anteriormente, el Estado “tiene la capacidad y el poder para proteger los derechos de los niños en cuestión, tomando medidas para repatriarlos o proporcionar otros servicios consulares”<sup>121</sup>.

Dado que nos estamos centrando en la repatriación de niños nacionales europeos, el principio de “interés superior del niño” es de crucial importancia en la elaboración de argumentos jurídicos.

Debido a las vulnerabilidades particulares de los niños, incluida la dependencia, madurez, estatus legal y, a menudo, falta de espacios donde se escuche su voz<sup>122</sup>, el derecho internacional exige que el interés superior del niño sea una consideración primordial en acciones y decisiones (incluida la inacción y la falta de acción)<sup>123</sup> que afectan directa o indirectamente a los niños<sup>124</sup>. Esto cubre las acciones emprendidas por tribunales de justicia, autoridades administrativas u órganos legislativos<sup>125</sup>, incluidas acciones relativas a la repatriación de niños.

El interés superior del niño es un principio fundamental en la protección de los derechos del niño y es una de las disposiciones

121. CommRC, “*L.H. et al v. France*”, 2020, para. 9.7. See: Marko Milanovic, “*Repatriating Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*,” EIJL Talk!, 10 November 2020.

122. CommRC, “*General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as Primary Consideration (Article 3, para. 1)*”, 29 May 2013, CRC/C/GC/1, Article 37.

123. Most states have domesticated and some constitutionalized the “best interests of the child” principle.

124. CommRC, “*General Comment No. 14 (2013)*”, para. 18.

125. *Ibid.*, para. 19.

fundamentales de la CDN<sup>126</sup>. Como define el CommRC, “el interés superior del niño” es un concepto triple: es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una regla de procedimiento<sup>127</sup>. Por lo que la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales<sup>128</sup>, los Estados deben por lo tanto explicar qué criterios han utilizado y cómo se ha sopesado el interés superior del niño frente a otras consideraciones<sup>129</sup>.

El CommRC subraya que, al evaluar y determinar el interés superior, se deben tener en cuenta varios elementos clave<sup>130</sup>. En primer lugar, la evaluación del interés superior del niño debe incluir el respeto por el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten, tanto en procedimientos judiciales y administrativos<sup>131</sup>, como en el contexto de separación de los padres, niños y niñas no acompañados, solicitantes de asilo y niños refugiados, víctimas de conflictos armados y otras emergencias, y decisiones sobre protección<sup>132</sup>. No hay límite de edad para que el niño o la niña expresen sus puntos de vista (como derecho) y se desaconseja a los Estados que “introduzcan la edad límite en la ley o en la práctica ya que restringirían el

126. CRC, Article 3(1).

127. CommRC, “*General Comment No. 14 (2013)*,” para. 6.

128. *Ibid.*, para. 6 (c).

129. *Ibid.*

130. Como se indica en CommRC, “*Observación general No. 14 (2013)*”, párr. 52-79, los elementos clave que deben ser se tienen en cuenta: las opiniones del niño; la identidad del niño, incluido el origen nacional; la conservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; la situación de vulnerabilidad; el derecho del niño a la salud; y el derecho del niño a la educación.

131. CRC, Article 12; CommRC, “*General Comment No. 14 (2013)*”, para. 43-45; CommRC, “*General Comment No. 12 (2009): The Right of the Child to Be Heard*”, CRC/C/GC/12, 20 July 2009, para. 32.

132. CommRC, “*General Comment No. 12 (2009)*”, para. 32

derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan<sup>133</sup>, siendo necesario el conocimiento de todos los aspectos del asunto que les afecta<sup>134</sup>. Lo que hace además necesario que el niño tenga la comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente sus propios puntos de vista sobre el asunto<sup>135</sup>. Al evaluar y determinar el interés superior de los niños en los campamentos, parece que los Estados europeos han fallado por completo al no tener en cuenta esos puntos de vista de los niños y niñas.

En segundo lugar, según el CommRC, para las decisiones colectivas, el concepto del interés superior del niño debe evaluarse y determinarse a la luz de las circunstancias del grupo particular de niños<sup>136</sup>. Por lo tanto, además de características individuales de los niños en cuestión<sup>137</sup>, los Estados también deben tomar en consideración la extrema vulnerabilidad de los niños arbitrariamente detenidos en los campamentos, y los muchos roles que los niños asociados a “combatientes extranjeros” pueden haber asumido, aunque reconoce que esos

133. Ibid, para. 21; See, for example: CommRC, “C.E. vs. Belgium”, CRC/C/79/D/12/2017, 27 September 2018, para. 8.6-8.9.

134. CommRC, “General Comment No. 12 (2009)”, para. 21; See also: CommRC, “C.E. vs. Belgium”, 2018, para. 8.6-8.9.

135. Ibid.

136. CommRC, “General Comment No. 14 (2013)”, Article 32.

137. Tales como, entre otros, edad, sexo, nivel de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, tener una discapacidad física, sensorial o intelectual, así como el contexto social y cultural en el que se encuentra el o los niños, como la presencia o ausencia de los padres, si el niño vive con ellos, calidad de las relaciones entre el niño y su familia o cuidadores, el entorno en relación con la seguridad, la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, familia extensa o cuidadores, etc. Véase: CommRC, “Observación general No. 14 (2013)”, párr. 48.

niños pueden ser víctimas del terrorismo<sup>138</sup> o de la trata<sup>139</sup> y el impacto del terrorismo<sup>140</sup>.

En tercer lugar, al determinar y evaluar el interés superior del niño, el CommRC señala que se debe prestar especial atención a las salvaguardas clave y garantías. Estos incluyen la percepción del tiempo de los niños y cómo los retrasos en la toma de decisiones afectan negativamente a los niños a medida que maduran<sup>141</sup>. Así, los procedimientos que afecten a los niños deben priorizarse y completarse en el menor tiempo posible<sup>142</sup> y las necesidades de los niños deben ser evaluadas por profesionales con experiencia en temas relacionados con la niñez y la adolescencia<sup>143</sup>. Los Estados europeos parecen no haber tenido en cuenta en absoluto la percepción del tiempo de los niños en los campamentos en el noreste de Siria, ya que las repatriaciones caso por caso son procedimientos prolongados que, a su vez, prolongan la vulneración de los derechos de los niños.

Cuarto, si el interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, entra en conflicto con intereses o derechos de

138. Anexo de la carta de fecha 28 de diciembre de 2018 del presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo dirigida al presidente del Consejo de Seguridad, “Adenda de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015”, S/2018/1177, Principio 7 (b).

139. Reprieve, “Trafficked to Syria: British Families Detained in Syria after Being Trafficked to Islamic State”, April 2021.

140. Anexo de la carta de fecha 28 de diciembre de 2018 del Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, “Adenda de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015”, S/2018/1177, Principio 7 (c)

141. CommRC, “General Comment No. 14 (2013)”, para. 93.

142. Ibid.

143. Ibid, para 94-95.

otras personas o del público en general, como intereses de seguridad pública, los responsables de la toma de decisiones tienen que analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que los intereses del niño tienen comparativamente alta prioridad<sup>144</sup>. Por lo tanto, los Estados europeos deben considerar el interés superior del niño como consideración primordial<sup>145</sup> al deliberar sobre la cuestión de su repatriación desde los campamentos, aun cuando tales intereses entren en conflicto con otros. Dejar a los niños en estos campamentos en detención permanente, en condiciones que amenazan su vida, con una grave falta de atención médica básica, acceso a alimentos, agua, instalaciones sanitarias y educación, en riesgo de adoctrinamiento de la ideología de ISIS, y en riesgo de apatridia<sup>146</sup>, es sin lugar a dudas lo contrario a su interés superior.

En respuesta, numerosas resoluciones europeas e internacionales han pedido la repatriación de los niños. Por ejemplo, el Parlamento del Consejo de Europa en Resolución de la Asamblea sobre las obligaciones internacionales relativas a la repatriación de niños de zonas de guerra y conflicto señaló que “continuar en campamentos o centros de detención, no puede considerarse el mejor interés del niño” y pidió la repatriación de los niños y sus madres de los campamentos<sup>147</sup>. La Resolución del Parlamento Europeo sobre derechos del niño instó a los Estados miembros de la UE a “repatriar a todos los hijos, teniendo en cuenta sus situaciones familiares específicas

144. Ibid, para. 39 and 6(a).

145. Ibid, para. 6(a), 39.

146. Consultar: Institute on Statelessness and Inclusion and Open Society Justice Initiative, “Principles on Deprivation of Nationality as a Security Measure”, para. 9.7.1.

147. PACE, “Resolución 2321 (2020)”, 30 enero 2020, para. 4 and 8.1.

y el interés superior del niño como consideración primordial”<sup>148</sup>. Los Principios Rectores de Madrid, los principios sobre “combatientes terroristas extranjeros” requerían que los Estados “respetasen y promoviesen los derechos del niño, teniendo en cuenta el interés superior del niño como una consideración primordial”<sup>149</sup> y el Informe de la Representante del Secretario General para la Infancia y los Conflictos Armados subrayó que “negar a los niños la oportunidad de regresar a sus países de origen, retirándole su nacionalidad o deteniéndolos únicamente por su supuesta asociación con grupos armados, va en contra del interés superior del niño y los estándares internacionales de protección”<sup>150</sup>.

Los Estados europeos deberían tomar proactivamente las medidas legislativas, administrativas y otras medidas apropiadas para poner fin a la situación actual en la que se encuentran sus niños y niñas nacionales en el noreste de Siria (incluidos los hijos de nacionales cuya nacionalidad aún no está establecida en la ley). Tanto las medidas de repatriación actuales que se están llevando a la práctica como sus efectos posteriores son contrarios al interés superior del niño.

Este breve trabajo pretende exponer una serie de argumentos legales, basados en normas jurídicas internacionales y europeas, que se pueden utilizar para abogar la repatriación proactiva de

148. European Parliament, “Resolution of 26 November 2019 on Children’s Rights on the Occasion of the 30th Anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child”, 2019/2876(RSP), para. 61.

149. Anexo a la carta con fecha 28 diciembre de 2018 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1373 (2001) relativa a la lucha contra el terrorismo, “Adendum de 2018 a los Principios Rectores de Madrid de 2015”, párr. 27 y Principio rector 7.

150. Asamblea General de Naciones Unidas, “Report of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict”, A/73/278, 30 julio, 2018, para. 13.

los niños, junto con sus cuidadores principales. En la versión extendida de este trabajo se desgranar en profundidad otros argumentos legales que se consideran para la repatriación de estos niños, como: el derecho a la nacionalidad, el derecho a acceder a asistencia consular, el principio de no discriminación, el derecho a entrar en el propio país, el derecho de los niños víctimas de conflictos armados a la reintegración y recuperación, el derecho de los niños en los campamentos a ser tratados como víctimas, el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a estar libre de tortura y malos tratos y el derecho a la vida. Argumentos que, sumados a los que se desarrollan en este trabajo, podrían servir como punto de partida para la interpretación del TEDH o para los litigantes en estas causas, teniendo en cuenta las leyes internas y políticas pertinentes de cada Estado, el estado de ratificación de las leyes internacionales y tratados europeos, así como las circunstancias fácticas específicas de sus nacionales en los campamentos. A nivel internacional, las vías legales en las que se pueden llevar a cabo estos casos incluyen: el Comité de los Derechos del Niño<sup>151</sup>, el Comité de Derechos Humanos<sup>152</sup>, el Comité contra la Tortura<sup>153</sup>, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>154</sup>. A nivel regional, posibles

151. Los Estados deben haber ratificado el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre Procedimiento de Comunicaciones”. Actualmente hay cuatro casos ante el CommRC, con respecto a la repatriación de niños europeos de los campos en el noreste de Siria. Ver: Finlandia, Caso Núm. 100/2019, y Francia, Casos No. 77/2019, 79/2019 y 109/2019, CRC, Tabla de casos pendientes, 15 de marzo de 2021. *ty c. Hungría*”, Solicitud No. 29617/07, 12 de mayo de 2013, párr. 38-42.

152. El “Primer Protocolo Facultativo del PIDC de 1976” establece la competencia de los Derechos Humanos Comité para recibir comunicaciones individuales en relación con violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

153. Véase el artículo 22 de la CAT.

154. Las comunicaciones pueden ser presentadas por o en nombre de individuos o grupos de individuos, bajo la jurisdicción de un Estado Parte del “Protocolo Facultativo del PIDESC”, alegando ser víctimas de violación de cualquiera de los derechos establecidos en el CDESC.

vías incluyen: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>155</sup>, el Tribunal Europeo Tribunal de Justicia<sup>156</sup>, y el a menudo pasado por alto Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>157</sup>. Dependiendo de cada mecanismo legal, el litigio podría tomar numerosas formas, incluidas las comunicaciones individuales y/o colectivas, solicitudes de medidas cautelares, de apertura de investigaciones. En el último año, el fracaso de los gobiernos europeos para repatriar a sus niños y niñas nacionales junto con sus cuidadores principales de los campamentos ha comenzado a ser impugnado legalmente en diversos foros. Los argumentos

155. Véase: TEDH, “H.F. y M. F. contra Francia”.

156. Cuando actúen en el ámbito de aplicación del derecho de la UE, los estados miembros de la UE deben cumplir plenamente con la “Carta de los Derechos Fundamentales” de la UE (artículo 6(1) TUE). También deben tener en cuenta los derechos fundamentales incluidos entre los principios generales del Derecho de la Unión, que se derivan de la CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (artículo 6(3) TUE).

157. El Comité Europeo de Derechos Sociales supervisa la implementación de la Ley Social Europea de 1961. Carta, el Protocolo adicional de 1988 por el que se amplían los derechos sociales y económicos garantizados por la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea revisada de 1996. En virtud del artículo 1 del “Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que Prevé un Sistema de Quejas Colectivas”, varios tipos de organizaciones tienen derecho a presentar quejas ante el ECSR, incluidas las ONG internacionales registrados en el Comité Gubernamental de la Carta Social Europea “Lista de Organizaciones no gubernamentales con Derecho a Presentar Quejas Colectivas” (1 de octubre de 2020). Los estados pueden también dar permiso a las ONG nacionales para presentar denuncias ante el Comité; sin embargo, Finlandia es el único Estado que lo ha hecho. Los estándares legales relevantes de la Carta Revisada para defender el caso de la repatriación de niños de los campamentos puede incluir: el derecho a la protección de la salud, fuertemente interrelacionado con el derecho a la vida tal como se establece en este documento informativo; el derecho de los niños y jóvenes a la protección contra los peligros físicos y morales a que están expuestos los niños y jóvenes; el derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica; el derecho de los niños y jóvenes a la seguridad social, jurídica y protección económica, y no discriminación. Ver: “Carta Social Europea Revisada de 1996”, Artículos 7.10, 11, 16, 17 y E. El ECSR es único entre los mecanismos regionales de derechos humanos por su colectivo, a diferencia del mecanismo de denuncia individual, y la flexibilidad que permite a los Estados decidir qué disposiciones de la Carta a aceptar.

expuestos en este trabajo tienen como objetivo el servir de base tanto a los organismos internacionales como a los litigantes en la creación de enfoques creativos para abordar lo que se ha convertido en un problema enquistado.

## THE INTERNATIONAL LAW OF INDIGENOUS PEOPLE IN THE 21ST CENTURY

*Renato Zerbini Ribeiro Leão\**

### Introduction

The set of institutions, norms, principles and rules aimed at the international protection of Indigenous people has made significant progress compared to what existed at the end of the 20th century. This does not mean, however, that the historical structural discrimination faced by these people has disappeared or, even less, that the problems that generate or derive from it have diminished. This context, of good news in terms of what should be and concern about what is, sheds light on the fact that today Indigenous people have more and different legal means, ways and paths at their disposal than previously.

This article presents and illustrates the three pillars of universal legal protection that are most accessible to effectively guarantee the rights of Indigenous people: the International Labor Organization (ILO), the United Nations (UN) human rights treaty body system and the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court HR). To this end, a documentary analysis methodology was utilized based on the study of

\* Ph.D. in International Law and International Relations. Lawyer registered with the Brazilian Bar Association (OAB/DF). Former Program Officer for Indigenous People and Human Rights at the Inter-American Institute of Human Rights in San José, Costa Rica (1995-1998), of which he is currently a member of the Board of Directors. Member of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights between 2010 and 2022. Member of the Brazilian Institute of Human Rights. Full Professor at the Faculty of Legal and Social Sciences of the University Center of Brasilia (FAJS/CEUB). Orcid iD = <https://orcid.org/0000-0002-0896-3624>.

primary sources, such as international treaties, decisions of its supervisory bodies, declarations and documents signed by the States. In fact, this is the basis of the international law of Indigenous people in the 21st century.

The International Labor Organization constitutes the first of these pillars. Its Conventions 107, on the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations of Independent Countries, and 169, on Indigenous and Tribal People, are the cornerstones of the current international law on Indigenous people.

The United Nations system is the second pillar. By means of its human rights treaty bodies and other UN mechanisms, a powerful set of elements is consolidated that collaborate with each other to affirm the human dignity of Indigenous people in the international community. The adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) on 13 September 2007 is political proof of the materialization of an international right for Indigenous people within the UN.

The third pillar is the Organization of American States (OAS). The contentious decisions of the Inter-American Court of Human Rights have established a solid regional system for protecting the human rights of Indigenous people. Recently, this legal dimension of the protection of Indigenous people in the Americas has been enhanced by a political decision of extreme relevance and significance for the affirmation of the rights of these peoples in the region: the adoption of the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (ADRIIP).

The set of institutions, norms, rules and principles stemming from the aforementioned three jurisdictions provide a vigorous legal protection regime for Indigenous people in the international community of the 21st century. The international law of Indigenous people is based on the cultural dimension of

their lands and territories; the free, prior and informed consent of their communities; and the preservation of their customs, languages, and values. States Parties to this regime have the obligation, by virtue of public international law commitments made in good faith, to make this right known, strengthened, affirmed and existentially fulfilled. Finally, Indigenous people form an interactive ring with the environment, fauna and flora.

### 1. Indigenous People and the International Labor Organization (ILO)

The ILO is an international organization within the UN system. It is its only tripartite agency as it brings together representatives of governments, employers and workers from its current 187 Member States. Its purpose is to establish labor standards, formulate policies and draw up programs promoting decent work for human beings.<sup>1</sup> Its origins can be traced back to the 1919 Versailles Peace Treaty, since it was Part XIII of the Treaty that created the League of Nations, although the ILO was afforded full autonomy. Two ideas fostered its emergence: the achievement of peace through respect for social principles and the promotion of a labor regime based on premises that affirm human dignity. These postulates were inspired by the notion of interdependence between States and the necessary cooperation between them, since the ideals of improving the lot of workers could be hindered if one or another country failed to adopt a truly humane labor regime.<sup>2</sup>

Its basic task was to set in motion a mechanism capable, through conventions and recommendations, of establishing minimum standards for working conditions in the different

1. ILO. About the ILO. Available at [www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm), accessed at 17:20 on 03/01/2024.

2. Pastor Ridruejo, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos, 10ª ed. Madrid, 2006, p. 760.

countries. Later, in 1944, in the city of Philadelphia, at its XXVI General Conference, a resolution was adopted that redefined and updated its objectives. As a result, in 1946, an agreement was signed with the UN that would make the ILO the first specialized agency of the United Nations.<sup>3</sup>

The ILO's tripartite structure means that workers and employers have the same voting rights as governments during the deliberations of its main bodies, thus ensuring that the opinions of its social interlocutors are faithfully reflected in its standards, policies and programs. The ILO's main objectives are to promote labor rights, foster decent work opportunities, improve social protection and strengthen dialogue on labor-related issues.<sup>4</sup>

The ILO adopted its first multilateral act during an international conference specifically dedicated to Indigenous people on June 5, 1957: Convention No. 107, concerning the Protection and Integration of Indigenous People and Other Tribal and Semi-Tribal Peoples of Independent Countries. At that time, it was considered appropriate, both from a human point of view and in the interests of the signatory countries, to seek to improve the living and working conditions of these people by simultaneously addressing all the factors that kept them from enjoying national progress.

3. The specialized agencies of the United Nations are intergovernmental organizations created by the members of the UN, endowed with broad international powers according to their respective constitutive instruments and linked to the UN by a specific agreement between the Economic and Social Council and the UN. They act autonomously from the UN, exercising their powers according to each of these specific agreements. The legal framework for their creation and operation is Article 57.1, combined with Article 63.2 of the UN Charter (Cretella Neto, p. 301-302, 2007).

4. ILO. About the ILO. Available at [www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm), accessed at 17:20 on 03/01/2024.

Convention No. 107 is of crucial historical importance in the affirmation of an international right for Indigenous people because it was in that document that the concept of Indigenous people as a collectivity was adopted internationally for the first time, establishing that their members have the right to equality like all other citizens. In addition, the notions of the collective right to land, the right to education in their native languages, among other specifics, were also recognized. It is noteworthy that it was through this recognition that the customary law or customary law of Indigenous people, in other words, the customs and ways in which these individuals resolved their disputes, was internationally recognized. A recognition that, moreover, was advanced for the time.<sup>5</sup>

Convention No. 107 was revised and replaced by Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples of June 7, 1989. This is the most comprehensive international legal document on the protection of Indigenous and Tribal peoples ever adopted, as it recognizes their aspirations to take control of their own institutions, way of life and economic development. Its object of protection are those peoples of independent countries who are considered indigenous because they are descended from populations living in the country or in a geographical region belonging to it at the time of conquest, colonization or current border settlement, retaining, whatever their legal status, all their main cultural, economic, political and social institutions. It also applies to tribal peoples in independent countries whose cultural, economic and social conditions set them apart from

5. Gómez, Magdalena. *Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Instituto Nacional Indigenista. México, 1995, p. 12.

other sectors of the national community, being governed totally or partially by their customs, traditions or special legislation.<sup>6</sup>

For the ILO,<sup>7</sup> the premise for a durable existence of Indigenous and Tribal peoples is centered on the binomial of respect and participation; i.e. respect for culture, religion, social and economic organization, as well as their own identity. Awareness of their Indigenous or Tribal identity is considered a fundamental criterion for determining the groups concerned: no country or social group has the right to deny the identity capable of affirming an Indigenous or Tribal people. This is the principle of self-identification, so dear to minorities in 21st century international human rights law. Thus, the use of the term peoples in Convention No. 169 informs us that these are not populations, but peoples with their own identity and organization; especially because the Convention, in its Article 1, paragraph 3, makes it clear that the use of the term peoples should not be interpreted as implying any rights that may be conferred on this term in international law.<sup>8</sup>

The interpretation of ILO Convention 169 indicates to its States Parties that their governments must take responsibility, with the participation of the peoples concerned, for developing actions to protect the rights of Indigenous and Tribal peoples, guaranteeing respect for their integrity. Specific measures

6. Adopted during the 76th meeting of the International Labor Conference, held in Geneva, Switzerland, headquarters of the ILO. It came into force on 06/09/1991. As of that date, Convention No. 107 is no longer open for ratification by member states but will remain in force only for those that have ratified it but do not ratify the new Convention No. 169. In Brazil, Convention No. 169 was promulgated by Decree No. 5.051 of April 19, 2004. ILO. Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. ILO. 4th ed. Costa Rica, 2001, p. iii-iv.

7. ILO. Convention No. 169 concerning *Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*. ILO. 4th ed. Costa Rica, 2001, p. v.

8. ILO. *Convention No. 169 concerning Indigenous...* p. 6.

should also be adopted to safeguard people, institutions, their property, work, culture and the environment. Indigenous and tribal peoples must be able to fully enjoy their human rights and fundamental freedoms without any obstacle or discrimination.<sup>9</sup>

As a result of the affirmation, application, consolidation and development of the above premises, free, prior and informed consent, a cornerstone in the international protection of Indigenous and Tribal peoples, is enshrined in the international law of Indigenous people, under ILO Convention 169. This means consulting the peoples concerned every time there are plans to adopt measures that could directly affect Indigenous and tribal peoples. Countries must establish how these peoples can freely participate in the adoption of decisions in elective institutions and other bodies. Furthermore, it is reiterated that they have the right to decide their own priorities in the development process, if it affects their lives, beliefs, institutions, spiritual well-being, the lands they occupy or otherwise use, and to control, as far as possible, their own economic, social and cultural development. Indigenous and Tribal peoples must be able to participate in the formulation, implementation and evaluation of development plans and programs that directly affect them. Article 6 of the Convention regulates all these key points and concludes, in its second paragraph, by stating that consultations must be conducted in good faith and in a manner appropriate to the circumstances, with the aim of obtaining consent for the proposed measures.<sup>10</sup> The consent provided for by the Convention can be summarized as approval by the assembly of affected individuals on the condition that the works undertaken, or the resources exploited, are for the direct benefit of the community that owns those resources. In this case, consent translates as a principle for democracy, not a power over another; it means that countries

9. ILO. *Convention No. 169 concerning Indigenous...* p. v.

10. ILO. *Convention No. 169 concerning Indigenous...* p. 10-11.

cannot apply unilateral measures with respect to the rights and freedoms of Indigenous people.<sup>11</sup>

Convention No. 169, in its second part dealing with the lands of Indigenous and Tribal peoples, clarifies in Article 13(2) that the use of the term lands shall include the concept of territories, which covers the entire habitat of the regions that the peoples concerned occupy or otherwise use. Article 15(1) gives Indigenous people the right to participate in the use, administration and conservation of the natural resources of their lands. Article 15(2) regulates consultation with Indigenous peoples if the State has ownership of minerals, subsoil resources or other resources existing on these lands.<sup>12</sup>

For Indigenous people, the land has a profound and highly transcendent meaning: it is “Mother Earth,” the entity that welcomes them and feeds them. As a result, there is an interactive ring between Indigenous people, the environment, fauna and flora. It is only natural, therefore, that this interaction should be included in the process of the normative and institutional consolidation of an international law on Indigenous people.<sup>13</sup> We should remember the United Nations Conference on Environment and Development, held in Rio de Janeiro in 1992, approved Agenda 21, Chapter 26 of which gives a central position to Indigenous people, who are considered essential agents for the affirmation of environmental programs. This chapter recommends protecting Indigenous lands against activities that pose risks to the environment or that the population considers to be socially and culturally improper. In addition, Indigenous people may require greater control

11. Gómez, Magdalena. *Derechos Indígenas...* p. 94.

12. ILO. *Convention No. 169 concerning Indigenous...* p. 17.

13. Leão, Renato Zerbini Ribeiro. *Pueblos indígenas, globalización y derechos humanos*. Meridiano 47, No. 6, IBRI. Brasília, 2000.

over their lands and resources. Countries should also establish national laws and policies related to resource management and other development processes that may affect Indigenous people, who should actively participate in the formulation of laws and public policies concerning them.<sup>14</sup>

## 2. The United Nations Human Rights Treaty Body System and Indigenous People

Human rights are a basis of the UN. Article 1(3) of its Charter states that it exists, among other reasons, to “promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion.”<sup>15</sup> The literalness of this rule unquestionably includes Indigenous people as full subjects and beneficiaries of these rights.

Although the ILO is a specialized agency of the UN, it has other structures capable of providing Indigenous people with effective protection within the framework of international human rights law in the 21st century.

### 2.1 The International Bill of Human Rights and the protection of Indigenous people

The International Bill of Human Rights is the name given to the set of documents originally made up of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR),<sup>16</sup> the International Covenant on

14. Leão, Renato Zerbini Ribeiro. *O regime da vanguarda do direito internacional público: ciência, direitos humanos, meio-ambiente, migrações, povos indígenas e trabalho decente*. Trampolim jurídico. Brasília, 2021, p. 161-162.

15. The Charter of the United Nations, also known as the Charter of San Francisco, is the international treaty that created the UN. It came into force on October 24, 1945.

16. It was proclaimed on 10/12/1948 by the UN General Assembly (UNGA).

Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)<sup>17</sup> and their protocols and additional documents.<sup>18</sup>

The Covenants identify three responsibilities that fall on States because of the necessary protection of the rights contained therein. The first is that of respect, i.e. States must refrain from interfering directly or indirectly with these rights. The second is that of protection, i.e. States must take measures to ensure that other actors, such as business people, political groups, religious groups or anyone else, do not interfere with these rights. Finally, the third is that of enjoyment, i.e. States must take measures to make effective these rights.<sup>19</sup>

Both Covenants are legally binding on their States Parties. As of January 10, 2024, 173 countries are party to the ICCPR and 171 to the ICESCR. Each is overseen by a committee of independent experts, which assesses the countries' compliance and progress by reviewing their periodic reports. After a constructive and interactive dialogue with the States Parties, the Committees publish their concluding observations, which can promote changes in national legislation, public policies and local practices in favor of affirming human dignity. The Committees also receive individual complaints from citizens of

17. The ICESCR and the ICCPR were adopted by the UNGA on December 16, 1966 (Resolution 2200 A XXI) and entered into force on January 3 and March 23, 1976, respectively.

18. The ICCPR was joined by an Optional Protocol on Individual Communications in 1966 and a Protocol to abolish the death penalty in 1988. On May 5, 2013, the Optional Protocol to the ICESCR on Individual Communications entered into force.

19. Leão, Renato Zerbini Ribeiro. "Os 50 anos dos dois pactos internacionais da ONU: um olhar especial sobre o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais." In: Caçado Trindade, Antônio Augusto; Leal, César Barros e Leão, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *O cinquentenário dos dois pactos de direitos humanos da ONU*. IBDH, vol. 1. Fortaleza, 2016, p. 260.

States that have also ratified the Covenants and their Protocols, assessing whether they should remedy a situation where rights are violated or, if not, justify the actions of States Parties when rights are not violated.<sup>20</sup>

The Committees prepare general observations which are an interpretative analysis of the normative content of the different articles of both Covenants. These help States Parties and the community in general to understand the scope and meaning of each of the articles set out in the Covenants and the freedoms and rights that everyone can enjoy. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) oversees the ICESCR and the Human Rights Committee monitors the ICCPR. Since the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights on December 10, 1948, every country in the world has had an international code on how to behave and how to judge others. It is a code that not only applies universally, but also contains precepts that are valuable in areas previously not considered by constitutions. With the consolidation of the International Bill of Human Rights, this code has materialized into fundamental human rights.<sup>21</sup>

Human rights are complementary, indivisible and universal. The mere existence of the human being signals that they are a harmonious whole, are mutually dependent in such a way that they complement each other and must be protected by States under all circumstances. Therefore, civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights, impose three distinct classes of obligations on States: to respect, to guarantee and to satisfy. The first requires States to refrain from interfering

20. Leão, Renato Zerbini Ribeiro. "Os 50 anos dos dois pactos internacionais"... p. 260-261.

21. Leão, Renato Zerbini Ribeiro. "Os 50 anos dos dois pactos internacionais"... p. 261.

in the enjoyment of these rights; the second requires States to oppose violations of these rights by third parties and the third requires States to adopt legislative, administrative, budgetary, judicial and other provisions that are capable of promoting the full exercise of these rights. In the light of the principle of equality and non-discrimination, every human being is entitled to enjoy these rights without any kind of ethnic, national, political, racial, religious or other restriction. This obviously includes Indigenous people.<sup>22</sup>

The contributions of both Committees to the consolidation of Indigenous people's human rights have been remarkable throughout their existence. The Human Rights Committee, for example, in its General Comment No. 23, which deals with the rights of minorities, stated that the right to culture of minorities includes the protection of the way of life of Indigenous people, which is especially connected to the enjoyment of their traditional activities and their lands. Therefore, the exercise of Indigenous people's rights requires the adoption of positive legal protection measures, as well as other effective measures to guarantee the participation of members of their communities in decisions that may affect them.<sup>23</sup>

In the context of individual communications, the Human Rights Committee has adopted decisions that have influenced the affirmation of the international rights of Indigenous people.

22. Leão, Renato Zerbini Ribeiro. "O meio ambiente e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais." In: Caçado Trindade, Antônio Augusto e Leal, César Barros. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. IBDH. Fortaleza, 2017, p. 254.

23. UN. Document HRI/GEN/1/ver.9 (Vol.1). General Comment No. 23-Rights of minorities (article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights). Fiftieth session. 1994, p. 251, §§6.2 and 6.3.

In its Communication No. 549,<sup>24</sup> which involved an attempt to build a hotel complex on a traditional indigenous cemetery, the Committee interpreted that the term "family" for these people, in line with Articles 17 and 23 of the ICCPR, is broad and must be viewed from the perspective of the society in question. Therefore, the definition of the term "family" in a concrete situation must be considered in the light of the cultural traditions pertinent to this group of individuals who live of their own free will and are governed by common norms. Thus, the term "family" included the relationship between the Indigenous plaintiffs and their traditional cemetery, since the relationship with their ancestors constituted an essential element of their identity, fulfilling an important function in their family lives.

Furthermore, in its decision on Communication No. 1457,<sup>25</sup> the Human Rights Committee, in dealing with a complaint of the diversion of water from indigenous lands by the State Party to the ICCPR that allegedly constituted a violation of the life, family and culture of the Indigenous people affected, considered that participation in a decision-making process by indigenous people about their lands must be effective, which is why mere consultation is not enough, but requires the free, prior and informed consent of the members of the community. Furthermore, all the measures taken in this case should respect the principle of proportionality, so that the very livelihood of the community and its members is not endangered.

However, it is undoubtedly within the framework of the CDESCR that Indigenous people find a broad and varied environment of protective attention from the perspective of international human

24. UN. HRC. *Case of Francis Hopu vs. France*. Communication No. 549/1993. Decision of 29/07/1997, §10.3.

25. UN. HRC. *Case of Poma Poma vs. Peru*. Communication No. 1457/2006. Decision of 27/03/2009, §7.6.

rights law. There is a clear connection between Indigenous people and economic, social and cultural rights, which includes the environment, sustainable development, fauna and flora.

The CESCR is aware that Indigenous people and the environment form an indissoluble interactive ring. Consequently, the issue of land deserves special attention. Concerned about the increase in mining concessions in indigenous territories, the lack of protection of indigenous people's lands and territories, as well as the relaxation of rules regulating extractivism in these lands, the Committee recommended that a State Party adopt all the necessary measures for the legal security of the lands, territories and natural resources occupied and traditionally used by indigenous peoples. It also recommended that the country ensure that consultations are held with Indigenous people based on their free, prior and informed consent for the management of their lands and territories.<sup>26</sup>

In fact, the last time Brazil dealt with the CESCR,<sup>27</sup> after a thorough study of the second official report sent by the State Party, the CESCR welcomed the country's ratification of ILO Convention 169 and recommended that the State quickly complete the process of demarcating and granting indigenous lands; include in its next official report information on the measures taken for access to employment for indigenous people living outside the reserves and take the necessary measures to curb deforestation so that indigenous people can fully enjoy their economic, social and cultural rights.<sup>28</sup>

26. UN. ECOSOC. Document E/C.12/ECU/CO/4. *Concluding observations on the fourth periodic report of Ecuador*. 14/11/2019, §§. 15-16, p. 3.

27. The last constructive dialogue between Brazil and the CESCR took place on May 6 and 7, 2009 in Geneva, Switzerland, the Committee's headquarters.

28. UN. ECOSOC. *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: BRAZIL*. 12/06/2009, p. 2, §5. a; p. 4, §9; p. 6, §16; p. 9, §26.

In the light of current international law and practice, as well as the measures recently adopted by countries regarding Indigenous people, the Committee considered it appropriate to identify elements that contribute to defining the right to health of Indigenous people and for the States Parties to make use of the provisions contained in Article 12 of the Covenant. The CESCR considers that Indigenous people have the right to specific measures to improve their access to health services and care.<sup>29</sup> These include making health services culturally appropriate; i.e. considering preventive care, curative practices and traditional medicines. Resources should also be provided for Indigenous people to establish, organize and control these services so that they can enjoy the highest possible level of physical and mental health. Medicinal plants, animals and minerals necessary for the full enjoyment of Indigenous people's health should also be protected. According to the Committee, in Indigenous communities, the health of the individual is linked to the health of society, thus presenting a collective dimension. In this regard, the CESCR considers that activities related to development that can induce the displacement of Indigenous people, against their will, from their territories and traditional lands, with the consequent loss of their food resources and the

29. In this sense, it is worth highlighting the unanimous decision of the Brazilian Superior Federal Court (STF) which, on August 5, 2020, in the case of the Argument for Non-Compliance with Fundamental Precept (ADPF) 709, ordered the Federal Government to adopt urgent measures to protect indigenous people during the pandemic of the new coronavirus by containing it. These measures include the creation of sanitary barriers and a situation room, the removal of invaders and the presentation of a plan to deal with Covid-19 on the lands and territories of Indigenous people, as well as their access to the health system. ADPF 709 was filed by the Articulation of the Indigenous People of Brazil, together with six political parties (PSB, PSOL, PCdoB, Rede, PT, and PDT). They argue that the federal government has failed to combat the coronavirus in indigenous villages.

disruption of their symbiotic relationship with the land, have a detrimental effect on their health.<sup>30</sup>

It should be noted that the CESCR developed and applies its doctrine on Indigenous people, highlighting the existence of collective cultural rights that can only exist if practiced by the community itself. Therefore, the collective dimension of a right would not be the same as a collective right, such as the rights of Indigenous people. In this sense, the Committee took a significant step by establishing that the right of everyone to participate in cultural life includes both the right of minorities as such, a collective right, and that of those belonging to them, an individual right.<sup>31</sup> It also stated that this right obliges States to recognize, respect and protect the culture of minorities as an essential constituent element of their own identity.<sup>32</sup>

In its concluding observations, the CESCR did not shy away from recommending concrete actions to protect the cultural rights of Indigenous people. In expressing concern at the persistent limitation of the measures adopted by States Parties with regard to respect for cultural diversity and to the promotion of the use of indigenous languages, the Committee recommended the adoption of the necessary measures to strengthen the protection of cultural rights and the respect for cultural diversity, as well as

30. UN. ECOSOC. Document E/C.12/2000/4. *General Comment No. 14 (2000) on the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. 11/05/2000, §27.

31. UN. ECOSOC. Document E/C.12/GC/21/Rev.1. *General Comment no. 21 (2009) on the right of everyone to take part in cultural life (article 15, paragraph 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. 19/11/2009, §35, p. 9.

32. Marchán, Jaime. "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: breve reseña de los primeros años del Comité DESC y de su aporte a la cultura." In: Caçado Trindade, Antônio Augusto; Leal, César Barros e Leão, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *O cinquentenário dos dois pactos de direitos humanos da ONU*. IBDH, vol. 1. Fortaleza, 2016, p. 165.

the creation of the necessary conditions for indigenous people to conserve, develop, express and disseminate their identity, history, culture, languages, traditions and customs.<sup>33</sup>

The CESCR has also not shied away from informing States Parties of the special attention that they must pay to Indigenous people during this pandemic. In its statement on the pandemic, the Committee highlights the vulnerability of Indigenous people to Covid-19. This is a group that lacks adequate access to water, disinfectants and soap, as well as having limited access to hospital or health infrastructures for coronavirus testing. What is more, Indigenous communities have higher percentages of chronic diseases and various health disorders, making them a high-risk group for Covid-19 infection, since there is little or no access to health services and information.<sup>34</sup> Therefore, measures of all kinds, by all available means and to the maximum of available resources should be adopted by States Parties to the ICESCR, such as Brazil, to protect Indigenous people in the context of the Covid-19 pandemic.

As a result, special and specific measures of an urgent nature must be taken to protect and mitigate the effects of the pandemic on Indigenous people. These could be, for example, the provision of water and soap; the implementation of specific programs to protect the jobs, salaries and pensions of all workers, including indigenous workers; the imposition of a moratorium on forced evictions or foreclosures of housing during the pandemic; the adoption of specially adapted measures to protect their health, livelihoods and ways of life, among others. All of these are

33. UN. ECOSOC. Document E/C.12/COL/CO/6. *Concluding observations on the sixth periodic report of Colombia*. 19/10/2017, §§65-66, p. 11-12.

34. UN. ECOSOC. Document E/C.12/2020/1. *Declaration on the pandemic of coronavirus disease (COVID-19) and economic, social and cultural rights. Statement of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. 17/04/2020, §9, p. 3.

strictly in line with the economic, social and cultural rights set out in the ICESCR.<sup>35</sup>

The CESCR pays special attention to Indigenous people. In its General Comment on science and economic, social and cultural rights, it emphasized that local, traditional and Indigenous knowledge, especially concerning nature, species (flora, fauna and seeds) and their properties, is precious and has an important role to play in the global scientific dialogue. States Parties to the ICESCR should therefore adopt measures to protect this knowledge through diverse means, including special intellectual property regimes that ensure that Indigenous people have ownership and control of this traditional knowledge.<sup>36</sup>

Furthermore, with a view to a worldwide intercultural dialogue in favor of scientific progress, Indigenous people must share their scientific contributions because science must not be used as an instrument of cultural imposition. Countries must provide Indigenous people, respecting their inherent free will, with the educational and technological means necessary to participate in this dialogue. Also, all necessary measures must be adopted to respect and protect the rights of Indigenous people, particularly land, identity, the protection of moral and material interests derived from their knowledge, of which they are individual or collective authors. The CESCR reaffirms the need for genuine consultations to obtain free, prior and informed consent whenever States Parties or non-State actors conduct research, take decisions or create

35. UN. ECOSOC. Document E/C.12/2020/1. *Declaration on the pandemic of coronavirus disease (COVID-19) and economic, social and cultural rights. Statement of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights.* 17/04/2020, §15, p. 4.

36. UN. ECOSOC. Document E/C.12/GC/25. *General Comment No. 25 (2020), on science and economic, social and cultural rights (Article 15, paragraphs 1(b), 2, 3 and 4 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).* 30/04/2020, §39, p. 9.

policies relating to science that are likely to have repercussions on Indigenous people or make use of their knowledge.<sup>37</sup>

## 2.2 Other human rights treaties of the UN system and Indigenous people

The Convention on the Rights of the Child explicitly mentions Indigenous people. Within the United Nations human rights treaty body system, it is the only one to date to do so. Article 17 expressly states that States Parties “shall encourage the media to take particular account of the linguistic needs of the Indigenous child.” Article 29(1) states that the education of the child shall be directed towards assuming a responsible life in a spirit of “friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of Indigenous origin.” In turn, Article 30 states that in States Parties where there are children of indigenous origin, they shall not be denied “the right which corresponds to them, in common with the other members of their group, to have their own cultural life, to profess and practice their own religion, or to use their own language.”<sup>38</sup> According to the Committee on the Rights of the Child, the Convention’s international supervisory body, all of these explicit mentions of Indigenous children are a recognition that they need special measures to fully enjoy their rights.<sup>39</sup>

The Committee on the Rights of the Child pays special attention to Indigenous children. This is evidenced by the existence of

37. UN. ECOSOC. Document E/C.12/GC/25. *General Comment No. 25 (2020), on science and economic, social and cultural rights (Article 15, paragraphs 1(b), 2, 3 and 4 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).* 30/04/2020, §39, p. 9.

38. In Brazil, it has been in force since 21/11/1990, with the promulgation of Decree No. 99.710.

39. UN. CRC. Document CRC/C/GC/11. *General Comment No. 11 (2009) - Indigenous children and their rights under the Convention.* 12/02/2009, p. 2, §5.

its General Comment on Indigenous children and their rights under the Convention. It highlights special protective measures for Indigenous children in situations of armed conflict or who are refugees; economic exploitation; sexual exploitation and harassment; and juvenile justice. Through its General Comment No. 11, the Committee reminds States Parties of their obligations to ensure the rights enshrined in the Convention with respect to all children subject to their jurisdiction. The obligations to respect and protect require every State Party to ensure that the exercise of the rights of Indigenous children is fully protected against any act conducted by the State party by its legislative, judicial or administrative authorities, or by any other entity or person located within the State Party.<sup>40</sup>

The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination<sup>41</sup> has the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) as its international supervisory body. It deals with Indigenous issues through an approach that is reflected in its General Recommendation No. XXIII on the rights of Indigenous people, which urges States Parties to ensure that Indigenous people enjoy equal rights regarding their effective participation in public life and that no decision related to their rights and interests is adopted without their informed consent and that they recognize and protect the rights of Indigenous people to own, explore, control and use their lands, territories and communal resources. Moreover, the States Parties are to adopt measures to return their lands and territories, which they traditionally owned, have occupied or used without the free and informed consent of these peoples, that they have been deprived of. Only when, for specific reasons this is not possible, shall the

40. UN. CRC. Document CRC/C/GC/11. *General Comment No. 11 (2009) - Indigenous children and their rights under the Convention*. 12/02/2009, p. 15-19, §§64-78.

41. Promulgated in Brazil on 08/12/1969, by Decree No. 65.810.

right to restitution be replaced by the right to prompt and fair compensation, which, as far as possible, should be in the form of lands and territories. Finally, States Parties must guarantee Indigenous communities the exercise of their right to practice and revive their cultural traditions and customs, preserving and practicing their languages.<sup>42</sup>

The Convention Against Torture (CAT)<sup>43</sup> has charged its supervisory Committee with protecting people, minority or marginalized populations that are at substantial risk of being tortured and ill-treated. States Parties must, therefore, ensure that, within the framework of their obligations under the CAT, their laws apply in practice to all persons under their jurisdiction, including Indigenous people.<sup>44</sup>

### **2.3 The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)**

The UNDRIP was adopted by the United Nations General Assembly on September 13, 2007. The vote was highly favorable, as 144 UN Member States voted in favor, 11 abstained and only four (Australia, Canada, New Zealand and the United States) voted against.<sup>45</sup> Nonetheless, the latter four, despite initially voting against, have now joined it. In public international law (PIL), declarations are not formally binding. They are solemn instruments used only on special occasions, dealing with major issues and aimed at obtaining the maximum

42. UN. CERD. Document CERD/C/GC/XXIII/1997. *General Recommendation XXIII on the rights of Indigenous people*. Fifty-seventh session, 1997, p. 1, §4.

43. Promulgated in Brazil on January 15, 1991, by Decree No. 40.

44. UN. CAT. Document CAT/C/GC/2. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: General Comment No. 2 - Implementation of Article 2 by States Parties*. 24/01/2008, p. 7, §21.

45. UN. CHRGA. Document E/3616/Rev.11. *Report of the Commission on Human Rights on its 18th session*. 30/09/2011, §105.

attention of the international community for the issue in question. The UNDRIP follows a worldwide consensus on the rights of Indigenous people, bringing freedoms and rights already recognized by various sources of IPL such as customs and international treaties, as well as norms and principles that affirm the free determination and non-discrimination of Indigenous people. UNDRIP is therefore an important instrument of PIL and human rights.

All the rights set out in the UNDRIP are indivisible and interrelated. Therefore, the effects of self-determination extend to other rights, such as the right to culture, which also encompasses the autonomy of Indigenous people in the cultural sphere. The right to self-determination gives Indigenous people the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as to having the means to finance their autonomous functions. Similarly, because of their autonomy, Indigenous people have the right to promote, develop and maintain their institutional structures, their own customs, spirituality, traditions, procedures, practices and legal systems. Furthermore, these peoples have the right to participate in the adoption of decisions on matters affecting their rights and the countries have the obligation to hold consultations, cooperating to obtain free, prior and informed consent.<sup>46</sup>

The UNDRIP also recognizes the right of Indigenous people to their lands, territories and resources. It also affirms the close relationship between the rights of Indigenous people and economic, social and cultural rights, recalling that these rights are conferred on indigenous individuals who organize themselves into peoples, which indicates a dimension of collective rights.

46. UN. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Rio de Janeiro: UNIC, 2008, articles 4, 18 and 34.

All this institutionality and normativity must be viewed in the light of the principle of equality and non-discrimination.

### **3. The Right of Indigenous People in the Jurisdiction of the Interamerican Court of Human Rights (I/A Court HR)**

The Inter-American Court of Human Rights is the international body for the judicial supervision of the American Convention on Human Rights (ACHR), also known as the Pact of San José. The Court has three priority functions. One is to give an opinion or express a view, at the request of a Member State or an OAS body, on any point or interpretation of the ACHR, the so-called advisory function (Art. 64). Another is to adopt provisional measures of protection in cases of extreme gravity and urgency, whenever it is necessary to avoid irreparable harm to individuals (Art. 63(2)). Finally, it has the function of deciding cases, handing down judgments involving States Parties to the ACHR (Art. 62).<sup>47</sup> The Court has provided a historic and relevant service for the affirmation of an international right for Indigenous people in the region. Its decisions reverberate throughout the world. In this regard, it has already acted under the mandate of its three functions. However, the main global legal influence of the Court in favor of affirming the human dignity of Indigenous people in the Americas and elsewhere is derived especially from its contentious function; i.e. the cases it decides.

Within the jurisdictional framework of the Inter-American Court, there are many and varied cases in which it has been able to express its views on the significance of lands for Indigenous

47. In Brazil, the ACHR was promulgated by Decree No. 678 of November 6, 1992. Brazil denounced the reservation made regarding the recognition of the contentious jurisdiction of the Court on December 10, 1998.

communities, their communal properties and their cultural dimension. In short, for the Court, the culture of indigenous people corresponds to a particular way of life of being, seeing and acting in the world, materializing from their close relationship with their traditional territories and the resources found therein, not only because these are their main means of subsistence, but also because they constitute an integral element of their worldview and religiosity and, therefore, of their cultural identity. Thus, countries must effectively protect the rights of these peoples by taking into account their particularities, economic and social characteristics, as well as their situation of special vulnerability, their customary law, values, uses and customs; see, for example, the judgments in the *Sawhoyamaya Indigenous Community*<sup>48</sup> and the *Yakye Axa Indigenous Community*<sup>49</sup> cases.

The I/A Court has found that Indigenous people have an inseparably comprehensive and umbilical relationship with their traditional lands. The concept of ownership in relation to this territory is not centered on the individual, but on the community. The Court's case law demonstrates that States Parties to the ACHR must provide effective protection for the rights of Indigenous people and act in such a way as to consolidate well-defined lines of decision-making on the matter; which include judicial guarantees and judicial protection, establishing that Article 14(3) of ILO Convention 169 (adequate legal procedures), in conjunction with Articles 8 (judicial guarantees) and 25 (judicial protection) of the American Convention, obliges the States to offer an effective remedy with due process guarantees to members of indigenous communities that allow them to request ancestral land claims,

48. I/A Court HR. *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community*. Series C, No. 146. Judgment of March 29, 2006, para. 83.

49. I/A Court HR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community*. Series C, No. 125. Judgment of June 17, 2005, para. 63.

as a guarantee of their communal property, as it ruled in the *Yakye Axa Indigenous Community* case.<sup>50</sup> In fact, the Court has reiterated that, in accordance with Articles 1 (obligation to respect rights) and 2 (duty to adopt provisions in domestic law) of the ACHR, States must establish in their domestic legal systems the appropriate procedures for processing Indigenous people's land claims, ensuring that such procedures are accessible and timely. This is clear, for example, from the decisions regarding the *Sawhoyamaya*<sup>51</sup> and *Yakye Axa*<sup>52</sup> Indigenous communities.

Another important line of decision-making in relation to Indigenous people rests on reparations. In its ruling on the *Plan de Sánchez Massacre* case, the Court took into account the damage caused by the lack of proper burial rituals for the loved ones of an indigenous Mayan people, the replacement of their leaders by State agents, the discrimination in access to justice for these people and the impact on the traditional way of transmitting their culture. Consequently, it stated that in such cases individual reparations should have as a key component reparation granted to the members of the communities. To facilitate the dissemination of the human rights of the Indigenous people subject to its jurisdiction, it ordered, *inter alia*, that Guatemala translate the American Convention and all the judgments handed down in this case into the Achí Mayan language. In addition, the Court gave special consideration to the suffering of the community, ordering the State to make available, through the Academy of Mayan Languages of

50. I/A Court HR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community*. Series C, No. 125. Judgment of June 17, 2005, paras. 95-96, 125 and 162.

51. I/A Court HR. *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community*. Series C, No. 146. Judgment of March 29, 2006, para. 109.

52. I/A Court HR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community*. Series C, No. 125. Judgment of June 17, 2005, para. 102.

Guatemala or another organization, an educational program for the study and dissemination of the Achí Mayan culture.<sup>53</sup>

The recognition of Indigenous people's right to collective ownership of their ancestral and traditional lands and territories has been the subject of consistent progress by the Court. This can be seen in its jurisprudence in the cases of *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community*,<sup>54</sup> *Yakye Axa Community*,<sup>55</sup> *Sawhoyamaxa Community*<sup>56</sup> and *Xucuru Indigenous People and its members*.<sup>57</sup> Furthermore, the Court has protected the right to personal integrity of the members of a community in the face of the impossibility of holding funeral ceremonies, of returning peacefully and with dignity to their land and territory, as happens in the cases of indigenous communities that are victims of forced internal displacement or that are forced to seek refuge, for example in the case of the *Moiwana Community*.<sup>58</sup> The Court also recognizes the right to use the Indigenous language as a way of exercising freedom of expression and thought. Likewise, the Court protects the right of indigenous people to their own forms of political organization, in accordance with their traditions, as an exercise of their political rights, establishing that, in accordance with the principle of equality before the law, States have an obligation to guarantee people in

53. I/A Court HR. *Case of the Plan de Sánchez Massacre*. Series C, No. 105. Judgment of April 29, 2004, paras. 86-87 and 110.

54. I/A Court HR. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community*. Series C, No. 79. Judgment of August 31, 2001, paras. 144-149.

55. I/A Court HR. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community*. Series C, No. 125. Judgment of June 17, 2005, paras. 140-148.

56. I/A Court HR. *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community*. Series C, No. 146. Judgment of March 29, 2006, paras. 135-141.

57. I/A Court HR. *Case of the Xucuru Indigenous People and its members*. Series C, No. 346. Judgment of 05/02/2018, para. 124.

58. I/A Court HR. *Case of the Moiwana Community*. Series C, No. 124. Judgment of June 15, 2005, paras. 98-102.

conditions of vulnerability, marginalization and discrimination the legal and administrative conditions that ensure them this right, as in the *Yatama* case.<sup>59</sup>

In its judgment on the *Saramaka* case,<sup>60</sup> the Court expressly recognized the State's duty to consult the community, in accordance with its traditions and customs, on any project that may affect it, including informing it of environmental risks, as a safeguard measure to preserve, protect and guarantee the special relationship between Indigenous people, their land and their territory. At the same time, the Court has considered that the free, prior and informed consent of Indigenous people is especially necessary when large-scale development or investment projects are involved that may have a major impact on the lands of Indigenous, Original or Tribal peoples. This position was reiterated in the case of *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*,<sup>61</sup> in which the I/A Court once again stressed the importance of conducting prior environmental impact studies, with the participation of the affected Indigenous communities, before any project is developed in their territories. Therefore, States must ensure that projects are not granted in Indigenous territories unless and until independent and technically capable entities carry out, in cooperation with the indigenous people affected and under the supervision of the State – with the aim of assessing the social, spiritual, cultural and environmental impact of the work in question on the indigenous communities – analyses and impact studies in the light of the free, prior and informed consent of the Indigenous people affected.

59. I/A Court HR. *Case of Yatama v. Nicaragua*. Series C, No. 127. Judgment of June 23, 2005, paras. 240-248.

60. I/A Court HR. *Case of the Saramaka People*. Series C, No. 172. Judgment of 11/28/2007, paras. 133-134.

61. I/A Court HR. *Case of Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Series C, No. 125. Judgment of June 27, 2012, paras. 313-317.

In its advisory opinion on the environment and human rights, the I/A Court highlighted the intrinsic connection between Indigenous people, their lands and territories, which means that these and the natural resources they use must be protected as a guarantee of the continuity of the traditional way of life to which they are accustomed in the light of their cultural identity, social structure, economic system, customs, beliefs and distinct traditions. This entire environment and set of features must be guaranteed and protected by States Parties to the American Convention.<sup>62</sup>

For the first time in litigation, in the case of *Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat (Our Land) Association*, the Court autonomously analyzed the rights to a healthy environment, adequate food, water and cultural identity based on Article 26 of the ACHR (progressive development of economic, social and cultural rights). The Court examined these four rights with respect to their interdependence and according to the specificities of Indigenous people. As such, it considered that illegal deforestation, as well as the activities conducted in Indigenous territory by the mestizo population, notably cattle breeding and the installation of fences, had an impact on environmental goods, affecting the Indigenous communities' traditional way of eating and their access to water, which has altered the Indigenous people's way of life, damaging their cultural identity. Furthermore, these activities did not have the consent of the Indigenous people and although the State was aware of these harmful activities and took various actions, these were not effective in stopping them nor did they guarantee

62. I/A Court HR. *Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the framework of the protection and guarantee of the rights to life and personal integrity - interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1), in relation to Articles 1(1) and 2 of the American Convention on Human Rights)*. Series A, No. 23. Advisory Opinion OC-23/17 of 15 November 2017, para. 169.

Indigenous communities the possibility of determining which activities could be conducted in their territories. As a result, the Court held that the State violated Article 26 of the Convention in relation to its Article 1(1) (obligation to respect rights without discrimination of any kind).<sup>63</sup>

It is worth highlighting the Court's action of July 1, 2022 when it issued a provisional measure against Brazil demanding measures to "protect the life, personal integrity and health of the members of the Yanomami, Ye'kwana and Munduruku Indigenous people." The Court acted after the Inter-American Commission on Human Rights considered that the situation of the individuals of these three peoples was "extremely serious and urgent." Consequently, the I/A Court, exercising the powers conferred on it by Article 63(2) of the American Convention and Articles 27 and 31 of its Rules of Procedure, unanimously decided to request the State of Brazil:

1. to adopt the necessary measures to effectively protect the life, personal integrity, health and access to food and drinking water of the members of the Yanomami, Ye'kwana and Munduruku Indigenous people,<sup>64</sup> from a culturally appropriate perspective, with a gender and age focus
2. to request the State to adopt the necessary measures to effectively protect the life, personal integrity, health and access to food and drinking water of the members of the Yanomami, Ye'kwana and Munduruku Indigenous

63. I/A Court HR. *Case of Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat (Our Land) Association*. Series C, No. 400. Judgment of February 6, 2020, paras. 331-369.

64. Identified Indigenous people from the following ethnic groups: Yanomami, Munduruku, Sai Cinza, Kayabi, Praia do Índio and Praia do Mangue Reserves, Sawré Muybu and Sawré Bapin.

people. Request the State to adopt the necessary measures to prevent sexual exploitation and violence against the women and children of the beneficiary Indigenous People;

3. Request the State to adopt culturally appropriate measures to prevent the spread and mitigate the contagion of diseases, especially Covid-19, offering the beneficiary people adequate medical care, in accordance with applicable international standards;
4. Request the State to adopt the necessary measures to protect the life and personal integrity of the Indigenous leaders of the beneficiary Indigenous Peoples who are under threat;
5. Request the State to immediately coordinate the planning and implementation of these measures with the representatives of the beneficiary people and to keep them informed of the progress of their execution;
6. Request the State to submit to the Court, no later than September 20, 2022, updated information on the measures that have been adopted;
7. Request the representatives of the beneficiaries to submit their observations within three weeks of notification of the States Party's report requested in the sixth operative paragraph, and the Inter-American Commission on Human Rights to submit its observations on the States Parties' report and the representatives' observations within two weeks of receipt of the latter;

8. Request the States Party to continue informing the Court every three months, as of the submission of its last report, of the provisional measures adopted.<sup>65</sup>

### **3.1 The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (ADRIP)**

At the inter-American level, since the first Inter-American Indigenous Congress in 1940, what has come to be called the “indigenous problem or question” has been part of the hemispheric agenda. At the beginning of the 1990s, the Organization of American States asked the Inter-American Commission on Human Rights to prepare a draft Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In 2008, the OAS Permanent Council reiterated that it remained a priority for the Organization to draw up this Declaration in close partnership with Indigenous people.

Finally, after almost 30 years of hard work, consultations and negotiations, in 2016 the OAS approved the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (ADRIP)<sup>66</sup> by General Assembly Resolution 2888 (XLVI-0/16). In its preamble, the Member States of the OAS recognize Indigenous people as a fundamental and historically significant entity for the present and future of the Americas: their presence has forged current American societies, making a decisive contribution to their development, plurality and cultural diversity. Consequently, these States reaffirm their commitments to economic and social

65. I/A Court HR. *Case of Members of the Yanomami, Ye'kwana and Munduruku Indigenous Peoples with respect to Brazil*. Adoption of Provisional Measures. Resolution of the Inter-American Court of Human Rights of July 1, 2022, p. 17.

66. Approved at the third plenary session of the OAS General Assembly, held on June 15, 2016. Document AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

well-being, as well as respect for the rights and cultural identity of the continent's Indigenous people.

The Declaration understands Indigenous people as original, diverse societies with their own identity that make up the whole of the Americas. In the wake of suffering historical injustices, such as the deprivation of their lands, territories and resources, among others, Indigenous people have been particularly prevented from exercising their right to development according to their own needs and interests. For this reason, the OAS Member States have recognized the urgent need to respect and promote the intrinsic rights of Indigenous people, derived from their political, economic, social and cultural structures, their spiritual traditions, history and philosophy, especially the rights to their lands, territories and resources. Furthermore, respect for Indigenous knowledge, cultures and traditional practices contributes to sustainable and equitable development.<sup>67</sup> Indigenous people and the environment form an unbreakable interactive ring.

For all these reasons, self-identification as Indigenous people is not only a right, but also a fundamental criterion for determining the application of the Declaration. By adopting the ADRIP, States pledge to respect this right, either individually or collectively, in accordance with the practices and institutions of each Indigenous people.<sup>68</sup>

In addition to self-identification, the Declaration recognizes the collective organization and multicultural and multilingual character of Indigenous people. Furthermore, special protection is given to peoples who are voluntarily isolated or in initial

67. OAS. Document AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 15/06/2016, p. 3-5.

68. OAS. Document AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 15/06/2016, art. 1, §2, p. 7.

contact, such as some Amazonian peoples: they have the right to remain in this condition, living freely and in accordance with their cultures. This institutionalizes the certainty that progress in the promotion and protection of the Indigenous people of the Americas is a priority for the OAS.<sup>69</sup>

Therefore, the basic core of the ADRIP for the purposes of its application is: self-identification as an indigenous people; the right to free determination; gender equality, in the sense that indigenous women have collective rights that are indispensable for their existence, well-being and integral development as peoples; Indigenous people and communities have the right to belong to one or more Indigenous peoples, in the light of the identity, traditions and customs of belonging to each people; full recognition by States of their legal personality, respecting the forms of organization and promoting the full exercise of the rights contained in the Declaration; the right to freely maintain, express and develop their cultural identity; the right not to be the object of any form of genocide; the right not to be the target of racism, racial discrimination, xenophobia or other related forms of intolerance; the right to their own identity and cultural integrity, as well as their cultural heritage; the right to autonomy or self-government in matters relating to internal affairs; the rights and guarantees recognized by national and international labor law and the right to the lands, territories and resources they have traditionally owned, occupied, used or acquired.<sup>70</sup>

Being the first document in the history of the OAS to promote and protect the rights of Indigenous people in the Americas, the ADRIP fulfills a historic debt owed by this international

69. OAS. Document AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 15/06/2016, p. 7-10.

70. OAS. Document AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 15/06/2016, p. 10-45.

organization to these peoples who have always lived and inhabited the American continent from Alaska to Tierra del Fuego.

## Conclusions

The international law of Indigenous people is an institutionalized reality. The jurisdictional exercise of the International Labor Organization, the United Nations human rights treaty body system and the Inter-American Court of Human Rights attest to the existence of a true legal regime for the universal protection of Indigenous people.

There are many standards (ILO Convention 169; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; American Convention on Human Rights; among others), principles (good faith; *pro persona*; equality and non-discrimination; among others), rules (free, prior and informed consent, for example); resolutions signed between States (Universal Declaration of Human Rights; Universal Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; among others); and institutions (ILO; UN; CESCR; OAS; IACHR; and many more) that are capable of influencing, by creating a standard of conduct, States, international organizations, individuals and the international community as a whole, in order to affirm the human dignity and human rights of Indigenous people.

Overcoming discriminatory inertia on the part of States towards Indigenous people is not an easy task. In fact, it never has been. One of the strategies for consolidating this regime of universal protection for Indigenous people is to make use of it, strengthening its institutions and ensuring that States comply with their international obligations in this area, which they have undertaken in good faith. To this end, knowledge of its existence

and its different channels of access is also vital for affirming the human dignity of Indigenous people in international society. Therefore, education at all levels also plays a crucial role in this process.

Brazil is a party, even accepting the contentious jurisdiction of the international bodies that supervise it, to the main international treaties on the matter. However, this does not mean that Brazil's Indigenous people are free from discrimination and from violations of their customary and historical rights. The powers of the State need to be very vigilant regarding the Indigenous people's guarantees. If not, public policies must be developed to educate present and future generations about the affirmation of Indigenous people's human rights. Especially in the wake of the Covid-19 pandemic, under the international law of Indigenous people Brazil must take all available and necessary measures for the effective and safe protection of its Indigenous people, in the light of all available resources and through the action of all the constituent powers of the State. Finally, the relationship of these peoples with the environment, fauna and flora will bequeath a healthy and sustainable planet to future generations.

# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General

### *Presidencia Honoraria*

Sonia Picado S.

Claudio Grossman

*Presidente*

Mónica Pinto

*Vicepresidenta*

Wendy Singh

*Vicepresidenta*

Carlos M. Ayala Corao

Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

Alejandra Barrios

Eduardo Bertoni

Allan Brewer Carias

Jo-Marie Burt

Santiago Canton

Douglass Cassel

Ciro Colombara

Margarett Crahan

Silvia Fernández de Gurmendi

Robert K. Goldman

Olga Herrera Carbuccia

Julissa Mantilla

María Elena Martínez Salgueiro

Margarette May Macaulay

Juan E. Méndez

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Denise Pitcher

Carlos Portales

Víctor Rodríguez Rescia

Hernán Salgado Pesantes

Fabián Salvioli

Sylvia Steiner

José Antonio Viera Gallo

Renato Zerbiní Ribeiro Leao

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Nancy Hernández López

Rodrigo Mudrovitsch

Humberto Antonio Sierra Porto

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Ricardo C. Pérez Manrique

Verónica Gómez

Patricia Pérez Goldberg

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Roberta Clarke *Presidenta*

Carlos Bernal Pulido *Primer vicepresidente*

José Luis Caballero Ochoa *Segundo vicepresidente*

Edgar Stuardo Ralón Orellana

Arif Bulkan

Andrea Pochak

Gloria Monique de Mees

José Thompson J.

*Director Ejecutivo*

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos