

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS  
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

62



Julio - Diciembre 2015



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA  
IIDH

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

© 2015 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

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: Marisol Molestina.*

*Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca*

*Impresión litográfica: Versailles S.A.*

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.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. 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 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:[s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr)

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

## Índice

<b>Presentación</b> .....	7
<i>José Thompson J.</i>	
<b>Reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano</b> .....	11
<i>Fernando Javier Baralt Briceño</i>	
<b>Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias</b> .....	31
<i>Natalia Patricia Copello Barone</i>	
<b>El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas</b> .....	57
<i>Ángel Salvador Ferrer</i>	
<b>Políticas públicas orientadas hacia la igualdad de derechos. La llave para preservar la paz social en los nuevos países receptores de flujos migratorios laborales</b> .....	87
<i>Laura García Juan</i>	
<b>La protección a los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b> .....	113
<i>Jesica Paola Gómez Muñoz</i>	
<b>Los obstáculos y desafíos de las solicitudes de refugio en Brasil</b> .....	147
<i>Rinara Granato Santos, Nilo Lima de Azevedo</i>	
<b>Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche</b> .....	167
<i>Ronny Leiva Salamanca</i>	



## Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 62 de su Revista IIDH, cuya edición se ha alimentado de la colaboración que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as.

Para esta edición, el IIDH lanzó una convocatoria para recibir artículos en materia de derechos humanos de las diversidades nacionales, étnicas y culturales, de género, sexuales, etarias, religiosas, ideológicas, sociales, económicas, políticas o de capacidades. Se eligió esta temática puesto que es una de las prioridades estratégicas institucionales para el período 2015-2020, y la Revista IIDH representa, cada semestre, una oportunidad para difundir el debate, la investigación y los distintos aportes regionales e internacionales que permiten avanzar hacia una más efectiva protección de la diversidad.

En su estrategia institucional, el IIDH busca incidir para que las diversidades sean reconocidas y valoradas. Esto supone que se reconozca la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, pero también que se genere un cambio de percepción, tanto social como institucional, que asuma y priorice los principios de igualdad y no discriminación, encaminándose a producir acciones específicas para la eliminación de prejuicios y estereotipos estigmatizantes, así como para promover la erradicación de la discriminación y la criminalización de las diferencias.

Bajo esa visión, este número de la Revista IIDH recoge los artículos académicos de Ángel Salvador Ferrer (España), Ronny Leiva Salamanca (Chile), Jesica Paola Gómez Muñoz (Colombia), Fernando Javier Baralt Briceño (Venezuela), Rinara Granato Santos y Nilo Lima de Azevedo (Brasil), Laura García Juan (España) y Natalia Patricia Copello Barone (Argentina).

Las colaboraciones que hemos elegido para ser incluidas en este número incluyen el análisis de poblaciones en situación de vulnerabilidad, principalmente: las comunidades indígenas, con énfasis en las mujeres, las personas migrantes y refugiadas y las personas con discapacidad, sin excluir algunas reflexiones generales sobre el reconocimiento y protección de la diversidad y el principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto a las comunidades indígenas, se incluye un análisis sobre los elementos que conforma un fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva en casos de violaciones a derechos humanos a comunidades indígenas, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 2001. Otro de los estudios que aquí se presenta analiza el papel que han tenido las mujeres *mapuche* en el proceso de reconstrucción de dicha sociedad, mediante un repaso a los antecedentes y contexto histórico, a la conceptualización de las mujeres *mapuche* en el movimiento de los derechos humanos y a la actividad pública de estas mujeres en diversos ámbitos, incluyendo la actividad profesional y la dirigencia social. Además, se incluye un estudio sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en casos de las comunidades originarias a través de un análisis legal, jurisprudencial y doctrinario, con un enfoque interdisciplinario.

En materia de los derechos de personas migrantes, se analiza la experiencia española a partir de una serie de políticas públicas

exitosas para preservar la paz social en países receptores de flujos migratorios laborales, incluyendo reformas legislativas, el discurso político y las políticas de integración. Esta edición de la Revista IIDH también incluye un artículo sobre las personas refugiadas que analiza los obstáculos y desafíos que aún presenta la política de acogida de refugiados/as en Brasil.

En cuanto a las personas con discapacidad, se presenta en este número un artículo que analiza la manera en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha protegido sus derechos a través de su mandato, tanto de promoción como de defensa. Lo anterior, mediante un riguroso estudio del sistema de peticiones y casos, informes temáticos, medidas cautelares y audiencias celebradas en el marco de sesiones ordinarias.

Finalmente, se estudia el reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano respondiendo, desde un enfoque interdisciplinario, varios cuestionamientos que en un análisis integral permitan comprender por qué el ser humano es diverso y en qué forma esta diversidad debe ser protegida.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición. Esperamos que esta publicación sea un aporte a la doctrina en derechos humanos de las diversidades para promover el reconocimiento formal de sus derechos, la posibilidad de hacerlos exigibles y la implantación de una cultura y prácticas institucionales no discriminatorias que garanticen su vigencia.

José Thompson J.  
*Director Ejecutivo, IIDH*



# Reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano

*Fernando Javier Baralt Briceño\**

## A manera de introito

El modelo de Estado constitucional<sup>1</sup> tiene en el principio de igualdad y en el mandato de no discriminación, dos de sus principales axiomas deontológicos. Ellos, ciertamente, constituyen un lugar común para el respeto de los derechos fundamentales y la garantía de su ejercicio libre en el marco de una sociedad auténticamente democrática<sup>2</sup>.

---

\* Abogado por la Universidad del Zulia; Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad del Zulia; Diplomado en Derecho Público por el Instituto de Estudios Constitucionales. Estudiante de la Especialidad en Derecho Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor colaborador de la Universidad del Zulia, la Universidad Bolivariana de Venezuela y la Escuela Nacional de la Magistratura.

- 1 Desde luego, no todo Estado con una Constitución es un Estado constitucional. El Estado constitucional se yergue sobre una determinada idea de Constitución democrática y de ejercicio y control del poder. En ese sentido, puede consultarse, *inter alia*, Aponte Núñez, Emercio José, *Importancia e influencia del régimen constitucional venezolano de los derechos humanos*. Maracaibo, Universidad del Zulia, 2012; Duque Corredor, Román, *Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*. Colombia, Legis, 2008; Risso Ferrand, Martín, *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2010.
- 2 De acuerdo con el artículo 9 de la Carta Democrática Interamericana, “[l]a eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas,

Desde luego, la articulación de estos principios es feudataria de dos supuestos ontológicos diferenciados, cuales son la unidad del género humano y la diversidad de la persona humana, varón y mujer. Aparentemente incompatibles, lo cierto es que configuran las caras contrapuestas de una misma medalla en cuanto expresión de la naturaleza del individuo como ente racional-volitivo (distintas posibilidades de ser) y coexistencial (ser en relación con sus pares).

La protección de la diversidad de la persona implica, necesariamente, aceptar la existencia de algo real que es por sí mismo y que hace iguales a todos los integrantes de la especie humana, con independencia de las diversas formas de ser de las personas, ora en su dimensión individual, ora en su dimensión colectiva. De otro modo, ¿cómo sería posible afirmar que todos los seres humanos son iguales si se estima, en un juego de ida y vuelta, que cada individuo es distinto y que esa unicidad merece protección?

El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), quizá la obra más bella de reflexión y autodescubrimiento, proclama con contundencia que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse

---

contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”. No en balde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva sobre el habeas corpus bajo suspensión de garantías, estableció que “[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”, Corte IDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8.

fraternalmente los unos con los otros”. Sin duda, este enunciado encierra una concepción metafísica de la persona humana que, en definitiva, permitió la construcción del derecho de los derechos humanos sobre la base de una noción antropocéntrica del ejercicio del poder.

La afirmación del artículo 1 de la DUDH supone el reconocimiento de una verdad enraizada de tal manera en la conciencia común posterior a la gran guerra del siglo XX, que su estudio profundo ha pasado prácticamente desapercibido para el Derecho. Desde luego, es por demás conveniente que en el imaginario colectivo de las sociedades civilizadas<sup>3</sup> se dé por sentado como un artículo de fe, que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Sin embargo, ello no puede comportar que la ciencia jurídica pierda interés en reflexionar sobre la verdad del enunciado, pues sólo mediante su estudio atento se podrá comprender la naturaleza de la persona humana, con miras a reconocer en el plano normológico a todos los seres humanos, sin discriminación, el conjunto de derechos subjetivos consustanciales a la persona como ente individual y colectivo, indispensables para garantizar la integridad de su dignidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), desde la opinión consultiva *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, ha contribuido significativamente en ese sentido, al dejar de manifiesto la relación de identidad lógica que

---

3 En contrapartida, se entiende por “sociedades de barbarie” aquéllas que desconocen el principio de la dignidad humana al extender de forma sistemática o generalizada, al margen de una justificación objetiva y razonable, de *iure* o *de facto*, a determinados individuos o grupo de personas, un tratamiento diferenciado que comporte una limitación o restricción indebida de los derechos fundamentales derivados de la unidad de naturaleza del género humano.

existe entre el principio de igualdad y la noción de unidad del género humano. Concretamente, sostuvo que

**[1]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona<sup>4</sup>**, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza<sup>5</sup>.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en la histórica opinión consultiva *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte Interamericana señaló que en el artículo 1 de la DUDH se reconoce el principio fundamental de la dignidad humana<sup>6</sup>. Estos son, en efecto, aportes valiosos, aunque no suficientes, ya que sólo permiten el planteamiento de ciertas interrogantes importantes, sin ahondar en un plano de reflexión más profundo.

¿Qué es la unidad de naturaleza del género humano? ¿Qué es la dignidad de la persona y por qué es inseparable de su naturaleza? ¿Cómo es posible que la naturaleza del género humano sea única

---

4 La negrita es agregada.

5 Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 55.

6 Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 157.

y que cada persona como individuo, en su unicidad, sea diversa? Estas son, desde todo punto de vista, preguntas esenciales que el derecho de los derechos humanos debe responder con la finalidad de entender por qué el ser humano es diverso y en qué medida esa diversidad debe ser protegida. En las líneas que suceden se intentará dar respuesta a estas interrogantes, desde una perspectiva interdisciplinaria.

## **1. Primer paso: en busca de una definición de persona**

Comprender la unidad de naturaleza del género humano requiere, en principio, dejar de lado los juicios de abstracción totalizantes que estimen a los seres humanos, simplemente, como partes individuadas de una especie. Por el contrario, demanda estudiar a la persona en su mismidad ontológica, desde una perspectiva integral.

Encontramos un avance importante en ese respecto desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), sobre todo en el pensamiento del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, particularmente en su último voto razonado como juez de la Corte Interamericana, realizado con ocasión de la solicitud de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, recaída en el caso *La Cantuta vs. Perú*. En esa oportunidad, el juez Cançado Trindade puntualizó que el proceso de conceptualización de la persona ha conllevado a la “contraposición de la personalidad a la individualidad, a la formación del personalismo más allá del individualismo”<sup>7</sup>.

---

7 Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de noviembre de 2007, Serie C No. 173, voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 11.

Señaló, así mismo, que la reflexión filosófica sobre el ser humano tiene raíces profundas en la historia, siendo ejemplo de ello la obra del filósofo romano Boecio, quien en el siglo VI de nuestra era ya consideraba a la persona humana como un ente valioso por sí mismo, al estar dotado de razón.

Desde entonces, el decurso de los siglos permitió el desarrollo de una escuela de pensamiento, la escuela del personalismo, que jugó un papel fundamental en el nacimiento y evolución del derecho de los derechos humanos, a partir de la construcción metafísica de la idea de persona. No en balde, el juez Cançado Trindade, con ocasión de la solicitud de interpretación de la sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú*, señaló:

Durante el siglo XX, una escuela de pensamiento cuidó de profundizar precisamente la distinción entre el personalismo y el individualismo. Jacques Maritain, por ejemplo, predicaba que la individualidad y la personalidad son “dos líneas metafísicas que se cruzan en la unidad” de cada ser humano (que es individuo en un sentido y persona en otro). Según el gran pensador francés, cada ser humano es individuo, como parte o “fragmento individuado” de una especie, así como persona, dotado de libre arbitrio y espiritualidad, y, por ende, “un todo independiente frente al mundo”<sup>8</sup>.

Se debe, pues, a la escuela del personalismo, la idea de que

[...] el ser humano no es un objeto, sino un sujeto dotado de libre arbitrio, capacidad creadora, y conciencia. Es así cómo lo visualizaron, en los primordios del derecho de gentes (siglos XVI y XVII), los grandes juristas y teólogos españoles, Francisco de Vitoria (1480-1546), en

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 15.

su cátedra en Salamanca, y Francisco Suárez (1548-1617, nacido en Granada), en su cátedra en Coimbra, Portugal. Ambos tuvieron siempre presentes, a partir de la persona humana, la noción del bien común, y de la unidad del género humano, propugnando una visión universalista del Derecho Internacional. La persona humana, dotada de conciencia, se entiende a sí misma como portadora de valor supremo, más allá que el individuo<sup>9</sup>.

En definitiva, siguiendo al juez Cançado Trindade, se puede concluir que “[e]l personalismo del siglo XX, visualizando la persona como ser viviente, que se construye a sí misma, y portadora de valor supremo como tal, –y no como un ente abstracto, o un simple individuo como parte de una especie–, vino a añadirse al pensamiento jusnaturalista contemporáneo, y a enriquecerlo”<sup>10</sup>.

Desde luego, las máximas que propugna el personalismo, aceptadas por muchos como artículo de fe, no pueden comprenderse al margen de una reflexión honda en torno a la persona humana, en toda su significación. Con ese objetivo, resultará provechoso comentar cómo Martí Andrés, imbuido en esa corriente de pensamiento personalista, sostiene que

La definición más célebre y, al tiempo, más honda, radical, exacta y ajustada desde el punto de vista metafísico de cuantas se han propuesto a lo largo de la historia es, sin duda, la de Boecio. Boecio y, con él, Tomás de Aquino, define la persona como “sustancia individual de naturaleza racional”<sup>11</sup>.

---

9 Ibidem, voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 18.

10 Ibidem, voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 19.

11 Martí Andrés, Gabriel, “Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada”, *Metafísica y Persona*, Año 1,

En ese sentido, Martí Andrés enseña que en el ente, concepto que califica de punto de partida de toda la metafísica, se dan varias composiciones fundamentales, como relaciones de acto-potencia<sup>12</sup>. Estas son, pues: esencia y ser<sup>13</sup>, sustancia y accidentes<sup>14</sup> y materia y forma<sup>15</sup>.

---

número 1, Enero-Junio 2009, pág. 114. Disponible en: <<http://metyper.com/sustancia-individual-de-naturaleza-racional-el-principio-personificador-y-la-indole-del-alma-separada/>>, a octubre de 2015.

- 12 “La potencia es capacidad de recibir, tener u obrar; acto es cualquier perfección de un sujeto. [...] la potencia se ordena a su acto propio, que la determina, la completa, la perfecciona”, *ibidem*, pág. 115.
- 13 “Son dos principios inseparables y constitutivos de toda realidad, pues en toda realidad hay **algo** que es y el mismo **ser** con el que ese algo es. El ser es aquello que hace que el ente **sea**; la esencia es aquello que hace que el ente **sea el ente que es** y reciba un nombre distinto. La esencia contrae el ser de una manera determinada; el ser es, en este sentido, un **acto intensivo**, que se da en distintos grados desde lo más perfecto a lo inferior, desde las realidades personales, con Dios en la cúspide, hasta los entes inanimados más imperfectos”, *ibidem*, pág. 114.
- 14 “Cuando decimos ‘el álamo del Parque Central es frondoso, robusto y centenario’, estamos estableciendo una distinción entre un sujeto único y una pluralidad de rasgos que se asientan sobre dicho núcleo o sustrato y que lo caracterizan. Ese sustrato común es la sustancia que, en este sentido, puede definirse como aquel ente **a cuya esencia compete ser en sí**; los aspectos secundarios que inhiere en dicho núcleo común son los accidentes, o aquellos entes **a cuya esencia compete ser en otro**, en la sustancia, como en su sujeto”, *ibidem*, págs. 114-115. En definitiva, “[l]a esencia determina un modo de ser al que compete subsistir, y la sustancia no es más que ese modo de ser subsistiendo. Sin embargo, esencia y sustancia no son perfectamente sinónimos: ambos se refieren a la misma realidad, pero esencia la designa más bien en cuanto constituye un modo de ser determinado y concreto, por el que el ente se incluye en una especie [...], mientras que con el término sustancia se requiere recalcar que recibe el esse como propio (subsiste) y que es sustrato para los accidentes”, Alvira, Tomás, Luis Clavell y Tomás Melendo, *Metafísica*. Pamplona, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1982, pág. 55.
- 15 “Constituyen la esencia del ente corpóreo. En la realidad observamos continuas generaciones y corrupciones, entes que dejan de ser lo que eran para ser otra cosa. El sujeto de estos cambios es la materia, y lo que cambia es la forma. La materia,

Ahora bien, en principio, la persona humana es sustancia, en suma, un ente al que le compete ser en sí y no en otro, de forma tal, pues, que de acuerdo con Martí Andrés, su nota distintiva se encuentra en la subsistencia, entendida como “un determinado modo de ser, según el cual algo es ente por sí y no en otro. En definitiva, es una propiedad consistente en la inseidad, perfección o absolutidad del ser”<sup>16</sup>, lo que implica individualidad. Esta subsistencia se desarrolla en tres planos ontológicos diferenciados, cuales son el de la forma sustancial, el de la sustancia y el del supuesto. Martí Andrés ubica a la persona humana en el tercer plano de subsistencia, ya que

[...] no encontramos en la realidad sustancias aisladas, sustancias separadas de sus respectivos accidentes. La sustancia es, es ente, y en cuanto que tiene el ser en propiedad, subsiste, pero no sin los accidentes. De este modo, lo que propiamente es y subsiste es el compuesto de sustancia y accidentes. Y este compuesto, esta unidad, este todo es el **supuesto** (*sub-positum*, sujeto último de la predicación de lo real), que, en este sentido, también se denomina **sujeto subsistente**<sup>17</sup>.

La primera conclusión a la que se llega siguiendo esta línea de pensamiento es la identificación de la persona con la noción de supuesto, entendiéndola, pues, como

[...] un sujeto que, en cuanto que tal, es algo completo y acabado, un todo unitario integrado por sustancia,

---

por lo demás, es completamente indeterminada y, sin la forma, simplemente no es en absoluto: la forma da el ser a la materia, haciéndola ser y haciéndola ser lo que es”, Martí Andrés, Gabriel, “Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada”... pág. 115.

16 Ibidem, pág. 116.

17 Ibidem, pág. 116.

con su ser y su esencia y accidentes, y cuyos aspectos fundamentales son la individualidad y la subsistencia<sup>18</sup>.

Desde luego, la persona no trata de cualquier supuesto, sino de uno de naturaleza racional que, en suma, constituye su elemento personificador. La razón, como característica connatural de la persona humana, es entendida por Martí Andrés, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, como “el conjunto de las potencias intelectivas, es decir, todas aquellas facultades independientes de la materia”<sup>19</sup>, las cuales son

[...] operativamente interdependientes, constituyendo una unidad funcional que Santo Tomás llama **mente** o **espíritu**. Esto, la mente o espíritu, es, en fin de cuentas, lo definitorio del supuesto personal, lo que diferencia esencialmente a las personas de los individuos inanimados, los animales y las plantas<sup>20</sup>.

Para Santo Tomás, “la mente no es una cierta potencia junto a la memoria, el entendimiento y la voluntad, sino que es cierto **todo potencial** que comprende estas tres”<sup>21</sup>. De suerte que, memoria, entendimiento y voluntad son tres facultades del intelecto que se encuentran en una relación dialéctica de implicación continua.

Entonces, “[e]n el supuesto personal [...] la **naturaleza racional** aporta la capacidad de ser persona, limitando el ser al vivir intelectual”<sup>22</sup>. “[L]a persona es o –mejor– vive según el vivir intelectual, en cuanto que tiene la capacidad de vida

---

18 *Ibidem*, pág. 117.

19 *Ibidem*, pág. 117.

20 *Ibidem*, págs. 117-118.

21 *Ibidem*, pág. 118.

22 *Ibidem*, pág. 120.

espiritual que le da la naturaleza racional”<sup>23</sup>; “[p]ero es el *esse*, en este caso el vivir intelectual, lo que hace ser a la esencia y lo que, por tanto, hace al supuesto ser persona”<sup>24</sup>. En suma, “[e]n la persona, el ser tiene la supremacía. En cambio, en los entes no personales la primacía la tiene la esencia, a la que todas las propiedades se ordenan”<sup>25</sup>. “[L]a persona, en cuanto que su constitutivo formal es el ser, trasciende la especie”<sup>26</sup>.

Hasta aquí se entiende por persona a la sustancia individual de naturaleza racional. Sin embargo, ¿es cierto que la razón sea el único elemento personificador del ser humano? En sentido lato, la razón comprende, como ya se dijo, el conjunto de las potencias intelectivas de la persona, en definitiva, todas las facultades independientes de la materia. Dentro de esas facultades independientes de la materia, no obstante, por su significación, es pertinente resaltar la conciencia sobrenatural del ser humano que, de suya, puede independizarse como elemento de distinción de la persona, en cuanto comunica al ser humano, en el decurso de su vida, entre dos planos diferentes de existencia: uno sensible, fenoménico, el otro trascendental.

Desde esa perspectiva, el pensamiento filosófico de San Juan Pablo II resultará revelador. Particularmente, en su Carta Encíclica *Fides et Ratio*, señala que la vida del ser humano es un continuo camino de autodescubrimiento, pues “cuanto más conoce la realidad y el mundo y más se conoce a sí mismo en su unicidad, le resulta más urgente el interrogante sobre el sentido de las cosas y sobre su propia existencia”<sup>27</sup>.

---

23 Ibidem, pág. 120.

24 Ibidem, pág. 120.

25 Ibidem, pág. 123.

26 Ibidem, pág. 123.

27 San Juan Pablo II, *Fides et Ratio. Carta Encíclica de S.S. Juan Pablo II a los obispos de la Iglesia Católica sobre las relaciones entre fe y razón*. Maracaibo,

Citando a Aristóteles, San Juan Pablo II sostiene que todas las personas desean saber, y que el objeto natural de ese deseo (necesidad) de conocer, es la verdad. En ese sentido, enseña que la persona humana se distingue por ser el único ente en toda la creación visible que no sólo es capaz de saber, sino que cae en la cuenta de su saber. “Nadie puede permanecer sinceramente indiferente a la verdad de su saber”<sup>28</sup>.

Ese interrogarse por el porqué de las cosas y el sentido de la vida, más aún, de la existencia, es una muestra irrefutable de que el “deseo de verdad” es una necesidad connatural del espíritu humano (en el sentido de mente), inherente a su razón. Y es que la persona humana “nunca podría fundar la propia vida sobre la duda, la incertidumbre o la mentira; tal existencia estaría continuamente amenazada por el miedo y la angustia. Se puede definir, pues, al hombre como **aquél que busca la verdad**”<sup>29</sup>.

Ahora bien, la persona humana posee diversos medios para alcanzar el conocimiento de la verdad. Entre ellos, desde luego, se encuentra la razón (*recta ratio*), mediante la cual logra intuir y formular los principios primeros y universales del ser, a partir de los cuales puede sacar correctamente conclusiones coherentes de orden lógico y deontológico. Sin embargo, San Juan Pablo II enseña que la razón, como consecuencia de la finitud de la persona humana, no tiene aptitud, por sí sola, para alcanzar la verdad absoluta del misterio de la existencia. “[L]a razón misma, movida a indagar de forma unilateral sobre el hombre como sujeto, parece haber olvidado que éste está también llamado a orientarse hacia una verdad que lo trasciende”<sup>30</sup>.

---

Universidad Católica Cecilio Acosta, 2005, pág. 7.

28 *Ibidem*, pág. 44.

29 *Ibidem*, pág. 48.

30 *Ibidem*, pág. 11.

En ese orden de ideas, sostiene que la utilización exclusiva de la razón como herramienta para progresar en la reflexión sobre la verdad de la existencia, ha demostrado al ser humano los límites de su propia inteligencia sensitiva. “[L]a razón posee su propio espacio característico que le permite indagar y comprender, sin ser limitada por otra cosa que su finitud ante el misterio infinito de Dios”<sup>31</sup>. Frente a esa realidad, San Juan Pablo II afirma, convencido, que en ese progresar reflexivo hacia la verdad, la razón puede y necesita verse asistida por una forma distinta de conocer, a través de la fe. “Reafirmando la verdad de la fe podemos devolver al hombre contemporáneo la auténtica confianza en sus capacidades cognoscitivas y ofrecer a la filosofía un estímulo para que pueda recuperar y desarrollar su plena dignidad”<sup>32</sup>. Tejido al hilo, siguiendo las enseñanzas del Concilio Vaticano I, sostiene que

[...] además del conocimiento propio de la razón, capaz por su naturaleza de llegar hasta el Creador, existe un conocimiento que es peculiar de la fe. Este conocimiento expresa una verdad que se basa en el hecho mismo de que Dios se revela, y es una verdad muy cierta porque Dios ni engaña ni quiere engañar<sup>33</sup>.

Entonces, es dable concluir que el potencial intelectual de la persona se desenvuelve en un orden de conocimiento bifronte que parte de la contemplación empírica y el estudio lógico de la realidad fenoménica, para elevarse mediante la reflexión filosófica de la fe, hacia la verdad radical de la existencia del ser humano. Es en ese acto de inteligencia y voluntad de la fe que la libertad personal se vive de modo pleno, desarrollando

---

31 *Ibidem*, pág. 23.

32 *Ibidem*, pág. 13.

33 *Ibidem*, pág. 18.

al máximo la naturaleza espiritual (intelectiva) de la persona humana. “En la fe, pues, la libertad no sólo está presente, sino que es necesaria. Más aún, la fe es la que permite a cada uno expresar mejor la propia libertad”<sup>34</sup>.

Desde luego, para San Juan Pablo II la fe y la razón no constituyen compartimientos estancos. En definitiva, son como las dos caras de una misma medalla que contribuyen, así, de manera interdependiente, al progreso hacia la verdad de la existencia. Se encuentran, por tanto, bajo una relación dialéctica de implicación-polaridad. “[L]a fe requiere que su objeto sea comprendido con la ayuda de la razón; la razón, en el culmen de su búsqueda, admite como necesario lo que la fe le presenta”<sup>35</sup>. En ese sentido, San Juan Pablo II enfatiza el peligro que supone para la fe encontrarse ante una razón debilitada, pudiendo verse reducida a mito o superstición; mientras que la razón humana, al margen de la inteligencia de la fe, no estaría motivada (y carecería de aptitud) para apreciar a la persona en toda su radicalidad y significación, ni podría dar respuesta a las preguntas urgentes que acucian su espíritu. Desde la interacción del binomio fe-razón, entonces, se puede definir a la persona como sustancia individual de naturaleza racional y trascendente.

También sería dable conceptualizar a la persona como un ente onto-gnoseológico, en el entendido que su ser está preordenado a conocer, y se encuentra al tanto de la realidad radical de su saber. Frente a la radicalidad del saber del ser humano y de la necesidad de su espíritu de conocer la verdad para darle sentido a su propia existencia, se puede concluir que el elemento personificador del ser humano se contrae a su capacidad de conocerla verdad. Ello es lo que hace a la persona intrínsecamente valiosa y la coloca,

---

34 *Ibidem*, pág. 23.

35 *Ibidem*, pág. 66.

a su vez, sobre toda la realidad fenoménica, como señora del mundo de los signos.

El conocimiento humano, fundado sobre la fe y la razón, determina a la persona tanto en su proyectarse temporal axiológico, como en la proyección ontológica de su ser hacia una realidad trascendente. La razón, mediante la contemplación empírica del mundo sensible y su reflexión lógica y filosófica, permite al ser humano ir formulando principios de naturaleza deontológica que van ordenando su comportamiento, habida cuenta que es un ser esencialmente coexistencial. La fe, de suya, parte de una consciencia sobrenatural innata, de una suerte de capacidad o inteligencia metafísica que, de igual forma, moldea la conducta del ser humano en el plano de la realidad sensible. Es en ese camino de autodescubrimiento personal en el progreso hacia la verdad de la existencia, que el ser humano traza no sólo su proyecto de vida, sino, en suma, un proyecto de existencia después de la vida, ante la radicalidad de una realidad que lo trasciende, en la que cree por un acto de fe, movido por la razón que le hace plantearse preguntas urgentes de fondo.

Esto es una cuestión respecto de la cual el Derecho, como ciencia social y orden coactivo de la conducta, está llamado a tutelar. En ese sentido, es menester señalar cómo la Corte Interamericana —desde los casos *Loayza Tamayo* (reparaciones, 1998), *Villagrán Morales y Otros o Niños de la Calle* (fondo, 1999, y reparaciones, 2001) y *Cantoral Benavides* (reparaciones, 2001)— ha reconocido el derecho del ser humano a la construcción de un proyecto de vida, en el decurso de su vida temporal.

Sin embargo, un avance más significativo, producto de la contemplación del ser humano como ente que conoce más allá de su propia razón, se debe, de nuevo, a la mente del juez Cançado

Trindade, quien, en el voto razonado que realizó en la sentencia de la Corte Interamericana recaída sobre el caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, sentó las bases para el reconocimiento del derecho subjetivo a un proyecto de post-vida, afirmando, *inter alia*, que “el Derecho Internacional en general y el Derecho Internacional de Derechos Humanos en particular no puede permanecer indiferente ante las manifestaciones espirituales del género humano”<sup>36</sup>, pues “[n]o existe razón sumamente poderosa para permanecer en el mundo exclusivamente de los vivos”<sup>37</sup>.

## **2. La relación de la unidad de naturaleza del género humano y la dignidad de la persona**

En este punto es posible dar respuesta a la interrogante formulada al principio, en torno a la noción de unidad de naturaleza del género humano. En ese orden de ideas, parece dable afirmar que la unidad de naturaleza humana se traduce en el hecho de que cada persona —entendiendo por persona a todo ser humano y sólo a los seres humanos—, posee como algo propio, común, aunque no compartido, en un acto de ser intenso (con significado), la naturaleza racional y trascendente.

Desde luego, la persona no puede ser entendida como un ente puramente individual, por cuanto en el decurso de su vida se encuentra necesariamente conectada a otros seres humanos. Su propia existencia es, pues, producto de la interacción de dos personas. La persona es, entonces, un ente individual y, a la vez, coexistencial. Sólo en el marco de la relación con sus pares, en

---

36 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 68.

37 *Ibidem.*, párr. 69.

ese acto intenso de ser, se puede comprender que la persona tenga necesidad de trazar proyectos de vida y de post-vida.

Ello es una verdad evidente. Tanto así, que las nociones de igualdad y diversidad del ser humano únicamente pueden ser concebidas en el marco de su dimensión colectiva, esto es, en el escenario de la persona en relación con sus pares. En suma, una persona abstraída de la interacción con sus iguales perdería significado, ya que es a través del contacto con los demás que la persona transita por el camino del autodescubrimiento, en busca de la verdad de la existencia. Desde esa perspectiva sostiene el juez Cançado Trindade, siguiendo a Mounier, que

El personalismo se opone al egoísmo individualista, y mantiene que, como no puede uno encontrar la “salvación espiritual y social” en sí mismo, la persona sólo existe en relación con los demás. El personalismo sostiene la unidad del género humano (en el espacio y el tiempo), siendo la humanidad una e indivisible, y teniendo el género humano una historia y destino comunes”<sup>38</sup>.

El estudio de la idéntica naturaleza humana conduce, inevitablemente, a la contemplación de un nuevo concepto, el de la dignidad, como cualidad del acto de ser de cada persona, en tanto sustancia individual de naturaleza racional y trascendente. Ello es algo por demás razonable. Si de todos los entes que “son” en el marco de la vida humana, sólo la persona posee en propiedad, como suya, como propia y, por tanto, común, aunque no compartida, la potencia intelectual, que incluso es capaz de proyectarla hacia una realidad trascendente ubicada en un plano de existencia sobrenatural, es evidente que tal particularidad imprime en la persona el carácter de “digno”, entendido, de

---

38 Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*...voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 21.

acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, como la cualidad que la hace merecedora de algo. Ese algo no es otra cosa que respeto y protección absolutos, sin condicionamiento, sin discriminación. Todo los demás entes se sitúan en un plano de significación inferior, por cuanto no valen por sí mismos, sino en el marco de la vida de la persona. En definitiva, siguiendo a Cançado Trindade,

[...] la persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí misma, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. Efectivamente, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el “deber ser” de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de tales valores éticos<sup>39</sup>.

Únicamente bajo esta particular visión de la unidad de naturaleza del género humano, como naturaleza racional y trascendente común, pero no compartida, en el sentido que pertenece en propiedad a cada persona, encuentran justificación afirmaciones como aquélla que realiza Habermas, al sostener que “[e]l respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas”<sup>40</sup>. Claramente, una perspectiva globalizante, totalizadora, abstraída del acto de ser de cada

---

39 *Ibidem*, párr. 31.

40 Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, traducción de Javier Aguirre Román, revisada por Eduardo Mendieta y María Herrera, *Diánoia*, volumen LV, número 64, mayo 2010, págs. 4-5. Disponible en: <<http://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/contenido/numeros-anteriores/64/el-concepto-de-dignidad-humana-y-la-utop-a-realista-de-los-derechos-humanos/>>, a octubre de 2015.

persona en su mismidad ontológica, carecería de aptitud para validar un juicio como el que antecede, que estima de igual valía la vida de una persona frente a la vida de un conjunto de seres humanos.

### **3. La protección de la diversidad de la persona desde su naturaleza común**

Martí Andrés enseña que en la realidad no se encuentran sustancias aisladas, separadas de sus accidentes. Por el contrario, en el plano ontológico de subsistencia más intenso, subsiste la sustancia en unidad con los accidentes (sujeto subsistente). Ese es el caso de la persona, que en el marco de la realidad sensible, fenoménica, “es” en unidad con sus accidentes, tales como la etnia, el color de la piel, el sexo, las capacidades motrices o sensitivas. A esa diversidad originada con ocasión de accidentes materiales, deben adicionarse las propias opciones de vida escogidas por cada persona, como ente individual y coexistencial, racional y trascendente, en ejercicio de su potencial intelectual. Sin embargo, lo cierto es que todos estos accidentes, todas esas características que integran la personalidad de un ser humano, ontológicamente no constituyen la sustancia de la persona.

Al margen de las condiciones existenciales de las personas, cada una tiene en común una idéntica sustancia racional y trascendente (unidad de naturaleza) que las hace valiosas. Entonces, si la dignidad o valor de la persona deviene de su naturaleza, que es común a todos los seres humanos, es razonable afirmar que todos los seres humanos son iguales (en dignidad) y al mismo tiempo diversos, en el entendido que su sustancia individual subsiste enlazada con determinados accidentes particulares.

Ahora bien, al estar unidos sustancia y accidentes en el mismo plano de subsistencia ontológica, constituyendo al supuesto, al sujeto subsistente, es evidente que el respeto debido a la persona en atención a su dignidad consustancial comporta el reconocimiento, valoración y protección de su diversidad.

## **Conclusión**

La persona humana es un ente que vale por el sólo acto de ser. Esa valía, desde luego, es feudataria de su única naturaleza racional y trascendente, idéntica y por tanto común, más no compartida, a la de sus pares, con los que se relaciona en un plano de igualdad.

En el hecho de la coexistencialidad del ser humano se encuentra la necesidad de construir un concepto, cual es el de la unidad de naturaleza del género humano, como garantía de reconocimiento, tratamiento y protección igualitarios.

Ese igual reconocimiento y protección se justifica en que, más allá de las distintas condiciones existenciales de la persona humana, materiales o inmateriales, cada una posee dignidad, como cualidad derivada de su naturaleza común. La dignidad humana, entonces, se alza como noción fundamental que tutela (reconoce y protege) a toda persona, en su diversidad.

# Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias

*Natalia Patricia Copello Barone\**

## Introducción

La temática principal de la presente investigación gira alrededor de las denominadas **comunidades originarias**. Esta selección se debe a la importancia y entidad que reviste su tratamiento, ya que las mismas existen mucho antes del Estado mismo y de sus instituciones, además de representar el reclamo de un sinnúmero de minorías que velan por hacer efectivos sus derechos.

Dos son las ideas que la fundamentan: la de **pluriculturalidad**, para analizar si puede utilizarse este concepto en el marco del Derecho como herramienta para la construcción de un Estado pluralista en el cual se efectivicen los derechos humanos que se vean vulnerados; la otra es el **efectivo ejercicio de ciertas garantías judiciales** por parte de los sujetos de análisis, pues ésta apunta más específicamente a la realización de estos derechos.

En este análisis legal, jurisprudencial y doctrinario, se considerará como un supuesto y analizará la ideología, sustentada en la respectiva materia, sobre derechos tales como la identidad

---

\* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba; Doctoranda por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Responsable del Área de Tierras, Hábitat, Arraigo Rural y Pueblos Originarios de la Secretaría de Agricultura Familiar, Delegación Santiago del Estero.

e igualdad, así como principios del Derecho Internacional y Constitucional.

Asumir una postura frente a estos conceptos supone adoptar o rechazar ciertos remedios en la promoción de los derechos humanos, análisis que debe efectuarse necesariamente desde un plano interdisciplinario, si se desea una verdadera eficacia.

## 1. Comunidades originarias

Antes de iniciar el análisis exhaustivo de la problemática es importante definir el sujeto de atención, en este caso, el que se denomina o reconoce colectivamente como **comunidades originarias**.

En ese sentido, conviene diferenciar dos nociones conceptuales: pueblo y comunidad.

Pueblo o Nación Aborigen es el conjunto de familias socialmente organizadas, con un origen cultural común, cuya evolución y desenvolvimiento viene dándose en un territorio desde la época anterior a la constitución del Estado Nacional. Algunos lo identifican como etnias<sup>1</sup>.

Comunidades Indígenas son el conjunto de familias socialmente organizadas con un origen cultural común que integran un pueblo indígena del que forman parte<sup>2</sup>.

---

1 Figueroa, Viviana Elsa, "Ambiente, derechos humanos y comunidades indígenas", en: *Derechos humanos y ambiente en la República Argentina, propuestas para una agenda nacional*, Cap. 2. Centro de Derechos Humanos y Ambiente, Ed. Advocatus, Córdoba, junio de 2005, pág. 130.

2 *Ibidem*, pág. 131.

Así, se puede deducir que entre estas dos nociones existiría una relación de género o especie, pero a lo largo del presente texto podrían ser utilizados de manera indistinta.

Las comunidades originarias merecen especial atención, más aún en el marco del Derecho Internacional. Definirlas presenta diversas controversias, por ejemplo, algunos Estados se han opuesto al uso del término “indígena” con respecto a grupos de su población. Sin embargo, pueden observarse diversos intentos de definición.

Tomando como base el principio de la autopercepción, José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, las ha definido de la siguiente manera:

Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos sectores no dominantes en la sociedad, y se muestran determinados a preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continua como pueblos, de acuerdo a sus moldes culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales propios<sup>3</sup>.

En lo que respecta a la continuidad histórica, ésta puede consistir de diversos factores, tales como la ocupación de tierras ancestrales, origen común con los ocupantes autóctonos de esas tierras, cultura general, idioma o residencia. La pertenencia a tales grupos se define por autoidentificación de sus miembros, y el reconocimiento y aceptación del grupo.

---

3 Martínez Cobo, José R., *Study on the problem of discrimination against indigenous populations*, Cap. V. Naciones Unidas, doc. E/ CN. 4 Sub. 2/ 1986/7/ Add. 4, 14 de julio de 1983, pág. 4.

Una vez introducidas en los textos legales, las definiciones utilizadas han producido diversos conflictos en torno a la utilización de ciertos términos en sentido diferente al adjudicado por el Derecho Internacional, lo que se analizará a lo largo del presente texto. El hecho de detenerse en la identificación del sujeto de estudio no implica que las definiciones señaladas sean adoptadas taxativamente, sino que se intenta destacar la amplia gama que puede hallarse en el ámbito doctrinario. Así, una verdadera comprensión de estas definiciones nos lleva a analizar otras características presentes en estos grupos.

Se han identificado diversos parámetros para determinar cuándo nos encontramos frente a una comunidad originaria, tales como idioma, cultura propia y, especialmente, la conciencia de grupo. Por supuesto que criterios como estos no pueden aplicarse de manera inflexible, por lo que deben analizarse diversos factores específicos a cada caso. Así, es necesario señalar otras pautas tenidas en cuenta para la identificación de estos grupos, en el marco de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía.

En consonancia con dichas pautas, el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, aprobado en 1957 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reza en su artículo 1 que determinados grupos:

[Son] consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.

En Argentina, la Ley 23.302 del año 1985<sup>4</sup> define a estas comunidades como aquellos

[...] conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización, y se denominará indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad.

Cabe adelantar que con la sanción de la Ley 24.071, que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, no solamente se reconoce la existencia y los derechos de estas comunidades sino que, además, se las consagra jurídicamente como **pueblos indígenas**.

Ahora bien, en diversos momentos a lo largo de la historia se ha tomado conciencia de la exterminación de los integrantes de estas comunidades en el proceso de colonización. Más adelante, y una vez consagrada la paz, se pueden ver nuevos conflictos y problemas que han sobrellevado estos pueblos. Hoy se está frente a nuevas vulneraciones, producto del proceso de globalización, con sus tendencias a la generalización, la pérdida de identidad y los rasgos propios, la segregación y la asimilación, fundamentadas en la supuesta superioridad de aquellas personas que integran los grupos dominantes en un país y en la ineficacia de la aplicación de políticas de integración por parte del Estado, dirigidas a satisfacer las necesidades de los grupos vulnerados.

En este sentido, es importante señalar algunas disposiciones que han sido aplicadas ante la vulneración de derechos a estas

---

4 Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, disponible en: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23790/texact.htm>>, a noviembre de 2015.

comunidades. Se han tomado diversas medidas en el plano internacional, tendientes a instaurar el reconocimiento y respeto de los derechos propios de las comunidades originarias, lo que permite confirmar la creciente importancia que reviste esta problemática. Entre ellas se encuentran estudios que analizan las condiciones de vida de las poblaciones indígenas. Una, temprana, es la Resolución 275 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), del 11 de mayo de 1949, que se hizo con la colaboración de organismos especializados y del Instituto Indigenista Interamericano, y que propició la investigación sobre la situación de las poblaciones aborígenes y de algunos grupos sociales que se encontraban en desventaja, en los Estados americanos que solicitasen el estudio.

En su Resolución 2497, la Asamblea General de la ONU afirmó la importancia de implementar medidas necesarias para que en los países y territorios que aún se encontraban sometidos a ocupación colonial y extranjera, la educación se llevara a cabo con respeto a las tradiciones nacionales, religiosas y lingüísticas de la población autóctona, es decir, para que ésta no fuera impartida con fines políticos. En el marco del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), la Resolución 313, del 24 de julio de 1950, subraya la necesidad de elevar las condiciones de vida de las poblaciones aborígenes. Más adelante, en 1953, la Oficina Internacional del Trabajo preparó un estudio titulado “Poblaciones indígenas”, en el que se examinan las condiciones de vida y de trabajo de diversas poblaciones indígenas y tribales radicadas en países independientes.

Con miras a la inserción progresiva y la eficacia en la garantía de derechos para estas comunidades, en 1989 se aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo. Igualmente, diversas organizaciones

internacionales –tales como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)– han llevado adelante actividades relacionadas con estas poblaciones.

Se han presentado diversos ejemplos sobre medidas adoptadas con relación a las comunidades originarias –sin entrar en detalles respecto de su relevancia ni de manera exhaustiva– para afirmar la importancia de esta problemática a nivel universal y entender la centralidad del reconocimiento de estos sujetos de derechos, que efectúan reclamos que merecen ser atendidos.

## **2. Su caracterización como “minorías”. Evolución histórica en el Derecho Internacional**

Con la evolución de los estándares sobre las minorías en el Derecho Internacional es necesaria la clara definición acerca de qué grupos constituyen **minorías**. Muchos documentos internacionales iniciales hacen referencia a este concepto, por lo que la creciente preocupación y el interés hicieron relevante el aunar esfuerzos para clarificar este concepto.

En el marco del Derecho Internacional existen diversas normas que incluyen derechos asignados a minorías, más específicamente en el campo de los derechos humanos, y esto se torna relevante si analizamos que las sociedades contemporáneas se distinguen por la multiplicidad y diversidad de grupos que las componen. Estas normas surgieron en Europa, como consecuencia de los arreglos de fronteras posteriores a la Primera Guerra Mundial.

No existe una definición única y generalmente aceptada. Al respecto se han pronunciado diversos juristas, sociólogos e incluso tribunales internacionales y la ONU. En 1977 un estudio amplio y detallado fue sometido por Francesco Capotorti, experto especial designado por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías<sup>5</sup>. En él Capotorti enumera como los principales motivos en contra de tener una definición unívoca la necesidad de una proporción numérica entre la minoría y la población total, la interacción entre criterios objetivos y subjetivos, la determinación de criterios técnicos y jurídicos, y la inclusión o no de casos de poblaciones indígenas.

Otras definiciones han sido dadas por fuentes calificadas, como la Corte Permanente de Justicia, en su opinión consultiva del 31 de julio de 1930 referente al Convenio Greco-Búlgaro sobre emigración. Ahí se indica que una minoría se constituye por[...] un grupo de personas que viven en un determinado país o lugar, que tiene su propia raza, religión, lenguaje y tradiciones y que están unidas en esa identidad en un sentimiento de solidaridad, con vistas a preservar sus tradiciones, mantener sus normas de culto, asegurar la instrucción y educación de sus hijos conforme el espíritu y las tradiciones de su raza, y prestarse ayuda mutua los unos a los otros<sup>6</sup>.

En 1949, el Secretario General de la ONU sometió a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías un detallado memorial sobre la definición y clasificación de minorías. Pese a que en éste no se proponía una definición formal, puede vislumbrarse la variedad de posibles

---

5 ONU, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*, E/CN. 4/Sub. 2/3847 Rev. 1, 1979. Este ha sido seleccionado como muestra ilustrativa, pues existen otros que no son abordados en el presente texto.

6 CPIJ, Ser. B, No. 17, pág. 19.

critérios y situaciones en lo que a este concepto respecta. En vista de las dificultades para coincidir en una definición, así como debido a las connotaciones históricas negativas del término, se sugirió descartar la palabra “minoría”, surgiendo como propuesta la de utilizar en su reemplazo términos tales como grupos étnicos, religiosos, culturales y tribales, entre otros. Para algunos autores el elemento cuantitativo es accesorio.

La ONU admite, inclusive, la posibilidad de usar la expresión “mayorías en situación minoritaria”:

[...] durante el régimen comunista la población cristiana fue numéricamente mayoritaria, aun cuando pudiere calificarse de minoría; y, sin duda, bajo el régimen de *apartheid* en Sudáfrica, la mayoría negra fue también una minoría<sup>7</sup>.

Esta propuesta fue realizada en el seminario celebrado en 1974 en Ohrid, Yugoslavia, sobre la promoción y protección de los derechos humanos de las minorías étnicas y otras<sup>8</sup>. Presenta complicaciones en materia de pueblos indígenas, ya que se encontrarían excluidos a no ser que se los considere como grupos tribales.

En algunos tratados se incluyeron disposiciones para asegurar el goce de derechos particulares para ciertas minorías específicas, nominalmente designadas.

---

7 De “Mayorías minoritarias” habla J. de Lucas, 1993, pág. 101, citado por Sanchís, Luis Pietro, “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año II, 1995, No. 5, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, pág. 121.

8 ONU, “Seminar on the Promotion and Protection of the Human Rights of National, Ethnic, and Other Minorities”, Doc. ONU ST/TAO/HR/49, Ohrid, 1974.

Estas disposiciones debían ser consideradas por los Estados respectivos como leyes fundamentales, y no podían ser derogadas por medio de legislación interna ordinaria. Las enmiendas a tales disposiciones sólo eran posibles mediante aprobación previa por una mayoría del Consejo de la Sociedad de Naciones. Las violaciones debían ser llevadas al conocimiento del Consejo por medio de cualquiera de sus miembros, y el Consejo podía en tales casos tomar medidas adecuadas. Las disputas entre los Estados miembros del Consejo y un Estado que hubiera violado alguna obligación bajo las provisiones minoritarias, podían ser sometidas a la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya jurisdicción era obligatoria<sup>9</sup>.

Desde 1920, los individuos o asociaciones que actuaban en nombre de un grupo minoritario podían someter peticiones o quejas al Consejo de la Sociedad de Naciones; tales comunicaciones debían ser examinadas por un comité compuesto por tres integrantes del Consejo. A partir de 1921, todas las peticiones debían ser comunicadas al Estado afectado a fin de recibir sus comentarios antes de la consideración de la queja. En 1923 el Consejo determinó las condiciones de admisibilidad de las peticiones<sup>10</sup>.

En cuanto al control judicial, la Corte Permanente de Justicia Internacional intervino en tres disputas sobre minorías, dos de las cuales fueron desistidas por los peticionarios. En 1925 decidió el caso sobre el derecho de las minorías en la Silesia Superior. El art. 11 del Tratado de Polonia protegía a los judíos contra

---

9 Nuñez Seixas, Xoxé M., “La cuestión de las minorías nacionales en Europa y la Sociedad de las Naciones (1919-1939)”, en: *Minorías nacionales y derechos humanos*. Ed. Universidad Carlos III y Congreso de Diputados, Madrid, 1998, págs. 45 a 87.

10 Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1990.

intentos de obligarlos a ejecutar acciones que constituyeran una violación de su sábado, con la excepción de obligaciones impuestas a todos los otros ciudadanos polacos con relación al servicio militar, la defensa nacional o la preservación del orden público. Esta situación produjo varias opiniones consultivas de interés permanente con respecto a los derechos de las minorías.

El mecanismo esbozado llegó a su fin con la desaparición de la Sociedad de las Naciones, cambiando radicalmente con la instauración de la ONU y el contexto mundial que se avecinó luego de la Segunda Guerra Mundial. El énfasis en cuanto a la protección de los derechos humanos pasó de la protección del grupo a la protección de los derechos y libertades individuales –en forma casi exclusiva– y la consagración del principio de no discriminación.

En función de esto, la Declaración Universal de Derechos Humanos no hace referencia a los derechos colectivos y se concentra en el derecho de los individuos. Con el transcurso de los años, la comunidad internacional tomó conciencia de que la norma de no discriminación y el sistema de protección centrado en el individuo no son suficientes para asegurar los derechos de los individuos como integrantes de un grupo, ni para proteger los derechos de grupo en cuanto tal. Esto que se torna particularmente evidente en el caso de sociedades multiétnicas, multiculturales o multireligiosas. Diversos instrumentos denotan este cambio frente a los grupos y sus derechos<sup>11</sup>.

Las minorías –étnicas, religiosas, raciales, entre otras–, se han visto históricamente forzadas a la asimilación, por lo que

---

11 Son ejemplos, entre otros, la Carta Comunitaria sobre Idiomas Culturas Regionales, la Carta sobre los Derechos de las Minorías Étnicas, el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

el Derecho debería propiciar la integración como solución alternativa. Hablar de integración implica la no eliminación de la identidad cultural de los grupos minoritarios y el reconocimiento de los derechos colectivos como derechos humanos.

En el sistema de Naciones Unidas se tuvo que aguardar a 1966, año en que fueron aprobados los pactos internacionales de derechos humanos. Éstos consiguieran la reaparición de los derechos colectivos en el plano internacional con la expresa mención al derecho a la libre determinación de los pueblos y a los derechos de las minorías<sup>12</sup>. El primer paso fue el reconocimiento de la existencia de los grupos minoritarios por parte del Estado, que no debe estar basado en la discrecionalidad del poder de turno, sino en la objetiva existencia de estos grupos.

Pero este no sería el único recaudo para lograr la efectiva y plena integración. Lo novedoso es el reconocimiento de derechos específicos que corresponden a colectivos en atención a su particularidad, y el garantizar la eficacia de los mismos en su relación con los demás ciudadanos del Estado, incluidos el resto de los integrantes de las respectivas minorías, además de crear las condiciones que permitan que continúen con su desarrollo y existencia<sup>13</sup>. Se trata de una obligación sumamente compleja.

En cuanto al ejercicio de dichos derechos, éstos no se ven supeditados a que los integrantes de esas minorías sean ciudadanos del Estado, ni residentes permanentes; tampoco al establecimiento de normas que les atribuyan legitimidad activa para actuar por medio de representantes en defensa de

---

12 Dieciséis casos sobre pobladores de origen alemán en territorios cedidos por Alemania a Polonia, 1923; adquisición de la nacionalidad polaca, 1933, entre otros.

13 Diaconu, Ion, *Minorities from non-discrimination to identity*. Ed. Lumina Lex, Bucarest, 2004, pág. 69.

sus derechos. Los derechos que se atribuyen y reconocen no se refieren a los grupos en cuanto tales, sino a los individuos integrantes de esas minorías. Se trata de derechos puramente individuales o derechos que gozan y ejercen en común con los demás integrantes del grupo<sup>14</sup>.

### 3. Discriminación positiva e igualdad de derechos

El pensamiento liberal ha visto siempre con desagrado la posibilidad de favorecer a ciertos grupos, afirmándose en la idea de que los derechos deben ser iguales para todos, lo que resulta poco atractivo frente a situaciones caracterizadas por la existencia de problemas de desigualdad. Por esta razón, se torna necesario implementar medidas orientadas a asegurar la plena integración social de las minorías. Estas medidas se conocen generalmente como formas de discriminación positiva<sup>15</sup> o acción afirmativa. Encontramos también quienes sostienen que dichas medidas van en contra del concepto básico de los derechos individuales, idea según la cual cada persona tiene derecho a un trato igualitario, sin distinciones ni acciones basadas en factores como la raza u otros<sup>16</sup>. Cabe recordar, sin embargo, que frente a situaciones en las que se vulnera la dignidad humana de los sujetos que conforman estas minorías, impera la exigencia de que le sean respetados sus derechos y libertades fundamentales. Esto en la medida que ellos “encuentran su fundamento en el

---

14 Menéndez Mariño, “Derecho Internacional contemporáneo y protección de las minorías y de sus miembros”, en: *Minorías nacionales y derechos humanos...* pág. 102.

15 Gargarella, Roberto, *Derechos y grupos desventajados*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 12.

16 Ensayo originariamente publicado bajo el título “Affirmative action”, en: Gostin, Larry (comp.), *Civil liberties in conflicto*. Routledge, Nueva York, 1988. Traducido por Roberto Gargarella.

hombre en virtud de su naturaleza y el Estado no debe sólo limitarse a reconocerlos y protegerlos”<sup>17</sup>.

En pocas palabras, el ser humano se constituye en eje y centro del sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental<sup>18</sup>. La aplicación e interpretación del Derecho debe hacerse en esta dimensión personal del ser humano y su especial dignidad, tal y como afirman las normas internacionales derivadas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

### **a. Nociones de igualdad**

En materia de discriminación positiva es importante analizar el sentido de igualdad al cual adherimos para construir una posición sólida sobre la materia. De esa manera, es posible pronunciarse en contra o a favor de la misma. La Carta Magna de la República Argentina consagra, en su art.16, el principio general según el cual “todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley”. A su vez, con la reforma efectuada en el año 1994 se abordó en diversos artículos de la misma la temática de la igualdad, y se programaron acciones judiciales contra la discriminación, respecto del amparo y el hábeas data.

Si nos centramos en la unidad de la naturaleza del género humano y la dignidad de la persona humana, podemos identificar claramente que la diferenciación de ciertos grupos frente a

---

17 Álvarez Londoño, Luis Fernando, “Un nuevo orden internacional”, *Jurídicas*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 155.

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), caso “Campodónico de Beviacqua”, fallos 323:3229, 3239, considerando 15 y cita 13, Argentina.

otros es insostenible, por lo cual no se admite la discriminación del goce de derechos ni otra forma de diferenciación en el tratamiento del Derecho frente a seres humanos que poseen una única e idéntica naturaleza.

En el ámbito internacional estas disposiciones encuentran consonancia con diversos instrumentos que consagran dicho principio<sup>19</sup>. Es importante destacar que al proclamarse a favor de la igualdad, se pueden dar dos posibles interpretaciones: una formal, según la cual se pretende el reconocimiento de la igualdad ante la ley, pero que implica neutralidad por parte del Estado, lo que se traduce en no procurar la nivelación de las desigualdades de hecho existentes en una sociedad; como contrapartida se encuentra la igualdad real de oportunidades, en la que muchas veces se ha sostenido el modelo del Estado Social de Derecho, y según la cual se procura, mediante ciertas acciones, remover obstáculos culturales, políticos o económicos que limiten de hecho la igualdad entre los seres humanos.

En otras palabras, la igualdad real supone una tarea de promoción para el acceso efectivo a los derechos personales. La igualdad de oportunidades –que puede considerarse como una especie de “versión liberal del igualitarismo”– persigue fundamentalmente la paridad en el punto de partida, es decir, aspira a que todas las personas tengan las mismas posibilidades de obtener el respeto de sus derechos partiendo de igual base, o al menos de que exista una competencia en la que ninguna persona goce de ventajas iniciales o un tratamiento de favor<sup>20</sup>. En el derecho estadounidense esta idea de igualdad da lugar a la acción positiva para conseguir igualdad particular en pro de los derechos de las minorías, lo que genera la discriminación

---

19 Pacto de San José, arts. 6, 23 y 24.

20 Somaini, Eugenio, *Uglianza. Teorie, politiche, problemi*, Cap. III. Ed. Donzelli, Roma, 2002.

positiva de manera tal que el grupo discriminado es dotado con más prerrogativas. La reforma constitucional argentina efectuada en 1994, incorpora a su Bloque de Constitucionalidad el principio de la igualdad real de oportunidades con el ejercicio de una modificación del techo ideológico y del sistema normativo anterior.

Habitualmente, la Corte Suprema de Justicia de Argentina<sup>21</sup> emplea una serie de estándares para definir el alcance de la igualdad según la Carta Magna. Entre ellos podemos encontrar la flexibilidad en la interpretación; la discriminación objetiva en la que se formulan distinciones entre supuestos, de manera que no resulten arbitrarios y obedezcan a propósitos de injusta persecución o privilegios indebidos; la igualdad en igualdad de circunstancias. Esto lleva a legitimar las desigualdades en el caso que la Ley contemple de manera distinta situaciones que son iguales, pero no si se contemplaran casos que son entre ellos diferentes y que merecen ser evaluados como tales<sup>22</sup>.

En ese sentido, amerita traer a colación una expresión de Gray, quien sostiene que no podemos tratar a las personas de forma igual, a menos que sepamos cuáles son sus intereses. Los conflictos de intereses que se erigen sobre conflictos de valores plantean una crítica muy fuerte al principio de igualdad entendido desde una perspectiva liberal. No puede concebirse ni aplicarse este principio de manera universal, como tampoco puede pensarse que “el tratamiento semejante” involucre la satisfacción de bienes idénticos para todos<sup>23</sup>.

---

21 CSJN, casos “Leal” y “García Monteavaro”, fallos, 184:398 y 238:60.

22 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II, segunda edición. Ed. Astrea, 1997, págs. 436 y ss.

23 Gray, John, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Ed. Paidós, Barcelona, 1991, pág. 107.

El reconocimiento de lo diferente involucra mucho más que la aceptación “en abstracto” de la igualdad de las personas. Esto en la medida en que el desafío está constituido precisamente por dimensiones valorativas diferentes y, en mucho, inconmensurables<sup>24</sup>. En el caso de los pueblos indígenas, la igualdad no significa otra cosa que un **tratamiento diferenciado** que tenga presente diferentes concepciones y que se enmarque en un contexto histórico. Ello lleva claramente a la admisión de la existencia de otros valores, tal vez muy alejados de los que imperan en la “sociedad mayor”.

En definitiva, los sujetos de estos grupos minoritarios requieren para el acceso a sus derechos de un principio de igualdad con contenido, que les permita profundizar sus conquistas dentro de un determinado proceso histórico que contextualiza sus demandas y legitima sus luchas. Un principio de igualdad carente de significado político, que justifique la existencia de determinados derechos y constituya un fundamento para la construcción de una sociedad democrática y los procesos de conquista de derechos.

En este orden de ideas, y bajo este nuevo sentido de la igualdad, se puede justificar la discriminación positiva si se entiende que, con ella, se propicia a la reparación histórica de la discriminación que han sufrido ciertos grupos, y que ella se utilizaría como instrumento de cohesión e integración en la sociedad. De esa manera, tampoco se podría realizar una construcción *a priori* de lo que se entiende por ella, sino que la misma asumiría una entidad multiforme que depende de las circunstancias que rodeen a cada sociedad y Estado, adquiriendo diversas magnitudes y aplicaciones disímiles. Esto se puede traducir en medidas legislativas y fundamentos de decisiones judiciales, entre otros, a modo de ejemplo.

---

24 *Ibidem*, pág. 107.

Es importante aclarar que la discriminación positiva es, en muchos casos, el único remedio para efectivizar la protección de los derechos fundamentales. Un análisis del caso puntual que nos concierne cumpliría un papel simbólico y de reparación histórica hacia las comunidades originarias, que han sido habitualmente marginadas y sus reclamos pospuestos. Pero el análisis de lo que se entiende por igualdad y las medidas de discriminación positiva es aplicable para un sinnúmero de situaciones, que excede a las comunidades originarias, ya que las propias capacidades personales están influidas por lo social y, ya al nacer, nos vemos frente a otros grupos desventajados en desigualdad de condiciones. Es así que puede sostenerse que:

Son Derechos Fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que correspondan universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, definición teórica que prescinde de las circunstancias de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo<sup>25</sup>.

## **b. Igualdad y su caracterización como norma de *ius cogens* en el plano del Derecho Internacional**

El principio de protección igualitaria a los seres humanos y la no discriminación constituyen los pilares fundamentales del sistema que tutela los derechos humanos y son consagrados en diversos instrumentos internacionales<sup>26</sup>. En el ámbito de la

---

25 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, p g.37.

26 A saber, Carta de la OEA (art. 3.1), Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

doctrina y jurisprudencia internacional, se han reconocido como principios de *ius cogens*, lo que los consagra como base para la defensa de los derechos fundamentales, influyendo a todo el ordenamiento jurídico y funcionando como instrumentos de control frente a las acciones de operadores jurídicos o actuaciones del Estado, que se encuentran directamente obligados a prohibir prácticas discriminatorias. Ambos principios se relacionan y funcionan casi de manera inescindible, y la eficacia de uno depende en cierta forma de la ejecución del otro.

Cabe recordar que al referirnos aquí a la prohibición de discriminar se alude a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, y que redunde en detrimento de los derechos humanos<sup>27</sup>, por lo que sostener como aplicables criterios de discriminación positiva no implica una contradicción a estos principios fundamentales.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha definido a la discriminación como

[...] toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia que se base 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 condición

---

Hombre (art. 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7), Carta de Naciones Unidas (art.1.3), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (arts. 4.f, 6 y 8.b), entre otros.

27 Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, párr. 39; Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, párr. 46.

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>28</sup>.

En consonancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que no toda distinción puede considerarse ofensiva ni discriminatoria y que, por ende, serán aceptables aquellas que se realicen con base en desigualdades de hecho y que tiendan a la protección de quienes aparezcan jurídicamente débiles<sup>29</sup>. Así, la discriminación positiva es un instrumento para la protección y la promoción de los derechos humanos.

En cuanto a la aplicación de dichas distinciones, éstas deberán realizarse de manera razonable y proporcionada y tendiendo el fin de igualar en condiciones a aquellas personas que se encuentren en situaciones de inferioridad, ya sea en el plano jurídico o fáctico, no siendo aplicables distinciones que, bajo la excusa de estos criterios, encubran favoritismos o preferencias que constituyan prácticas discriminatorias.

#### **4. Universalidad o diferenciación de derechos**

No se trata de dar la espalda a la universalidad de los derechos humanos, bien entendida. De lo que se trata es de entender el sistema de derechos humanos como un conjunto de valores morales, traducidos en un marco normativo y trasladados a una dimensión política, que tienen validez en un

---

28 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No Discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

29 Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

tiempo determinado, y cuya jerarquía no sólo tiene relación con parámetros individualistas, sino que deben tenerse presentes otro tipo de valores, asentados en referentes colectivos, de igual o mayor peso que los primeros. Los sujetos colectivos se asientan en valores que no necesariamente coinciden con lo que es valioso para las personas en su individualidad. Pero en la lucha por los derechos, en los procesos de conquista, han sido precisamente los sujetos colectivos los que se han destacado y quienes se han convertido en referentes para, finalmente, alcanzar el reconocimiento de esos derechos.

Así, aquí se sostiene que los pueblos indígenas poseen necesidades y demandas específicas que requieren a su vez respuestas concretas. Éstas no podrán darse si no se analiza y trabaja desde la estructura básica del problema, la que exige el replanteamiento de ciertos conceptos, de manera que este nuevo enfoque permita la creación de medios eficaces de garantía a sus derechos.

## 5. Pluriculturalidad

Clarificar qué puede entenderse como pluriculturalidad<sup>30</sup> y su puesta en práctica en el ámbito del Derecho, puede convertirse

---

30 En el presente trabajo, el término **pluriculturalidad** se centra en la idea de la diversidad cultural y de las exigencias para que ésta se concrete; por ello será utilizado indistintamente y equiparado al sentido de multiculturalidad e interculturalidad, aunque ciertos autores hacen distinciones entre estos términos, señalando las diferencias entre los prefijos y expresando que al decir “multi” se hace referencia a varias –más de dos– culturas; “pluri” se refiere al menos a dos culturas; “inter” se refiere a “entre” culturas. Robledo, Federico Justiniano, “La necesidad de humanizar la legislación de protección a nuestros pueblos indígenas”, *Revista Debates de Actualidad de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XX, No. 195, Mayo/Noviembre de 2005, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 27 de octubre de 2005, pág. 24.

en una útil herramienta para la promoción y eficacia de los derechos humanos.

El proceso globalizador que se da en el plano internacional hace más preocupantes los reclamos de las minorías, ya que éstas deben efectivizar sus reclamos en medio de un caos producido por las tecnologías de la información y la comunicación, y la pérdida de lo local, entre otros factores.

La Historia nos muestra que numerosas minorías han sido asimiladas de manera total o parcial a sus sociedades, lo que ha dado como resultado la pérdida de sus culturas y de sus rasgos característicos, para pasar a formar parte de la masa social. Pero la existencia objetiva de estas minorías no debe ser puesta en duda, ni mucho menos utilizada como objetivo político. La construcción de su identidad se inicia justamente con el reconocimiento de la realidad de la que forman parte y con una protección discriminada, que debe darse con el fin de equiparar su posición con la de la mayoría de la sociedad.

La protección de los derechos humanos y de la identidad de las comunidades originarias se convierte en un factor de democracia y de fortalecimiento de la sociedad, ya que no entender la necesidad de esa protección y, como resultado, llevar a cabo la destrucción de otros valores por ser distintos a los mayoritarios, puede llegar a ser equiparado a modelos de anarquía, aunque se ejerza de manera implícita.

La democracia puede aparecer como límite y requisito básico para el respeto de los derechos humanos de las personas inmersas en grupos minoritarios, pero aun en regímenes no democráticos es importante introducir una noción –más en el plano del Derecho Internacional– que permita proteger las demandas de estos grupos. Es así que la noción de pluriculturalidad toma mayor relevancia. Introducirla en el plano del Derecho nos

permite aceptar políticas para promover ciertos derechos y su efectivo ejercicio, e incluso, pueden posibilitar la creación de instituciones que sirvan de vehículo para dicha efectivización.

La pluriculturalidad nos obliga a pensar en términos de diferencia, ya no de igualdad. Es una construcción que, desde el ámbito legislativo, puede dar respuestas a una realidad plural, entendiendo la existencia de una identidad diferenciada en vez de pura y homogénea, compleja y no monista, apartándose del plano de los hechos y analizando aquel correspondiente a los valores<sup>31</sup>.

## Conclusión

La realidad en la que se ven inmersas las comunidades originarias nos interpela, como operadores jurídicos, a ir más allá de ideas tales como la unidad y la subjetividad, la universalidad y la identidad, para centrar la atención en nuevas formas de acción. La pluriculturalidad, como resultado de la instauración de la idea del pluralismo en una sociedad, permite la convivencia de grupos étnicos que se relacionan interdependientemente, que conservan sus costumbres y, lo más característico, el goce de la igualdad de derechos pese al reconocimiento de sus particularidades. Implica la erradicación de la idea de superioridad de ciertos grupos frente a otros y el respeto pleno a la autonomía de voluntad de sus integrantes.

La aplicación de la pluriculturalidad en el plano normativo no es la única receta existente como remedio para esta realidad de las sociedades contemporáneas. Estas culturas coexistentes

---

31 Spaventa, Verónica, "Multiculturalismo, derechos humanos, infancia y género", *Revista Interdisciplinaria en Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Vol. II, Mayo-Junio , 2007, pág. 199.

merecen ser idénticamente atendidas, ya que sus intereses son iguales a los de aquellos que corresponden a la mayoría, de suma entidad.

El respeto a su diversidad cultural encuentra también límites que no deben ser franqueados, constituidos por los propios derechos humanos que se busca tutelar, y que se constituyen en instrumento de medición a las políticas o decisiones llevadas a cabo en torno a la materia, los cuales pueden ser analizados con mayor detenimiento al abordar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo expresado arriba se puede sostener que los derechos humanos gozan del carácter de orden público, por lo que no se puede legítimamente suprimir el goce y el ejercicio de los mismos, ni limitarlos de alguna manera. Esta obligación está referida tanto a la actividad de los Estados como a cualquier grupo o persona, en virtud de que los derechos revisten la categoría de *erga omnes*, es decir, se hacen valer frente a todos. Esto surge de los arts. 29, 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido atentamente a la noción de orden público y la relevancia de sus análisis, señalando que “expresa las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”<sup>32</sup>.

---

32 En este sentido, destacando este rol de los tribunales en un Estado constitucional de Derecho, se ha sostenido desde la doctrina especializada que “la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos [...] en esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo,

---

aunque sean –o precisamente porque son– poderes de la mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar [...] la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos”, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...* págs. 26 y ss.



# El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas

*Ángel Salvador Ferrer\**

## Introducción

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte o el Tribunal) ha desarrollado el concepto de **reparación integral**, entre cuyos precedentes conceptuales fundamentales se encuentra la Resolución de las Naciones Unidas de 2005, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”<sup>1</sup>, la cual dispone que:[...] se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos [...] una reparación plena y efectiva [que abarque...] las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición<sup>2</sup>.

---

\* Licenciado en Derecho y Magister en Estudios Internacionales por la Universidad de Barcelona. Visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, investigador en la Comisión Colombiana de Juristas y pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, pág. 15.

2 Asamblea General de la ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 60/47, principio 18.

Con el fin de llevar a cabo una correcta aplicación de los remedios más adecuados dirigidos a reparar de forma integral los daños provocados en un supuesto concreto, la Corte IDH debe identificar, previamente, los daños específicos sufridos por la o las víctimas de violaciones a derechos humanos, los cuales pueden categorizarse, según tengan intrínseco valor económico<sup>3</sup>, en daños materiales e inmateriales. La identificación de los daños es un aspecto elemental, en el sentido que la figura del daño es requisito necesario para el surgimiento de responsabilidad internacional del Estado<sup>4</sup>.

Este artículo pretende analizar una de las múltiples formas en que la Corte IDH ha abordado su cometido de aproximarse tanto como sea posible a restablecer a la víctima o víctimas a la situación anterior al hecho ilícito, frente a casos de violaciones a derechos humanos, en particular la figura de los fondos de desarrollo comunitario como satisfacción con carácter compensatorio en concepto de daño inmaterial sufrido por colectividades indígenas.

## **1. Los fondos de desarrollo comunitarios como medida de reparación por daño inmaterial**

Como se apuntó anteriormente, los fondos de desarrollo comunitario (FDC) se erigen como medidas de reparación vinculadas al daño inmaterial. Aquí es pertinente hacer una

---

3 Cfr. Ventura Robles, Manuel, “La ejecución de las sentencias de la Corte IDH de Derechos Humanos por parte de los tribunales nacionales”, Sala Constitucional, Suprema Corte de Justicia Costa Rica, San José, septiembre de 2009, pág. 7.

4 Cfr. Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte IDH de Derechos Humanos (1988-2007)*, segunda edición. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile/AECID, Chile, 2009, pág. 12.

aclaración y discernir el daño inmaterial del daño moral, en tanto el segundo es una categoría del primero, la más genérica a nivel teórico y jurisprudencial.

El daño moral proviene del perjuicio a la honra, del sufrimiento y dolor de una violación, generalizándose en ocasiones, bajo el concepto de efectos psicológicos sufridos por los atentados a los derechos y libertades, lo que lo configura como una especie de *pretium doloris*<sup>5</sup>. El daño inmaterial, según la desarrollada jurisprudencia del Tribunal, “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”<sup>6</sup>; e incluye los daños morales y psicológicos, físicos, al proyecto de vida, los daños colectivos y sociales<sup>7</sup>. En esta última categoría se asientan los FDC.

Los FDC en poblaciones indígenas tienen el nexo causal entre violación-medida en la afectación grave a los valores y forma de vida, prácticas sociales, culturales o espirituales de las mismas comunidades. Esta breve introducción nos ayudará a entender

---

5 Cfr. García Ramírez, Sergio, “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Número 3, Costa Rica, 1999, pág. 339.

6 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77, párr. 84; Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 275; Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 412.

7 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 35.

la lógica seguida por la Corte en aquellos supuestos donde los anteriores derechos fueron comprometidos.

## 2. Evolución de los fondos de desarrollo comunitario en la jurisprudencia de la Corte IDH

A lo largo de la jurisprudencia de la Corte podemos encontrar distintos casos en los que se menciona o, bien, se alude al concepto de **fondo de desarrollo comunitario**. Sin embargo, en sus resoluciones no aparece aproximación teleológica alguna, por lo que hemos decidido apoyarnos, simplemente con fines ilustrativos, en el carácter funcional que le da el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe. Éste establece en su artículo primero que el Fondo Indígena tiene por objeto “establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de los pueblos [...] indígenas de América Latina y el Caribe”<sup>8</sup>.

La Corte tomó por primera vez en cuenta la identidad cultural de un grupo étnico dentro de las medidas de reparación en el caso *Aloeboetoe vs. Surinam*, confiriéndole un rol primordial a la identidad cultural de la comunidad beneficiaria al momento de determinar la forma de las reparaciones correspondientes<sup>9</sup>.

En dicho caso, la Corte ordenó al Estado crear una fundación como fideicomitente de los fondos depositados en una entidad bancaria en concepto de indemnización pecuniaria. Su

---

8 Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, 1992, art. 1.

9 Cfr. Rodríguez Garavito, César, y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Documentos DeJuSticia, Colombia, 2011, pág. 31.

instauración buscó brindar a los beneficiarios la posibilidad de obtener los máximos beneficios en clave de reparación procedente de los montos recibidos<sup>10</sup>. A pesar de no tratarse explícitamente de un FDC, antecedió a futuras sentencias en la línea evolutiva jurisprudencial del sistema de reparaciones al abordar un modelo de reparación “sistémico”, idea consistente en que la violación a derechos humanos puede llegar a afectar no únicamente a una persona humana individualizada o incluso a su familia, sino a toda una comunidad<sup>11</sup>.

Las reparaciones con base en el daño inmaterial que envuelven a comunidades indígenas<sup>12</sup> se han tratado en diversos casos que, a pesar de no ser objeto del presente trabajo en cuanto no incorporan la figura del FDC, vale la pena mencionar de forma breve. En el caso *Plan de Sánchez vs. Guatemala* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó que el Estado creara un fondo de reparaciones para las víctimas de la masacre que tuviera por finalidad financiar programas educativos, capacitación laboral, atención psicológica y médica para los sobrevivientes y los familiares de las víctimas, considerando la afectación global de los derechos que produjo la masacre. La Corte finalmente optó por canalizar esta modalidad de reparación colectiva a través de programas de desarrollo de salud, educación,

---

10 Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, reparaciones y costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 103.

11 Cfr. Bandeira Galindo, George, René Ureña y Aida Torres Pérez, *Protección multinivel de derechos humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, España, 2013, pág. 245.

12 Dado que el análisis se centra estrictamente en las comunidades, se omiten casos en los que a miembros de estas comunidades, como individuos, también se les repara por concepto de daño inmaterial, como son los casos *Escué Zapata vs. Colombia*, *López Álvarez vs. Honduras*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *Chitay Nech vs. Guatemala*, *Fernández Ortega y otros vs. México* y *Rodendo Cantú vs. México*.

producción e infraestructura<sup>13</sup>. Por otro lado, en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* los representantes solicitaron a la Corte que, para fijar el daño inmaterial causado, tomara en cuenta que los integrantes de la comunidad de Río Negro fueron privados de sus costumbres, religión y vida familiar. La Corte se inclinó por fijar en concepto de daño inmaterial y material una serie de pagos que incluían lo aducido por los representantes, de forma que las medidas de reparación estuvieran dispuestas a favor de las víctimas de la comunidad<sup>14</sup>.

Vistas las aproximaciones casuísticas y conceptuales anteriores, analizaremos ahora los casos donde la Corte IDH incorporó los FDC en sus respectivas reparaciones.

#### **a. Caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua<sup>15</sup>**

La comunidad Awas Tingni es una comunidad indígena de la etnia Mayagna o Sumo, asentada en la Costa Atlántica de Nicaragua. El Estado reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas, pero hasta aquel momento no había regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento. Esto causó que, desde 1990, no se hubieran otorgado en el país títulos de esta naturaleza, vulnerando así el derecho a la propiedad comunal de la comunidad Awas Tingni<sup>16</sup>.

Es este el caso en que, por primera vez, la Corte IDH estableció la creación de un FDC, a pesar de no conceptualizarlo

---

13 Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, párrs. 90 k y 110.

14 Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párrs. 305 y 309.

15 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

16 *Ibidem*, párrs. 103 y 152.

explícitamente como tal. Lo encuadró como una medida de reparación colectiva en concepto de daño inmaterial, al disponer lo siguiente:

La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa. [...]La Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50,000 [...] en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana<sup>17</sup>.

Lo primero que llama la atención del caso es que, como se ha señalado, en ningún momento se refiere a la medida como FDC o mediante un concepto análogo. En segundo término, se puede apreciar que la Corte motivó la creación de un fondo por el daño inmaterial causado por la falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, es decir, por la violación del Estado de Nicaragua al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o la Convención). La lógica del Tribunal fue que, teniendo en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, la mera posesión de la tierra debía bastar para que, aunque carecieran de

---

17 *Ibidem*, párr. 167.

título real sobre la propiedad de la tierra, obtuvieran por parte del Estado el reconocimiento oficial de tal propiedad, sustentado jurídicamente en una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos armoniosa con el artículo 29.b) de la Convención, que incluía el derecho a la propiedad comunal indígena. Por lo tanto, toda vez que Nicaragua no delimitó ni demarcó la propiedad comunal vulneró el derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni<sup>18</sup>. El criterio seguido por la Corte en este caso es remarcable, puesto que se contempló por primera vez la posibilidad de indemnizar por concepto de daño inmaterial a un grupo humano como colectivo<sup>19</sup>. En este mismo sentido, el caso es jurisprudencialmente relevante por incluir la propiedad comunitaria dentro del ámbito de protección del artículo 21 de la Convención, apreciación que sería reiterada en posteriores ocasiones, como tendremos la ocasión de estudiar.

En cuanto al FDC, aparecen en la sentencia tres elementos más a tener en cuenta: primero, la Corte optó por fijar un plazo concreto para que Nicaragua llevase a cabo la inversión; segundo, especificó el destino de la cantidad pecuniaria; por último, instó a la CIDH a supervisar el buen destino de la inversión.

En cuanto al cumplimiento de la medida, la Corte valoró que el Estado cumplió con la obligación de inversión al construir, de acuerdo con los representantes, un albergue estudiantil, y detalló el monto total de la obra<sup>20</sup>.

---

18 *Ibidem*, párr. 148.

19 Cfr. Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte IDH de Derechos Humanos (1988-2007)*... pág. 55.

20 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 7 mayo de 2008, párrs. 34 y 35.

## **b. Caso comunidad Moiwana vs. Surinam<sup>21</sup>**

La aldea de Moiwana fue fundada por clanes de cimarrones en la región de Marowijne, en Surinam. Con el inicio del conflicto interno en 1986, la aldea de Moiwana se vio envuelta en medio de una operación militar que ocasionó la muerte de 39 vecinos, la destrucción y quema de propiedades y el desplazamiento de los supervivientes, lo que impidió a los miembros de la comunidad la práctica de sus formas de subsistencia tradicionales.

En este caso, la Corte introdujo de forma expresa el concepto de **fondo de desarrollo** destinado a servicios para los miembros de la comunidad. Estipuló que un contexto donde las fuerzas militares habían atacado y destruido las propiedades indígenas en la localidad de Moiwana y desplazado a sus habitantes, era un buen escenario para la implementación de programas de salud, vivienda y educación. Con anterioridad a la resolución del caso, tanto los representantes como la CIDH enfatizaron la importancia de implementar estos programas de desarrollo para cubrir los servicios sociales básicos de los miembros de la comunidad en cuanto regresasen a sus hogares. Según dispuso el Tribunal:

[...] Surinam deberá crear un fondo de desarrollo por el monto US\$ 1,200,000.00 [...] que será destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados por un comité de implementación [...] y deberán ser completados en un plazo de cinco años, a contar de la notificación de la presente Sentencia<sup>22</sup>.

---

21 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

22 *Ibidem*, párr. 214.

Dos elementos que llaman la atención son la introducción de la figura del **comité de implementación** y la forma de canalizar el fondo para alcanzar los objetivos definidos por la Corte. Por otro lado, el comité de implementación sustituyó a la CIDH en su papel de tercer agente participante –junto al Estado y las víctimas–, encargado de la supervisión de la implementación de la medida. El nuevo comité adquirió un papel absolutamente central, pasando de agente garante con funciones fiscalizadoras a órgano *ad hoc* encargado de moldear todo el proceso, desde la disposición del monto pecuniario hasta su traducción en forma de programas de desarrollo, con las siguientes especificidades:

El comité [...] estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros. El referido comité deberá contar con un representante designado por las víctimas y otro por el Estado; el tercer miembro de dicho comité será designado de común acuerdo entre los representantes de las víctimas y el Estado. Si dentro de los seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado y los representantes no hubieren llegado a un acuerdo respecto de la integración del comité de implementación, la Corte los convocará a una reunión para decidir sobre este asunto<sup>23</sup>.

Puede asumirse que la Corte trató de conferir al comité un carácter de ente velador e imparcial para lograr una efectiva implementación de lo dispuesto en la sentencia, voluntad manifiesta si se atiende a su composición: una terna de miembros, uno elegido por cada una de las partes y un tercero acordado entre ambas. Así, la Corte aspiró a que la implementación de los programas de desarrollo se llevase a cabo con las máximas

---

23 *Ibidem*, párr. 215.

garantías de imparcialidad y diligencia pero, al mismo tiempo, sin entrometerse en su confección. Además, su importancia era tal que en caso que las partes no llegasen a un acuerdo para su creación, se previó que la propia Corte dilucidase el asunto. La misma Corte expresó que el Comité:

[...] deb[ía] ser la autoridad que determin[ara] la forma en que se asign[aran] los fondos e implement[aran] los programas. Por este motivo, [...] deb[ía] haber un margen de flexibilidad que deb[ía] ser respetado y [...], dentro de su competencia, el Estado deb[ía] garantizar que el Comité cumpl[iera] con las cuestiones operativas y logísticas necesarias para lograr su misión<sup>24</sup>.

Como se puede ver, existen notables diferencias entre el FDC de los casos *Awas Tingni* y *Moiwana*, aunque la motivación para su creación fue la misma. De manera genérica, ambas son medidas tendientes a reintegrar la dignidad de las comunidades y ayudar a reorientar su vida<sup>25</sup>, en tanto ambas son medidas de satisfacción a colectividades. La valoración jurídica que hizo la Corte del daño inmaterial sufrido incorporó los “elementos culturales” para la fijación de la medida correspondiente de reparación. Esta tendencia a ampliar la idea del daño inmaterial ya se pudo apreciar en el caso *Yatama* cuando se extendió la noción de “dolor y sufrimiento”<sup>26</sup>, tendencia que iba a repercutir en los términos de creación de los FDC –puesto que su alcance se computaba atendiendo al daño inmaterial sufrido por una colectividad– y cuya flexibilidad conceptual suscitó algunas reticencias doctrinales al entenderse que la Corte iba a controlar,

---

24 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 21 de noviembre de 2007, considerando 18.

25 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 53

26 Cfr. Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte IDH de Derechos Humanos (1988-2007)...* pág. 53.

hasta cierto punto, indemnizaciones estimadas bajo parámetros tan subjetivos como los de “dolor y sufrimiento”<sup>27</sup>.

A pesar de la especificidad de lo resuelto por la Corte, dar cumplimiento a esta innovadora fórmula en un contexto tan complejo como el surinamés en el año 2005, no iba a ser un trámite sencillo<sup>28</sup>. Así, un año después de la sentencia el Estado informó de la creación de una Fundación para el Desarrollo de la Comunidad Moiwana (SFOMG) dirigida a programas de salud, vivienda y educación para los integrantes de la comunidad Moiwana, aunque según denunció la CIDH no se suministró información que indicase la financiación de dichos programas<sup>29</sup>. En noviembre de 2010, cuando se cumplieron los cinco años de la sentencia, la Corte indicó que la información facilitada por el Estado era insuficiente respecto a: i) el importe total de dinero transferido al fondo de desarrollo; ii) a la construcción de viviendas y iii) su localización dentro de territorio Moiwana; iv) la construcción de instalaciones destinadas a la educación y salud, y v) la implementación de una estrategia de desarrollo sostenible en Moiwana (SSDI)<sup>30</sup>. La resolución de supervisión

---

27 Cfr. Antkowiak, Thomas M., “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous People”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 25:1, 2015, pág. 78.

28 En la Decisión 1 (67) sobre Surinam, de noviembre de 2005, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó, entre otras cosas, “una profunda preocupación por la información en que se afirma que Surinam hace caso omiso, a sabiendas, de las recomendaciones del Comité”, y recomendó que “[v]ele por que se reconozcan legalmente los derechos de los pueblos indígenas y tribales a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras comunales y a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales asociados a ellas”, así como “[v]ele por que se otorgue a los pueblos indígenas y tribales el derecho de recurrir a los tribunales”.

29 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supervisión de cumplimiento de sentencia..., considerandos 17 y 18.

30 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supervisión de

de cumplimiento de 22 de noviembre de 2010 fue la última que se emitió respecto de este caso, por lo que no se dispone de información más actualizada sobre su estado de implementación.

### **c. Caso de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay<sup>31</sup>**

La comunidad Yakye Axa es una comunidad indígena asentada desde finales del siglo XIX en la zona del Chaco paraguayo. En esa época, empresarios británicos compraron las extensiones de territorio y emplearon a los indígenas que allí habitaban para trabajos de ganadería. Varias décadas después, la comunidad Yakye Axa se trasladó a un nuevo territorio debido a las graves condiciones de vida que sufrían: los hombres no recibían sueldos, las mujeres eran explotadas sexualmente y no contaban con servicios de salud ni alimentación suficientes, por lo que dieron inicio a los trámites de reivindicación de su hábitat tradicional. Los recursos no generaron resultados positivos, lo que provocó que parte de la comunidad se viera obligada a asentarse al costado de una carretera<sup>32</sup>.

En este caso, la Corte continuó el patrón iniciado en el de Moiwana en aplicación de un FDC, aunque lo combinó con un programa de desarrollo comunitario.

[..el] Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad [...]. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. Además del

---

cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 22 de noviembre de 2010, considerando 37.

31 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

32 *Ibidem*, párrs. 50.1, 50.2, 50.13 y 50.91.

referido programa, el Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 950.000,00 [...] para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad<sup>33</sup>.

El fondo y el programa de desarrollo comunitario se enmarcaron como medidas de reparación por daño inmaterial a una comunidad, considerando que, por definición, tal medida es una respuesta al sufrimiento acreditado de violaciones que repercuten en los patrones estructurales de un colectivo<sup>34</sup>. Ambas medidas respondían al menoscabo de los valores representativos como comunidad indígena por la denegación estatal al goce y ejercicio de sus derechos territoriales y los problemas que eso generó al poner en peligro su identidad, su patrimonio, su vida cultural y la de futuras generaciones<sup>35</sup>. Tales violaciones fueron las que motivaron impulsar los proyectos y el programa enunciados.

Del mismo modo que ocurrió en el caso Awas Tingni, es importante no asociar estas medidas a una clase de restitución, especialmente porque la jurisprudencia de la Corte contempla como medida de restitución la devolución de tierras tradicionales a los miembros de las comunidades indígenas – como también lo dispuso en el caso de la comunidad Yakye Axa. Conviene traer a colación el caso Awas Tingni porque en aquella ocasión la Corte sustentó jurídicamente que los elementos incorporeales que se desprendían de los territorios tradicionales indígenas formaban parte de aquellos derechos salvaguardados por el artículo 21

---

33 *Ibidem*, párr. 205.

34 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 61.

35 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas... párr. 203.

de la Convención<sup>36</sup>. Así, en el caso que nos ocupa, el Tribunal señaló que el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención podía llegar a ser condición necesaria para lograr la preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas<sup>37</sup>. De ahí que la falta de reconocimiento de la propiedad colectiva de la comunidad Yakye Axa comprometía sus rasgos definitorios como comunidad, en contravención al artículo 21 de la Convención, motivando así la creación de proyectos y programas con el objeto de reintegrar la dignidad de la comunidad.

Los elementos específicos de dichos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación [...] y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena. El comité [...] estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros [...]<sup>38</sup>.

La Corte repitió el modelo del comité de implementación tripartito introducido en el caso de la comunidad Moiwana. Es más, la redacción sobre su mandato, designación y conformación fue idéntica a la de su precedente. De este modo, la Corte empezó a considerar que los FDC, en tanto tomaban en cuenta la naturaleza colectiva del daño causado, eran una herramienta idónea y efectiva<sup>39</sup> que encajaba con el espíritu

---

36 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas... párr. 144.

37 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas... párr. 148.

38 *Ibidem*, párr. 205.

39 Cfr. Rodríguez Garavito, César, y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades*

de las etnorreparaciones. El punto diferencial entre el comité de implementación del caso Moiwana y el del caso Yakye Axa es que mientras el primero gozaba de un plazo de cinco años para completar la implementación de los programas, el del caso paraguayo no podía exceder los dos años contando a partir de la entrega de las tierras.

Tras la resolución del caso, a efecto de que la Corte pudiera supervisar su implementación acorde a lo dispuesto, el Tribunal le indicó al Estado que debía remitir información sobre el comité de implementación que incluyera “los nombres de las personas que integran el Comité, y las actas o constancias de cada sesión del mismo, y los avances en la implementación del programa y del fondo de desarrollo comunitario”<sup>40</sup>. Las partes facilitaron información al respecto y manifestaron que el fondo fue creado el año 2006, aunque el Estado y representantes se pronunciaron en sentido opuesto respecto a los montos agregados a dicho fondo y sobre la operatividad del comité de implementación. Así, al momento de resolver el estado de cumplimiento de la medida reparatoria, la CIDH indicó en dos ocasiones que el Estado no había presentado suficiente información al respecto y la Corte manifestó que para el año 2008, es decir, tres años después de ordenar la creación del fondo y su comité, no contaba con los elementos necesarios para establecer su cumplimiento, por lo que instaba a las partes a aportar mayor información<sup>41</sup>.

---

*afrodescendientes en Colombia...* pág. 25.

40 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del Presidente de la Corte IDH de 14 diciembre de 2007, considerando 6.c.

41 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 8 febrero de 2008, considerando 30.

#### **d. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay<sup>42</sup>**

La comunidad Sawhoyamaxa tradicionalmente habitaba la zona del Chaco, pero sus tierras fueron vendidas e individualizadas a nombre de empresas privadas. Esta situación provocó que miembros de la comunidad vivieran en condiciones de pobreza extrema, sin los niveles mínimos de salud, bajo situación de explotación laboral e impedidos de practicar sus actividades tradicionales de subsistencia. Unido a esto, en el año 1991 la comunidad empezó los trámites de reivindicación de su hábitat ancestral, lo cual no solamente trajo resultados insatisfactorios, sino que la situación empeoró cuando los propietarios individuales de las tierras se enteraron de los reclamos iniciados por la comunidad, lo que se tradujo en presiones y amenazas. La mayoría de los miembros optó por salir de esas estancias y empezaron a vivir al borde de una carretera en completa precariedad<sup>43</sup>.

En este caso, con relación a la reparación colectiva la Corte ordenó al Estado:

[...] la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad [...]. El Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 1.000.000,00 [...] para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad<sup>44</sup>.

---

42 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

43 *Ibidem*, párrs. 73.36, 73.61 y 73.62.

44 *Ibidem*, párr. 224.

La Corte siguió el razonamiento de los casos anteriores: el fondo de desarrollo se presentó como una satisfacción con carácter compensatorio en forma de medidas socioeconómicas de reparación colectiva por el daño inmaterial sufrido por la colectividad. Las circunstancias del caso alteraron gravemente las condiciones de existencia de la comunidad Sawhoyamaxa por la falta de concreción de su derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención. Como ocurrió en los casos anteriores, para fijar el daño inmaterial la Corte valoró que tal denegación comprometía la vida, identidad y patrimonio comunitario<sup>45</sup>, por lo que se hacía necesario dictaminar las mencionadas medidas socioeconómicas con un amplio alcance para la colectividad.

Estos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación [...] y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena. El comité [...] estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros [...]<sup>46</sup>.

Las similitudes entre los FDC en el caso Yakye Axa y el caso Sawhoyamaxa son evidentes: en ambos casos el FDC pretendía servir para el desarrollo de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, y sus comités de implementación debían tener la misma composición y plazo de dos años para completar los proyectos. La diferencia entre ambos es que en el caso Yakye Axa se adicionó la creación de un programa comunitario separado del fondo, mientras que en el caso Sawhoyamaxa los objetivos de potabilización de agua e

---

45 *Ibidem*, párrs. 221 y 222.

46 *Ibidem*, párrs. 224 y 225.

infraestructura sanitaria de aquel programa se incluyeron en el mismo fondo. Eso significó, de entrada, que estos dos últimos objetivos en el caso Sawhoyamaya tuvieran asignada para su implementación una cantidad pecuniaria, aunque fuese en términos generales en conjunto con el resto de finalidades del fondo, ordenado así, presumiblemente, para afianzar el flujo de capitales hacia los mismos. Si se observa, en el caso Yakyé Axa la Corte IDH determinó la asignación de US\$ 950.000,00 para el fondo comunitario, mientras que en el caso Sawhoyamaya la dotación del fondo fue incrementada hasta US\$ 1.000.000,00 e incluyó los objetivos referidos.

Tal como ocurrió con el caso Yakyé Axa, la Corte tuvo dificultades para poder determinar en un sentido positivo el cumplimiento de la medida, puesto que hasta en cuatro ocasiones se pronunció al respecto en el mismo sentido: que tanto sobre el FDC como sobre la implementación de proyectos del comité, no contaba con elementos suficientes para establecer el cumplimiento del punto. Frente a la situación de falta de información, desde el año 2008 la Corte instó al Estado a ofrecer información adicional sobre “los nombres de las personas que [integran el Comité], y las actas o constancias que en cada sesión del Comité se adopten”<sup>47</sup>, reiterado en el 2009 en los siguientes términos: “es necesario requerir al Estado información detallada sobre la asignación del presupuesto que la sentencia de esta Corte ordenó se entregara al fondo de desarrollo comunitario y el funcionamiento y las actividades desarrolladas por el Comité de implementación”<sup>48</sup>. No sería hasta seis años después, en la resolución de supervisión

---

47 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 8 febrero de 2008, considerando 14.

48 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Presidenta de Corte IDH de 20 de mayo de 2009, considerando 13.

conjunta con el resto de casos paraguayos –que se abordará más adelante–, que la Corte se pronunciara de nuevo sobre el caso.

### **e. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam<sup>49</sup>**

El pueblo Saramaka fue fundado por un grupo de cimarrones de Surinam en la región superior del Río Surinam, pueblo con una constatada y profunda relación con sus tierras ancestrales. Sin embargo, la legislación interna de Surinam no reconocía el derecho a la propiedad colectiva de los miembros de comunidades indígenas y tribales, por lo que carecían de estatuto jurídico de Surinam. Dado que bajo la ley de Surinam el Estado era el propietario del territorio y los recursos utilizados por el pueblo Saramaka, éste empezó a otorgar en la zona del Río Surinam concesiones a terceros para actividades madereras y de minería. De esta forma, los miembros de la comunidad se vieron privados del reconocimiento de títulos comunales sobre la tierra y del uso y disfrute de la misma.

En este caso, la Corte procedió a la creación de un FDC en los siguientes términos:

La Corte ordena, en equidad, que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 [...] a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional. Dicho fondo tendrá como objetivo financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka<sup>50</sup>.

---

49 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.

50 *Ibidem*, párr. 201.

El FDC se creó, de nuevo, en razón del daño inmaterial sufrido. No obstante, esta vez la Corte introdujo en el monto total asignado para el fondo una partida procedente del daño provocado por la extracción de madera y el causado sobre la propiedad indígena en su territorio, lo cual encajaba en el concepto de daño material si se observa el desarrollo jurisprudencial del concepto, que incluía “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima [...] y las consecuencias de carácter pecuniario que [tuvieran] un nexo causal con los hechos del caso”<sup>51</sup>. Así, el Tribunal “fij[ó], por el daño material directo [...] la cantidad de US\$ 75.000 [...] a favor del pueblo Saramaka. Esta suma deb[ía] agregarse al fondo de desarrollo descrito [...]” y resolvió que “[e]l Estado deb[ía] asignar las cantidades fijadas en esta Sentencia como indemnización por el daño material e inmaterial a un fondo de desarrollo comunitario [...]”<sup>52</sup>. Por lo tanto, el monto total estaba conformado por fondos en concepto de daño inmaterial y en menor medida material, y, sin embargo, la destinación de la totalidad de los mismos se encomendó a la implementación de proyectos como medidas de satisfacción en un caso de reparación colectiva en respuesta a un daño inmaterial.

En el caso Saramaka el comité de implementación mantuvo el carácter tripartito y también el plazo de seis meses para conformarlo, pero en esta ocasión la Corte añadió un requerimiento a la actividad del comité: éste “deb[ía] consultar con el pueblo Saramaka antes de que las decisiones se tomen e

---

51 Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala y Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, citados en Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 41.

52 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, supervisión **de cumplimiento de sentencia**, resolución de la Corte IDH de 8 febrero de 2008, párr. 199 y dispositivo 13.

implementen”<sup>53</sup>. Esta directriz fue introducida en una solicitud de los representantes, quienes pidieron a la Corte que se estableciera “un fondo de desarrollo [...] determinado e implementado con la participación y consentimiento informado del pueblo Saramaka”<sup>54</sup>. Por tanto, en este modelo el papel de la comunidad indígena adquirió una nueva dimensión para la implementación de los proyectos socioeconómicos, a pesar de que la Corte seguía dirigiendo el destino de los proyectos. De hecho, otra disposición innovadora en el caso Saramaka fue que la Corte se pronunció acerca de i) el tipo de cambio a utilizar en caso que las cantidades se tradujesen a la moneda local, ii) los intereses moratorios por el atraso en la creación del FDC y iii) el modo en que el Estado debía realizar los ingresos en el FDC, dividiéndolo de la siguiente forma:

Dentro de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado deberá designar al menos US\$ 225,000.00 [...] para el fondo de desarrollo [...] y el resto deberá ser designado dentro de tres años, contados a partir de la notificación de esta Sentencia<sup>55</sup>.

Una explicación sobre el nuevo papel que desempeñó la Corte en la confección e implementación del FDC, así como sobre el trabajo del comité, puede encontrarse en las experiencias en los casos Moiwana, Yakye Axa y Sawhoyamaya, en los que el correcto desempeño de los fondos y actividad del comité estaban obstaculizados, a efectos de supervisar su cumplimiento y en primer término, por la falta de información acerca de la ejecución de los ingresos recibidos, lo cual dificultaba enormemente valorar las subsiguientes etapas. Pero este viraje siguió arrastrando

---

53 Ibidem, párr. 202.

54 Ibidem, párr. 192.

55 Ibidem, párr. 208.

algunos de los problemas aparecidos en los casos precedentes. En el año 2011, tres años después de la resolución de la sentencia, la CIDH indicó que el Estado “no [había presentado] información referente a cómo y cuándo comenzaría a funcionar el fondo, ni la cantidad de dinero depositada”<sup>56</sup>. La Corte dictaminó que la obligación había sido satisfecha de forma parcial, porque pasados más de tres años para que Surinam designara la cantidad total de recursos, todavía no había constatación alguna acerca del ingreso de los US\$ 75.000 por daño material. A pesar de no haberse dado cumplimiento total a la medida de reparación, en la siguiente resolución de supervisión de cumplimiento –del 2013–, la Corte no hizo pronunciamiento alguno en este sentido.

#### **f. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay<sup>57</sup>**

La comunidad Xákmok Kásek vivía tradicionalmente en la zona del Chaco, pero a finales del siglo XIX dos terceras partes de sus tierras fueron vendidas en la bolsa de valores de Londres. En 1990 iniciaron los trámites para recuperar sus tierras tradicionales, con insatisfactorios resultados. La vida de la comunidad fue empeorando al grado de tener prohibido cultivar, poseer ganado o cazar, de forma que desarrollar su propio modo de vida se volvió imposible. Ante esta situación, muchos de los miembros se separaron de la comunidad<sup>58</sup>.

En esta ocasión, la creación del FDC que dispuso la Corte IDH incorporó muy pocas novedades respecto de los precedentes

---

56 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 23 de noviembre de 2011, considerando 9.

57 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

58 *Ibidem*, párrs. 56, 58, 67 y 79.

de Yakye Axa y Sawhoyamaya: se creó como medida de satisfacción socioeconómica en un caso de reparación colectiva. Esta vez, al igual que en el caso Sawhoyamaya, se volvió a incluir el desarrollo del programa de potabilización de agua y de creación de infraestructuras sanitarias dentro de un único fondo, de manera que los recursos de dicho fondo debían ir destinados a los mismos programas. No obstante, en Xákmok Kásek la Corte albergó la posibilidad de que los programas no fueran estrictamente dirigidos a la consecución de los objetivos mentados al introducir la expresión “entre otras cosas”:

El Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 700.000 [...] para tal fondo, respecto del cual se deben destinar recursos, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad”<sup>59</sup>.

La Corte dejó así cierta facultad al comité de implementación para disponer si los programas establecidos por la Corte debían ocupar una mayor o menor partida de los US\$ 700.000, desprendiéndose igualmente que al marcar las líneas generales, la Corte no estaba otorgando completa discrecionalidad sobre la inversión del monto total, ya que por definición una medida de satisfacción busca reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria<sup>60</sup> y, por tanto, no podía implementarse en una dirección que no mantuviera un nexo con la violación que pretendiera ser reparada. Igual que en las anteriores sentencias, el comité encargado de determinar las modalidades de implementación del FDC estaba conformado por

---

59 Ibidem, párr. 323.

60 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 54.

tres representantes elegidos por las partes y se fijaba un límite de seis meses para su configuración, aunque en esta ocasión la Corte dispuso que, transcurridos los seis meses, el mismo Tribunal decidiría<sup>61</sup>, desmarcándose de los anteriores casos, en los que dictó que transcurrido el plazo se convocaría a las partes para tratar el asunto. Sus palabras dieron a entender que en esta ocasión la Corte confería mayor prioridad a una pronta configuración del comité. Finalmente, la fecha límite para la implementación de los proyectos se redujo a dos años a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la comunidad.

El cumplimiento de la sentencia se supervisó cinco años después de dictada y se hizo mediante una resolución conjunta –junto a los casos de Yakye Axa y Sawhoyamaxa– que obedeció al seguimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes tras la audiencia de supervisión conjunta de 21 de mayo de 2014<sup>62</sup>. En la resolución de 24 de junio de 2015 la Corte corroboró irregularidades en una cuenta bancaria destinada a cumplir las obligaciones dictaminadas por las sentencias de la Corte IDH en los casos del Paraguay, aunque no se pudo determinar con precisión si dicha cantidad incluía los fondos destinados al FDC. Concretamente, se produjo una extracción por parte de funcionarios del Estado por un valor superior a al equivalente de US\$ 540.000. Además, la CIDH y la Corte coincidieron en que, al margen de la sustracción, Paraguay no facilitó suficiente información sobre cómo iba a ser utilizada la cantidad sustraída<sup>63</sup>.

---

61 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay...* párr. 324.

62 Por este motivo y por tratarse el caso Xákmok Kásek del más reciente de los tres, hemos considerado pertinente hacer mención a dicha resolución dentro del análisis de éste último caso.

63 Corte IDH, *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 24 junio de 2015, párrs. 43 y 44.

### **g. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador<sup>64</sup>**

La sentencia del caso Sarayaku rompió con la línea jurisprudencial del Tribunal respecto a los FDC. En esta ocasión, de hecho, ni siquiera se mencionó la creación de un “fondo de desarrollo comunitario” como tal en ningún punto de la resolución. Veamos qué dijo la Corte:

[...] la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 1.250.000,00 [...] para el Pueblo Sarayaku, por concepto de indemnización por daño inmaterial. Este monto deberá ser entregado a la Asociación del Pueblo Sarayaku (Tayjasaruta), en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, para que inviertan el dinero en lo que el Pueblo decida, conforme a sus propios mecanismos e instituciones de toma de decisiones, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo eco-turístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el Pueblo considere prioritarios<sup>65</sup>.

Este párrafo dio un cambio de sentido a la operatividad del FDC desde el punto de vista que la Corte “retrocedió” un paso en su facultad de confeccionar las características del fondo y dejó de señalar restricciones sobre su implementación mediante la disposición de los fines a los que debían ir dirigidos. Esta vez el Tribunal concedió a la comunidad el pleno control sobre

---

64 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 323.

65 *Ibidem*, párr. 317.

los bienes pecuniarios y la erigió, a través de una organización representante, como ente plenipotenciario sobre el total de la indemnización por daño inmaterial. A diferencia de lo ocurrido en el caso Saramaka, cuando el cambio de modelo del FDC respondió a las peticiones de los representantes sobre conferirle un papel más trascendente a la comunidad en la toma de decisiones del Comité, en esta ocasión las solicitudes de los representantes, si bien muy pormenorizadas en cuanto a cantidad, no referenciaron de forma concreta en qué modo la transferencia del monto de la indemnización debía llevarse a cabo, limitándose a expresar que la Corte debía fijar una cantidad determinada en equidad para reparar los daños inmateriales sufridos – que posteriormente enumeraron. Fue, por tanto, la propia voluntad de la Corte la que motivó el cambio de paradigma, muy posiblemente valorando lo aprendido en experiencias anteriores, que fácilmente podían apuntar hacia un elemento concreto: el comité de implementación tripartito no respondía con garantías a su función de canalizar unas indemnizaciones de resarcimiento por daños inmateriales en medidas eficaces de satisfacción con carácter compensatorio.

Se disiparon así algunas dudas que había generado el viejo modelo en ciertos sectores doctrinales que opinaban que, indistintamente de si los programas se conceptualizaban como daño inmaterial o material, la Corte no debería incluir limitaciones judicialmente impuestas<sup>66</sup>. En otro sentido de las críticas, el representante de las víctimas en los casos Moiwana y Saramaka, Fergus MacKay, en la audiencia pública del caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, denunció que los modelos de los casos Moiwana y Saramaka no funcionaron, no por su estructura, sino por su implementación. Particularmente, según

---

66 Cfr. Antkowiak, Thomas M., “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous People”... pág. 78.

sus palabras, en el caso *Moiwana* el fondo se ejecutó de forma contraria a lo resuelto por la Corte, y en el caso *Saramaka* hubo una paralización en su ejecución, en los pagos, etc. Según el representante, los pueblos indígenas eran suficientemente capaces de gestionar sus propios recursos y no requerían de un FDC con representación del Estado o terceros que los supervisara, en coherencia con la autodeterminación de las comunidades, su capacidad y propia voluntad para manejar los fondos<sup>67</sup>.

Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado sobre la efectividad de este nuevo modelo, por lo que habrá que esperar para ver si el cambio de criterio que les confiere la entera capacidad de disposición a las propias comunidades consigue una mayor efectividad en su implementación, que obedezca al auténtico sentido de su creación: la reparación de los daños sufridos por las colectividades indígenas, que repercuten, sobretodo, en su calidad de grupo<sup>68</sup>.

## Conclusión

De lo visto a lo largo de estas páginas se puede apreciar que, hasta la sentencia del caso *Kichwa de Sarayaku*, la Corte IDH configuró FDC con notables restricciones sobre las líneas generales de actuación de los mismos, dejando un relativamente estrecho margen de disposición de los fondos a las víctimas, porque, además, su implementación dependía de la buena voluntad y correcto entendimiento con el Estado a través de un comité de implementación. Con la sentencia del caso *Sarayaku*,

---

67 Corte IDH, *Audiencia pública Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, 107 período ordinario de sesiones, 4 de febrero de 2015, minutos: 1:59:10 – 2:01:41. Disponible en: <<https://vimeo.com/118766033>>, a 8 de octubre de 2015.

68 *Cfr.* Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 40.

este comité se eliminó y se cedió el absoluto protagonismo a las víctimas sobre la dirección y destino de los recursos transferidos en calidad de satisfacción con carácter compensatorio por un daño inmaterial a un colectivo indígena a través de medidas de reparación colectiva. Este nuevo paradigma venía siendo demandado por las víctimas, hecho que facilitó la recepción de esta reconfiguración de la medida.

En el caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, aunque debe leerse con cierta precaución<sup>69</sup>, la Corte reafirmó la idea de ofrecer directamente a la comunidad, a través de sus respectivas figuras representantes, una cantidad compensatoria, sin la intermediación de ninguna suerte de comité con participación foránea a las comunidades<sup>70</sup>. De esta forma, es presumible que el nuevo modelo impuesto por la Corte va a persistir en sus próximas resoluciones, y que posiblemente en casos tales como Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam o Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, veamos cómo los FDC se afianzan como una medida de reparación centrada, en fondo y forma, en la capacidad indígena para gestionarlos.

---

69 La Corte IDH en esta ocasión no dotó a la compensación con un elemento final de impulso al desarrollo comunal, aunque tampoco se puede hacer la lectura en sentido contrario. En este caso, la Corte se limitó a sentenciar la entrega de unos montos para las comunidades Emberá de Ipetí y Piriati y al pueblo Kuna, sin siquiera sugerir un enfoque para su inversión.

70 Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C No. 284, párr. 247.



**Políticas públicas orientadas hacia la  
igualdad de derechos.  
La llave para preservar la paz social en los  
nuevos países receptores  
de flujos migratorios laborales**

*Laura García Juan\**

## **Introducción**

Los flujos migratorios han demostrado, en general, un desarrollo paralelo a la evolución de las sociedades a lo largo de la historia. La movilidad de las personas ha estado siempre motivada por causas muy diversas, que han ido variando según las sucesivas épocas y acontecimientos, siendo hoy en día una de las más importantes la determinada por necesidades laborales.

Los frecuentemente llamados “migrantes económicos” son, según los teóricos neoclásicos de la economía de principios del siglo XX, el resultado positivo del cálculo racional del costo-beneficio del desplazamiento de un lugar, entendiendo que estos flujos migratorios tienden a movilizarse desde aquellos países donde abunda la mano de obra y los salarios son bajos hacia países donde la mano de obra escasea y los salarios tienden a ser más altos<sup>1</sup>.

---

\* Doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España). Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia).

1 Arango Vila-Belda, Joaquín, “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra”, *Migración y Desarrollo*, No. 1, 2003, págs. 1-30.

La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) ha definido la migración como el

Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado, o dentro del mismo, que abarca todo movimiento de personas, sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas. Esta incluye la migración de refugiados, de personas desplazadas, de personas desarraigadas y de migrantes económicos<sup>2</sup>.

Sin embargo, en este artículo me referiré exclusivamente a la migración con fines laborales de un país a otro (transnacional), cuya definición, también según la OIM, es el

Movimiento de personas desde el Estado de origen a otro de destino con un fin laboral. La migración laboral está, por lo general, regulada en la legislación sobre migraciones de los estados. Algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior<sup>3</sup>.

---

2 OIM, *Glosario sobre Migración, Derecho Internacional sobre Migración*, No. 7, 2006.

3 Es importante diferenciar al inmigrante internacional del inmigrante interno y, a su vez, del desplazado, del refugiado y del solicitante de asilo. La Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) hizo un llamamiento recientemente a la imperiosa necesidad de que los medios de comunicación hagan este distingo en sus mensajes, pues resulta de suma importancia tanto para las poblaciones afectadas como para los gobiernos de los países por los que estas poblaciones se desplazan. A diferencia de los refugiados, que no pueden volver a su país, los migrantes siguen recibiendo la protección de su gobierno aun estando bajo la soberanía de otro Estado. La distinción es fundamental en el sentido de que debe tratarse a los migrantes de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y los procedimientos en materia de inmigración. Sin embargo, en el caso de los refugiados resultan aplicables las normas sobre asilo y protección de refugiados definidas tanto en las legislaciones nacionales como en el Derecho Internacional.

La migración y las actividades de gestión de los flujos migratorios laborales transnacionales se encuentran estrechamente relacionadas con los cambios sociales, económicos y políticos que ocurren constantemente en los países y continentes. Surge como respuesta a los acontecimientos cambiantes originados por la competencia global por los recursos cualificados, habiéndose convertido en uno de los fenómenos más destacados de la migración internacional. Se trata del desplazamiento de las personas hacia países diferentes del que se encuentran con el fin de trabajar allí durante un tiempo, vinculándose a un mercado laboral distinto al de su lugar de origen. Este tipo de movilizaciones obedece a diferentes motivos, siendo los más comunes las diferencias salariales, el desempleo, las necesidades de las organizaciones contratantes, los conflictos violentos, la vulnerabilidad en el país de origen, etc.<sup>4</sup>.

## **1. Breve apunte sobre las tendencias mundiales en la actualidad**

El proceso de convergencia económica entre los países en desarrollo y las economías avanzadas cobró un considerable impulso entre 1980 y 2011. Durante las pasadas tres décadas, la renta por habitante en los países en desarrollo aumentó una media del 3.3 por ciento anual, resultando una cifra muy superior al aumento medio registrado en los países desarrollados, que fue del 1.8 por ciento. La aceleración de esta confluencia se hizo más patente desde el inicio de la crisis mundial entre los años 2007 y

---

Confundir refugiados y migrantes puede tener serias consecuencias en la vida y la seguridad de los primeros, ya que mezclar ambos términos desvía la atención de las salvaguardas legales específicas que los refugiados requieren.

4 Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Informe sobre el trabajo en el mundo 2014*. OIT, 27 de mayo de 2014.

2008, apreciándose, no obstante, significativas diferencias entre los países. Pero lo que resulta innegable es que en los últimos tiempos se ha registrado un crecimiento económico revelador en la mayoría de los países de ingresos medios-bajos, y también en muchos de los países menos avanzados, siendo los Estados que invierten en empleo de calidad los que más están progresando<sup>5</sup>.

El enorme esfuerzo que han hecho estos países para mejorar la calidad del empleo explica, en buena medida, los diferentes modelos de crecimiento que se observan hoy en día. Y así, en aquellos que han invertido más en empleos de calidad desde principios de este siglo, el crecimiento de la renta media anual por habitante o nivel de vida ha mejorado más rápidamente. Igualmente, los países que lograron reducir los efectos del empleo temporal, precario y vulnerable a principios del decenio registraron un notable crecimiento económico después de 2007. En estos países, la mayoría de ellos de la región de América Latina, el crecimiento por habitante fue de casi un 3 por ciento anual entre 2007 y 2012, prácticamente un punto porcentual por encima de los países que menos éxito tuvieron en reducir los mencionados efectos<sup>6</sup>.

Pero las cifras positivas no pueden hacernos obviar el hecho constatable de que la disparidad entre los empleos de calidad sigue siendo significativa. A pesar de estas tendencias casi generalizadas al alza, los problemas sociales y laborales siguen siendo agudos en la mayor parte de los países emergentes y en desarrollo. Más del 50 por ciento de las y los trabajadoras de los países en desarrollo (aproximadamente 1.500 millones

---

5 Organización de los Estados Americanos (OEA), *Migración internacional en las Américas, primer informe del sistema continuo de reportes sobre migración internacional en las Américas*. OEA-SICREMI, Washington, DC, 2011.

6 Solimano, Andrés, *Migraciones internacionales en América Latina*. Fondo de Cultura Económico, Santiago, 2008, pág. 32.

de personas) se encuentra todavía en una situación laboral vulnerable, lo que significa que tienen menos posibilidades que las y los trabajadores asalariados de acceder a modalidades contractuales formales, de entrar en sistemas de protección social (pensiones y salud) o de tener ingresos regulares. Se trata de trabajadores que tenderían a encontrarse atrapados en un círculo vicioso de ocupaciones de escasa productividad, bajas remuneraciones y capacidad limitada para invertir en la salud y la educación de sus familias, lo que perjudica a su vez el desarrollo general y las perspectivas de crecimiento, no sólo de ellos mismos sino de las generaciones futuras. Por ejemplo, en Asia Meridional y África Subsahariana, de cada cuatro trabajadores más de tres se encontrarían en modalidades de empleo vulnerable, estando las mujeres especialmente afectadas por esta situación<sup>7</sup>.

Todo ello ha provocado que la dirección de los flujos migratorios laborales se haya invertido radicalmente en casi todos los países en los que las condiciones laborales y salariales se han visto considerablemente mejoradas, dándose la paradoja, por primera vez en su historia, de que actualmente son muchas más las personas extranjeras que llegan a sus fronteras que los autóctonos que salen en busca de una vida mejor. Es lo que está ocurriendo hoy en muchos países de Latinoamérica, pese a que el fenómeno no ha alcanzado la visibilidad y repercusión mediática necesaria como para que la cuestión de la inmigración se convierta en un tema principal de las agendas políticas y económicas de los gobiernos respectivos.

---

7 OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2015*.

## 2. El caso español como paradigma

Entendiendo que el contexto español es muy diferente a los escenarios, las idiosincrasias y los procesos de Latinoamérica, considero oportuno relatar aquí lo que le ocurrió a la sociedad española desde finales de los años 90 hasta el 2008. España se convirtió en uno de los países que, a nivel mundial, experimentó el más rápido y profundo cambio social en menos tiempo, y ello por la llegada masiva e inesperada de flujos migratorios transnacionales de carácter laboral.

En 1998 el número de extranjeros registrados en España era del 1.6 por ciento de la población total, lo que suponía en cifras absolutas 637.085 extranjeros censados. La inmigración a gran escala había empezado a mediados de la década de los 90 y en el año 2000, España recibía el segundo mayor número de inmigrantes de todo el mundo en términos absolutos (sólo después de Estados Unidos). Según el censo del Instituto Nacional de Estadística español (INE), en 2006 el 9.27 por ciento de la población era de nacionalidad extranjera.

Sólo una década más tarde, en 2008, la cifra se había multiplicado exponencialmente, pues el porcentaje había aumentado en casi diez puntos, llegando al 11.3 por ciento de extranjeros sobre el total de habitantes, esto es, 5.220.600 personas con una nacionalidad diferente a la española residiendo dentro de sus límites territoriales<sup>8</sup>.

---

8 Estas cifras son exactas, pues en España existe un mecanismo denominado el Padrón Municipal que mantiene completamente actualizado el censo poblacional. El Padrón Municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de cada municipio. Su formación, mantenimiento, revisión y custodia corresponde a los respectivos ayuntamientos, y de su actualización se obtiene la Revisión del Padrón Municipal con referencia al 1 de enero de cada año. El INE coordina los padrones municipales de los 8.122 municipios de España. Gracias a este mecanismo se obtienen cifras oficiales de población con carácter anual.

La presencia de 5.2 millones de extranjeros en un país de 46 millones de habitantes convirtió a España en el décimo país del mundo con mayor número de personas no nacionales en el interior de sus fronteras en proporción a su población, llegando a ser durante los primeros años del siglo XXI, uno de los territorios con mayores tasas de inmigración a nivel mundial. Estas cifras situaban a España en el segundo lugar de la Unión Europea (UE) –después de Alemania– en número de residentes cuya nacionalidad era distinta de la propia del país en el que vivían. En atención a estos datos, los términos con los que habitualmente se describe el desarrollo inicial del fenómeno migratorio en España son “crecimiento exponencial” y “brevedad temporal”<sup>9</sup>.

Pero la crisis económica sobrevenida en 2008 tornó el fuerte crecimiento demográfico, fruto principalmente de la inmigración y de los nuevos nacimientos de la población inmigrante (hasta el 20% de los nacimientos), en una emigración que todavía hoy continúa. España es ahora el noveno país con mayor porcentaje de inmigrantes dentro de la UE, por debajo de otros como Luxemburgo, Irlanda, Austria o Alemania. Por otro lado, ocupa el décimo puesto mundial entre los países con mayor población extranjera, después de Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia, Canadá o el Reino Unido. La mayoría de los inmigrantes que llegaron a España en aquellos años provenía de Latinoamérica (el 36.21%), Europa Occidental (21.06%), Europa del Este (17.75%) y el Magreb (14.76%)<sup>10</sup>. En estos cálculos no están presentes los datos correspondientes a otros tipos de desplazamientos transnacionales de personas, pues en el período al que me referiré en este trabajo la cifra de refugiados

---

9 Zapata-Barrero, Ricard, *et al.*, *Políticas y gobernabilidad de la inmigración en España*. Editorial Ariel, Barcelona, 2009, pág. 14.

10 Alba Monteserin, Susana, *et al.*, *Crisis económica y nuevo panorama migratorio en España*, Colección Estudios, No. 65. Fundación 1 de Mayo, Madrid, 2013.

y solicitantes de asilo que llegaban a España no era en absoluto significativa.

Según lo visto, el resultado es que en sólo diez años España había dejado de ser la sociedad culturalmente homogénea que más o menos había venido siendo de forma tradicional, para convertirse en un país donde la multiculturalidad se vivía en sus escuelas, en sus barrios y en sus hospitales. La obligación de reflexionar sobre este hecho se hizo patente en las universidades, en los centros de decisión política y en los medios de comunicación. A esto se unió el impacto que tuvo la transformación del papel desempeñado por este país en el sistema mundial de migraciones con relación a su propio sistema productivo y, en particular, sobre el mercado de trabajo, que se vio enormemente modificado.

Aproximadamente la mitad de los nuevos empleos que se crearon entre 1995 y 2005 fueron ocupados por extranjeros, los cuales pasaron de representar el 4% de afiliados a la Seguridad Social en 2001 a más del 10.5% en 2010. En términos generales, la inmigración jugó un papel fundamental en el significativo crecimiento económico español experimentado entre mediados de la década de 1990 y finales de 2008<sup>11</sup>.

### **a. Los efectos más visibles a corto plazo**

A diferencia de lo que estaba ocurriendo en España en la etapa a la que me vengo refiriendo, en la mayoría de países de la UE con una tradición migratoria más longeva se puso de manifiesto que el impacto de la inmigración en el mercado de trabajo no había tenido los efectos positivos que podrían esperarse. Por

---

11 Moreno Fuentes, Francisco J., y María Bruquetas Callejo, *Inmigración y estado de bienestar en España*, Colección Estudios Sociales, No. 31. Obra Social “La Caixa”, Barcelona, 2011.

otro lado, tampoco estos efectos habían acabado de encajar con las necesidades reales, ello debido a la ausencia de una política explícita de inmigración laboral adecuada a las necesidades del mercado a nivel comunitario (del conjunto de la UE). Mientras el sur de Europa atraía un flujo intenso de inmigrantes que permitió mantener, e incluso aumentar, la economía sumergida, los países del norte sufrían la llegada de un flujo migratorio no deseado ni requerido, explícitamente de demandantes de asilo y reagrupaciones familiares. Como resultado de este doble proceso, la inserción laboral de las personas extranjeras fue notablemente más fácil en el sur<sup>12</sup>.

En España se dieron tres claves para que la llegada de inmigrantes tuviera efectos positivos en el crecimiento de la economía: su estructura de edad (edad media inferior a la de la población española), la tasa de actividad superior a la media y un elevado nivel de ocupación, que se tradujo en una creciente tasa de empleo y de afiliación a la Seguridad Social. Los intensos flujos migratorios provocaron una transformación social y demográfica de tal envergadura que dio lugar a nuevas necesidades sociales derivadas no sólo del incremento de la demanda sino también de su diversificación, lo que supuso importantes implicaciones para las políticas públicas. La situación superaba cada día las actuaciones adoptadas por las administraciones, las cuales se caracterizaron en un principio por su insuficiente previsión, ofreciendo soluciones más bien reactivas, improvisadas y orientadas principalmente a responder a las necesidades más visibles y urgentes<sup>13</sup>.

---

12 Jubany Baucells, Olga, y Berta Güell, *The national policy frame for the integration of newcomers in Spain*, segundo informe del Proyecto PROSINT (Promoting Sustainable Policies for Integration), financiado por el Fondo Europeo de Integración. Universidad de Barcelona, 2011.

13 Arango Vila-Belda, Joaquín, “Inmigración, cambio demográfico y cambio social”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, No. 815, 2004, págs. 31-44.

La cuestión migratoria se convirtió en uno de los temas que más atención despertaba en la opinión pública. Hasta el año 2000 ni siquiera aparecía en las encuestas de percepción sobre los principales problemas de España, pero en 2006 se había convertido en el primer motivo de preocupación para la ciudadanía, seguido del paro y la vivienda, ocupando durante años los puestos más destacados en la lista, lo que vino a coincidir finalmente con una crisis que modificó completamente el panorama del mercado de trabajo español. La inquietud por la deriva de la difícil situación económica supuso, a nivel social, que las percepciones en contra de la inmigración calaran especialmente entre la población autóctona más vulnerable. En 2007 la inmigración era vista por la población nativa, especialmente por las y los jóvenes, como una de las causas del aumento del desempleo y de la bajada de salarios, debido a la creencia de que las personas inmigrantes trabajaban por menos dinero.

Sin embargo, a partir de 2011, de manera inversamente proporcional al recrudecimiento de la crisis económica y contra casi todos los pronósticos, la percepción de la inmigración como problema se atenuó progresivamente hasta ser uno de los temas menos preocupantes para el conjunto de la sociedad española en 2013, siendo desplazado por otros como la corrupción y el fraude, los problemas de índole económica, la política o la sanidad<sup>14</sup>.

## **b. La necesaria evolución legislativa**

Desde la primera Ley de Extranjería española de 1985, pasando por la última modificación, operada en el año 2009, y llegando a la actualidad, podemos distinguir tres etapas. La

---

14 Cebolla Boado, Héctor, y Gemma Pinyol Jiménez, *Retos de la política de inmigración española ante el cambio de ciclo*, Notes Internacionals, No. 83. CIDOB, Barcelona, 2014.

primera abarca desde mediados de 1985 hasta diciembre de 1999, y se caracterizó por la supervivencia –sin modificaciones– de una sola Ley Orgánica de Extranjería, vigente hasta enero del 2000. La segunda etapa comenzó con la derogación de esta Ley y la aprobación de la siguiente (vigente hasta el momento presente), y comprende hasta la reforma del año 2009. España se encuentra actualmente inmersa en la tercera etapa. Se resumen a continuación las principales características de cada uno de estos ciclos.

La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de 1985, marca el inicio de la primera etapa<sup>15</sup>. Anteriormente, la jurisprudencia había conseguido amortiguar la normativa preconstitucional, incidiendo en la aplicación de principios como el de legalidad y el de tipicidad, así como la protección frente a la arbitrariedad. Esta norma reunió en un solo texto la multiplicidad de normativa dispersa existente, pues ante el ingreso inminente de España en la Comunidad Económica Europea, se trataba de dar seguridad a los demás Estados miembros de que este país no sería una puerta abierta a la inmigración, teniendo en cuenta que Alemania y Francia habían cerrado esta posibilidad desde la crisis del petróleo a principios de los 70<sup>16</sup>.

En este contexto europeo se comprende que aquella Ley se centrara en cuestiones como la entrada, la expulsión y la devolución de extranjeros, estableciendo un régimen sancionatorio sin gradaciones y de enorme discrecionalidad administrativa para las personas inmigrantes que se hallaban en situación irregular.

---

15 Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

16 Aparicio Wilhelmi, Marco, “La última reforma de la Ley de Extranjería: un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y eficiencia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 6, 2004, págs. 31-54.

La Ley también se caracterizó por instaurar un modelo básico en el que se vinculaba estrechamente la inmigración con las necesidades del mercado de trabajo. La regulación reglamentaria de esta norma legal vino a reforzar, si cabe, este escenario de arbitrariedad, resultando un sistema excesivamente rígido, donde la política sancionadora desembocaba generalmente en la expulsión. La posibilidad de la reagrupación familiar ni siquiera estaba contemplada, puesto que se entendía que la inmigración tenía un carácter totalmente transitorio<sup>17</sup>.

Pero, como sabemos, la situación económica de España mejoraría notablemente a principios de los 90, lo que unido al afianzamiento de la estabilidad política como consecuencia de la necesidad de converger con Europa, influyó directamente en la necesidad de mano de obra en sectores a los que se asoció la inmigración. Durante esta fase se dieron tres procesos extraordinarios de regularización de extranjeros (1986, 1991 y 1996) y se inició la convocatoria anual de un contingente o cupo de entrada de trabajadores. Sin embargo, la realidad migratoria hacia mediados de los 90 superaba día a día las previsiones de la norma, lo que provocó en febrero de 1996 la derogación del anterior reglamento de 1986, reuniéndose las disposiciones normativas dictadas en los últimos años y concretándose los derechos de las personas extranjeros y algunas cuestiones relacionadas con la integración<sup>18</sup>.

En 1996, la inmigración constituía ya un rasgo estructural del país, revelándose la Ley de 1985 totalmente incapaz de dar respuesta al progresivo aumento de los flujos migratorios, así como al entonces incipiente tráfico organizado de personas o a los mecanismos de vigilancia fronteriza, consecuencia de la incorporación española al espacio Schengen en 1991. El continuo

---

17 Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

18 Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

crecimiento de extranjeros en situación administrativa irregular originado, en buena parte, por los altos índices de economía sumergida en un contexto de fuerte demanda de mano de obra, unido a una normativa de extranjería que más bien dificultaba la entrada legal, fueron los rasgos que vinieron a constatar algunos de los elementos clave del modelo español y su futuro desarrollo a nivel jurídico-normativo.

La segunda etapa comienza con la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE), la cual incorporaba en su enunciado una alusión directa a la integración social de las personas extranjeras en España<sup>19</sup>. Pero no será hasta la reforma de 2009 –que es cuando da comienzo el tercer ciclo– cuando se incorpore un precepto que regule específicamente esta cuestión. Esta norma avanzaba en las líneas marcadas por el Programa Europeo de Tampere de 1999, el cual apostaba por una política de integración dirigida a conceder a las y los extranjeros residentes legales, derechos y obligaciones comparables a los de la ciudadanía comunitaria, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural, y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia.

En cuanto a la concreción de los derechos de las personas extranjeras, esta norma supuso un importante avance con respecto a la regulación anterior, pues en ella se visualizaba también al extranjero en situación administrativa irregular, reconociéndole derechos como la educación o la asistencia sanitaria, y alejándose de su mera visión como potencial sujeto de expulsión<sup>20</sup>.

---

19 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

20 Solanes Corella, Ángeles, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, No. 90, págs. 77-100.

La Ley de 2000 fue modificada en tres ocasiones antes de la importante reforma de 2009, todas bajo un gobierno en el que el partido popular ostentaba la mayoría absoluta, lo que da una idea no sólo de la velocidad con la que cambiaba el panorama migratorio en España, sino también de la incapacidad del ejecutivo para anticipar estos cambios y legislar con una visión más a largo plazo. Durante esta etapa se produjeron otros tres procesos de regularización de extranjeros, que coincidieron con reformas legales o reglamentarias, uno en el 2000, otro en 2001 y el tercero y último en 2005.

El gran salto cualitativo dentro de esta segunda etapa se produce con el cambio de gobierno tras las elecciones generales de 14 de marzo de 2004. Una de las primeras cuestiones que abordó el ejecutivo socialista fue la aprobación de un nuevo reglamento en materia de extranjería que derogó el anterior, de 2001, con las enormes dificultades que ello suponía al tener que limitarse al estrecho marco que proporcionaba la vigente Ley Orgánica. Esta normativa de desarrollo se aprobó con un altísimo grado de concertación entre las diferentes fuerzas políticas, los agentes sociales y las organizaciones no gubernamentales<sup>21</sup>.

La tercera de las etapas señaladas comienza con la reforma de la LODYLE operada por la Ley Orgánica 2/2009<sup>22</sup>. La necesidad de la misma vino determinada por la falta de trasposición al ordenamiento español de algunas directivas europeas y por la urgencia de adaptar la ley a la nueva realidad migratoria. Además, había que incorporar a la norma los últimos pronunciamientos del

---

21 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

22 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Tribunal Constitucional. De forma expresa, esta Ley declaraba en su exposición de motivos que sus objetivos serían ordenar los flujos migratorios laborales reforzando el vínculo entre la capacidad de acogida de trabajadores y las necesidades del mercado, aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, adaptar la normativa al marco competencial introducido por los nuevos Estatutos de Autonomía y fortalecer las políticas de integración de inmigrantes. Actualmente se encuentra vigente la última reforma reglamentaria en materia de extranjería, operada por el gobierno socialista en 2011, y que apenas ha sufrido modificaciones hasta el día de hoy. Ello demuestra, en buena medida, el enorme consenso alcanzado para la redacción de esta normativa y su flexibilidad para adaptarse a los nuevos tiempos y ciclos de las migraciones laborales<sup>23</sup>.

### **c. Un discurso político unitario**

En el caso español se logró finalmente, un marco normativo consensuado, coherente, eficaz y lo suficientemente flexible en materia de inmigración y extranjería. Pero otra de las claves que fue definitiva para que en este país se preservara la paz social ante la llegada masiva de flujos migratorios, fue la de unificar el discurso político.

Durante la década que abarca desde 1998 a 2008, se produjeron en España tres procesos electorales generales (2000, 2004 y 2008), quince procesos electorales autonómicos y tres municipales. Las alternancias de gabinetes y los cambios de ideología política a cargo de los diferentes gobiernos centrales, autonómicos y locales fueron múltiples y muy dispares en ese tiempo, pero cabe adelantar que las legítimas diferencias

---

23 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

entre opciones políticas no pudieron asociarse nunca a miradas irreconciliables acerca del tratamiento público de la inmigración.

La máxima constancia de ello se experimentó durante el período 2004-2011. Con un gobierno de corte socialista a nivel nacional y gobiernos de todos los colores a nivel autonómico, se puso de manifiesto que existía un amplio margen de coincidencia. Salvando las diferencias lógicas entre estrategias y discursos más o menos opuestos en casi todas las materias, en el tema de la inmigración y su tratamiento se dio prioridad a la creación de un espacio para el acuerdo político y social sobre los ejes que debían presidir el desarrollo de una política pública migratoria, en consonancia con el volumen de personas extranjeras que residían en España. Lo más destacable fue el altísimo nivel de consenso alcanzado entre los diversos actores que participaban en la construcción de las políticas migratorias y la generación, en consecuencia, de un discurso eminentemente proactivo en torno al tema.

De los dos tipos de discurso político hacia los que podría haber derivado el tema de la inmigración como proceso de cambio histórico en España, se optó desde un principio, de manera generalizada e independientemente de la fuerza política gobernante y del ámbito territorial de alcance, por el argumental que se enfocaba en la idea de un futuro multicultural (frente al pasado monocultural), asumiendo la irreversibilidad del proceso y buscando conformarlo como marco para orientar los cambios de la sociedad<sup>24</sup>.

Frente a la concepción de la inmigración como fuente de conflicto y preocupada por las alteraciones que podría suponer

---

24 Zapata-Barrero, Ricard, “La política del discurso sobre la inmigración en España”, en: *El discurso político en torno a la inmigración en España y en la Unión Europea*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, No. 16. Ministerio de Trabajo e Inmigración, España, 2008, págs. 117-160.

el proceso de llegada de inmigrantes en todas las esferas de vida, se optó por la que aspiraba a proporcionar a las personas recursos e instrumentos para gestionar dichos conflictos. Frente a la concepción que podría interpretar este trance como algo negativo o como una amenaza potencial para los intereses de las personas autóctonas, se impuso aquella que lo explicaba como una oportunidad histórica y como un reto que había que afrontar porque formaba parte del proceso de socialización en el que estaba envuelta la sociedad española.

La convergencia del discurso no sólo se percibió entre los diferentes partidos políticos con representación parlamentaria, sino también con el resto de actores intervinientes en la elaboración de las políticas migratorias y en la construcción de la convivencia y la paz social. Estos actores fueron la administración pública, los agentes sociales, las instituciones y asociaciones del sector privado y la sociedad civil organizada. Desde los inicios de la formación del discurso los puntos coincidentes podrían resumirse así:

1. Un sistema de reconocimiento centrado básicamente en la naturaleza del fenómeno –como resultado inevitable–, enmarcado dentro del proceso más amplio de globalización, inabarcable, estructural e incapaz de previsión. Una situación que consolidaba a España como tierra de acogida donde la mayoría de los inmigrantes que venían se querían quedar a vivir.
2. Un acuerdo tácito sobre que se trataba de una política de Estado, lo que implicaba que se compartía la voluntad de que la inmigración no fuera objeto de controversia entre partidos políticos. También un consenso sobre que se estaba ante una política multinivel que requería de actuaciones integrales que implicaban al conjunto de los ámbitos sectoriales (vivienda, salud, educación, servicios sociales, etc.).

3. Una inquietud común acerca de lo reprochable del electoralismo en materia de inmigración, siendo constante el deseo de evitar la “alarma social” y un quiebre entre partidos ante un fenómeno tan sensible.
4. Una percepción compartida en cuanto a que, frente a la distancia que se suele producir entre la realidad del fenómeno y las normas y políticas que se aplican, se debían hacer esfuerzos de conexión entre la normativa y la realidad del momento, a la vez que se buscaban medidas a largo plazo.
5. Una voluntad compartida de entender el marco proporcionado por la UE como contexto para legitimar las innovaciones políticas que se proponían, partiendo del supuesto de que todo lo que venía de la UE era positivo para la gestión del proceso.<sup>25</sup>

Por supuesto que en todo este panorama no faltaron las voces críticas sobre la dimensión utilitarista de la política de inmigración española, las cuales se ocuparon de denunciar las medidas adoptadas, muchas veces de manera improvisada y perentoria, para afrontar los flujos migratorios. Desde múltiples ámbitos se puntualizó y se matizó tanto el discurso político como su plasmación en actuaciones concretas, como no podía ser de otra manera. Pero lo bien cierto es que en las grandes líneas del discurso, en sus aspectos raíces y originales, en sus concepciones elementales, todos se pusieron implícitamente de acuerdo.

---

25 Moreno Maestro, Susana, “Políticas de integración y derechos culturales. Los planes de inmigración de la Junta de Andalucía”, *Alteridades*, vol. 20 (40), 2010, págs. 35-48.

### 3. La convergencia con las políticas europeas de integración de inmigrantes

Las políticas de inmigración han ocupado un lugar cada vez más destacado tanto en la agenda española como en la europea, desde mediados de los años 90 del siglo pasado, específicamente con la elaboración de una política común europea de inmigración y asilo a partir del Programa de Tampere de 1999. El discurso político que se ha construido en la UE respecto de la dimensión cultural de la integración –la integración cívica– ha introducido un debate legítimo que parecía necesario desde distintos puntos de vista. Durante la etapa comprendida entre los años 1998 y 2008, el tema de la integración de las personas inmigrantes alcanzó cotas muy elevadas de importancia y visibilidad, no sólo en el discurso político sino también en el conjunto de las instituciones y organismos, públicos y privados, y en el movimiento social<sup>26</sup>.

Como ya se ha visto, en España las diversas reformas legislativas del período 1996-2006 facilitaron la formación de un discurso político diferenciado entre los partidos con representación parlamentaria – con un importante cambio alrededor del año 2000 enmarcado en un contexto de aceleradas transformaciones demográficas, económicas e institucionales. Pero en ambos procesos (europeo y español), lo esencial es que la inmigración adquirió un protagonismo inusitado y se percibió como uno de los asuntos prioritarios de la agenda política de las instituciones<sup>27</sup>.

---

26 Català i Bas, Alexandre H., et al., *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*. Iustel, Madrid, 2009, pág. 45.

27 Pérez Solá, Nicolás, et al., “Ciudadanía cívica e integración de la inmigración en la Unión Europea”, en: *Inmigración e integración: un reto europeo*. Seminarios y Jornadas, memorando OPEX No. 30/2006, Observatorio de política exterior española de la Fundación Alternativas, Zaragoza, 2006, págs. 33-65.

Por su parte, España fue entre 2004 y 2011 uno de los principales países promotores del desarrollo y buen fin de los instrumentos de integración puestos en marcha por la Comisión Europea. La propuesta española durante este período se dirigió a situar la integración de la inmigración entre las prioridades de la agenda política de la Unión, para lo que no se consideró necesario aguardar a un nuevo marco normativo. Los esfuerzos se concentraron en impulsar ante las instituciones comunitarias, los instrumentos ya diseñados pero necesitados de implementación y aplicación. Estos instrumentos, aportados por la propia Comisión, permitieron avanzar en la creación de una ciudadanía cívica integradora en la que tuvieran cabida los inmigrantes residentes, tanto de corta como de larga duración. Además, su desarrollo e implementación se ha hecho extremadamente urgente como fórmula para la incorporación plena de estas personas a la UE, y como mecanismo y método de adquisición de un sentimiento de pertenencia.

La presidencia española del Consejo de la UE, entre enero y junio de 2010, se produjo en un momento crucial en la vida de la Unión: cuando un nuevo tratado señalaba el camino a seguir para fortalecer a Europa en el mundo, cuando la crisis económica y la crisis climatológica obligaban a replantearse el modelo de crecimiento y de creación de empleo de calidad, y cuando las nuevas instituciones se enfrentaban al desafío de conectar con las y los ciudadanos europeos y ensanchar sus derechos. Entre las prioridades de su programa se encontraba el estatuto de la ciudadanía europea del siglo XXI; en el capítulo dedicado a la política pública de inmigración había un apartado expresamente centrado en la integración de las y los inmigrantes en la sociedad europea<sup>28</sup>.

---

28 Urteaga Olano, Eguzki, “Los modelos de integración europea”, *Revista Nómadas*, Mediterranean University Institute, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 26, No. 2, 2010, págs. 17-30.

En este marco se legitimó, en líneas generales, una propuesta política cuyo criterio de referencia era la búsqueda de coordinación y de convergencia con la lógica que seguían los otros Estados miembros. Los valores y principios occidentales, democráticos y liberales formaron también parte del criterio de referencia compartido para legitimar posiciones, apreciándose la idea de que debía exigirse al inmigrante que no tratara de incorporar a la sociedad europea formas de cultura, de religión o de organización social contrarias a los principios de igualdad y de libertad que existen en Europa.

## **Conclusiones y propuestas**

Se advertía más arriba que, efectivamente, no cabe una traslación completa y sin matices de las estrategias que se siguieron en España para conseguir una acomodación pacífica entre la población autóctona, tradicionalmente homogénea, y los miles de personas que llegaban cada día, procedentes de otras culturas y territorios. Sin embargo, y después de la exitosa experiencia vivida en aquel país, no está de más sacar algunas conclusiones y poner sobre la mesa una serie de propuestas que podrían resultar de utilidad en otros lugares que actualmente se encuentran inmersos en procesos similares.

1. Adaptación progresiva de la normativa de extranjería e inmigración con base en los cambios demográficos y las necesidades del mercado laboral, sin olvidar los derechos de todas las personas inmigrantes, independientemente de su estatus jurídico. Esta propuesta debe, necesariamente, ir acompañada de un discurso político esencialmente unánime, enfocado en conseguir la integración y la igualdad de derechos entre la población autóctona y la extranjera. Los intereses esenciales del Estado no pueden vulnerar razones o principios

humanitarios, de manera que los derechos básicos no pueden estar condicionados a una situación administrativa, sino que debe reconocerse que son inherentes a la persona.

La normativa ha de tender a formas garantistas y administrativas alejadas de configuraciones restrictivas y policiales. De un marco legal común con estas características derivan, inevitablemente, razones de Estado y criterios para el diseño de políticas también comunes, que pueden contribuir a la configuración de un discurso político que impregne y cale en las instituciones, en la sociedad y en los medios de comunicación mayoritarios.

2. Visibilización masiva del fenómeno migratorio a todos los niveles (política, universidad, administración pública, medios de comunicación, etc.) y unificación de los enunciados y definiciones en torno al tema, con la obligación de utilizar correctamente el lenguaje desde todas las instancias, organismos, poderes e instituciones. Es imprescindible realizar esfuerzos para lograr en los discursos la erradicación de términos como “legal” e “ilegal” como adjetivo calificativo, y su sustitución por otros como “regular” o “irregular”, referidos más bien a la situación jurídico-administrativa en la que puede encontrarse la persona inmigrante. De igual modo es recomendable una progresiva implementación de enunciados como “nuevos residentes” o “nuevos ciudadanos” en detrimento de otros como “extranjeros” o “clandestinos”.
3. No utilización de la inmigración económica transnacional (o la llegada de personas de otros países con fines laborales) como arma arrojadiza en las campañas electorales, ni tampoco durante los mandatos gubernamentales o en el ejercicio de la oposición política. Todo el discurso político debe hacer que la inmigración se perciba en términos de oportunidad para el

país, y no en términos de peligro o inseguridad. En cuanto al tratamiento de la diversidad de culturas, el discurso político ha de enfocar la inmigración como una fuente de riqueza que forma parte de la normalidad creciente y que debe gestionarse política y socialmente, respetando la diferencia cultural dentro del marco de los valores democráticos.

El poder legislativo debe cumplir, desde la política, una función pedagógica que contribuya a limitar las percepciones negativas y a fomentar un cambio de mentalidad basado en la igualdad de derechos, pero respetando la diferencia de las personas, y a su vez fomentar el diálogo con las redes sociales y la democracia participativa.

4. Reforma de los órganos de la administración pública, de manera que a todos los niveles se aborde la inmigración desde una perspectiva de derechos y transformación de los mercados laborales, alejándola de una perspectiva de seguridad ciudadana. Las competencias en materia de permisos y autorizaciones laborales deben trasladarse a los departamentos de trabajo, y las competencias sobre integración de inmigrantes y gestión de la diversidad deben corresponder a las administraciones más cercanas a la población.
5. Coordinación de las políticas públicas entre todos los niveles administrativos (central, departamental y municipal) y una estrecha colaboración y cooperación entre los organismos e instituciones públicas y privadas. En definitiva, es imprescindible fomentar y propiciar el trabajo en red.
6. Elaboración de planes estratégicos y programas de formación en materia migratoria para las y los operadores de la **rama legislativa** (políticos, altos mandatarios de los diferentes ministerios, gobiernos departamentales y gobiernos locales), de la **rama judicial** (jueces y magistrados de todos los niveles

y categorías judiciales) y de la **rama ejecutiva** (personal de la administración pública, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, etc.). Igualmente es necesaria la puesta en marcha de planes y programas integrales sectoriales de formación para trabajadores y otros operadores de la sanidad, la educación, la justicia, las organizaciones no gubernamentales, etc.

7. Transversalización de la cuestión migratoria y todo lo que ella implica (derechos de los migrantes, principio de igualdad y no discriminación, medidas contra el racismo y la xenofobia, beneficios de la interculturalidad, gestión de la diversidad, etc.) en todas las políticas públicas sectoriales (salud, educación, vivienda, servicios sociales, etc.).
8. Participación activa del tercer sector (asociaciones sin ánimo de lucro, ONG, plataformas y movimientos ciudadanos, etc.) y sociedad civil en general en los procesos legislativos y reglamentarios en materia de extranjería. En este punto no puede caerse en conferir un peso excesivo a la opinión pública. La propuesta es evitar considerarla como un argumento de autoridad que justifique posiciones políticas y darle, por el contrario, un tratamiento desde una perspectiva crítica, cuestionando la existencia de las percepciones que profesa en ciertos supuestos y vinculando sus vertientes negativas a situaciones de desinformación.
9. Creación de fondos específicos, instrumentos, mecanismos, herramientas institucionales y planes estratégicos, tanto para ordenar los flujos migratorios como para facilitar la integración de las personas migrantes.

El fenómeno de la inmigración en España vivió su momento de máximo apogeo durante la década aludida, habiéndose reducido progresivamente su intensidad en los últimos años. Actualmente, el conjunto de la UE enfrenta un reto de proporciones similares

---

pero con la llegada masiva de refugiados y solicitantes de asilo procedentes de diferentes lugares. Se trata de un nuevo desafío que exige la reactivación, la revisión y el mejoramiento del discurso y las políticas europeas y españolas, pero que se enfrenta desde bases sólidamente asentadas sobre los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto no deja de ser una garantía para el buen desarrollo de los acontecimientos presentes y venideros, y para la protección de los derechos de todas las personas afectadas.



# **La protección a los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

*Jesica Paola Gómez Muñoz\**

## **Introducción**

Este artículo tiene como finalidad analizar de qué manera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha protegido los derechos de las personas en situación de discapacidad. En ese sentido, se indagará sobre los estándares desarrollados por este órgano dentro de las diferentes áreas en las que cumple su función de promoción, observancia y defensa de los derechos humanos.

Hace más de una década, la CIDH ha venido estableciendo estándares que deben ser atendidos por los Estados en virtud de la protección a poblaciones vulnerables –como las personas con discapacidad–, a través de diversos mecanismos, entre los que se cuentan el sistema de peticiones y casos, los informes temáticos, las medidas cautelares y las audiencias celebradas en el marco de sesiones ordinarias. Estos criterios van encaminados a que la sociedad reemplace el paradigma con el que se había abordado a las personas con discapacidad, al considerarlos

---

\* Jesica Paola Gómez Muñoz es colombiana, abogada de la Universidad Santiago de Cali, realizó estudios de pregrado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante del grupo de Derechos Humanos de la Universidad Santiago de Cali. Ex participante del 19 th Inter- American Human Rights Moot Court Competition- Washington. D.C.

exclusivamente como objetos de protección y rehabilitación. Actualmente se pretende lograr el empoderamiento de quienes enfrentan condiciones de discapacidad relacionadas con factores contextuales, con ayuda de la población civil, organizaciones no gubernamentales y diferentes actores, para lograr su reivindicación como sujetos de derechos.

Esta labor ha sido desarrollada por la CIDH incluso desde antes de que se contara en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) con un instrumento especializado en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad. Sin embargo, denota un gran avance la consagración de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS), donde ésta se define en el marco de un entorno económico y social.

Se hace necesario analizar estos estándares, pues como advirtió la CIDH en su informe anual del año 2010, existe un desconocimiento en América sobre los estándares y las normas que protegen a las personas con discapacidad por parte del funcionariado estatal, la población civil y la sociedad en general.

## **1. Estándares establecidos dentro del sistema de peticiones y casos**

### **a. Informes de fondo**

La CIDH ha emitido tres informes de fondo que se refieren a los derechos de las personas en situación de discapacidad. El primero de ellos data de 1999, y se refiere al caso de Víctor Rosario Congo vs. Ecuador. En él se analizó la situación de la víctima, quien padecía una discapacidad mental pero se

encontraba recluido en un centro de detención para presos comunes, lugar en el que fue sometido a un régimen de aislamiento, además de ser agredido reiteradamente por un oficial que estaba a cargo de su custodia. En esta oportunidad, la CIDH pudo corroborar la situación mental de la víctima, quien padecía una psicosis carcelaria y como consecuencia de ello había desarrollado un cuadro de tinte psicótico. Víctor Rosario Congo falleció al encontrarse en estado de deshidratación y después de que se ordenara su traslado en cuatro oportunidades, a diversos hospitales<sup>2</sup>.

El segundo informe de fondo fue presentado en 2013. En éste la CIDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la condena a pena de muerte para las personas en situación de discapacidad, cuestión bastante controvertida en cuanto a su imposición y vigencia en los países integrantes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), pues en la actualidad la mayor parte de los Estados ha abolido la pena de muerte de su sistema jurídico. Este informe, el No. 52/13, se refiere a los casos 11.575, 12.333 y 12.341, y analiza la violación por parte de Estados Unidos a los artículos I, II, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en perjuicio de dieciséis víctimas que fueron condenadas a pena de muerte en seis estados de su territorio. Esto ocurrió mientras eran beneficiarias de medidas cautelares otorgadas por la CIDH. De las víctimas ejecutadas, siete tenían un grado de discapacidad mental, situación conocida por las autoridades de dichos estados<sup>3</sup>.

---

2 CIDH, Informe No. 63/99, Caso 11.427, Víctor Rosario Congo vs. Ecuador, 13 de abril de 1999.

3 CIDH, Informe No. 52/13 (Casos 11.575, 12.333 y 12.341, Clarence Allen Lackey y otros, Miguel Ángel Flores, y James Wilson Chambers vs. Estados Unidos), fondo, 15 de julio de 2013.

El tercer informe fue emitido en el 2014, el No. 44/14, y se refiere también a una condena a pena de muerte para una persona en situación de discapacidad. En esta oportunidad los hechos se refieren a Edgardo Tamayo Arias, persona con discapacidad mental e intelectual, quien durante su adolescencia había sufrido una lesión cerebral de la que resultó un comportamiento explosivo acompañado de ira, y a quien en prisión se le diagnosticó un trastorno explosivo intermitente. Esta situación resultaba agravada por el constante abuso de sustancias psicoactivas. Todo esto llevó a que la víctima cometiera un delito de asesinato capital, del que resultó su condena a la pena de muerte. Edgardo Tamayo se encontraba privado de la libertad en el estado de Texas y fue ejecutado el 22 de enero de 2014<sup>4</sup>.

***i. Estándares sobre el derecho a la integridad personal de las personas con discapacidad mental***

La primera oportunidad en que la CIDH consideró pertinente emplear estándares especiales para tratar los casos de las personas con discapacidad mental se presentó con el informe No. 63/99. En esta ocasión interpretó las garantías consagradas en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que se refieren al derecho de integridad personal –física, psíquica y moral– a la luz de los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención a la salud mental”. Este análisis atiende el derecho de las personas con discapacidad mental de acceder a una atención médica eficaz, como presupuesto efectivo del derecho a la integridad personal.

Estos principios fueron adoptados en el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, por

---

4 CIDH, Informe No. 44/14, Caso 12.873, Edgar Tamayo Arias vs. Estados Unidos, fondo, 17 de julio de 2014.

la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Representan un parámetro para que “todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, sean tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente a la persona humana”<sup>5</sup>. Precisamente, respecto de estos principios la CIDH expresó que “son considerados el estándar más completo de los derechos de las personas con discapacidad mental a nivel internacional”<sup>6</sup>. Resalta que en el documento de la ONU se indica que “todas las personas tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social”<sup>7</sup>.

Aquí es menester traer a colación la interpretación que del derecho a la integridad personal ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ésta lo ha interpretado como una norma que pertenece al dominio del *ius cogens*<sup>8</sup>, es decir, es una norma que no es susceptible de acuerdo en contrario pues ha sido concebida como norma imperativa, connotación otorgada al considerar este tipo de normas como “el mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado”<sup>9</sup>.

---

5 ONU, Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991, Principio No. 1.3. Disponible en: <<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Principios%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20enfermos%20mentales.pdf>>, a noviembre del 2015.

6 CIDH, Informe No. 63/99... párr. 54.

7 ONU, Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental... Principio No. 1.3.

8 Corte IDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C No. 237, párr. 50.

9 Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2003, pág. 195.

El análisis que hace la CIDH a fin de establecer el real cumplimiento por parte de los Estados a esta obligación convencional, se presenta en el contexto de los diferentes centros de detención y rehabilitación, o cualquier institución que este bajo la jurisdicción del Estado, pues éste debe asegurar la integridad personal de todas las personas que se encuentren en estas instituciones. En este sentido, y conforme a las normas de interpretación a las que se refiere el artículo 29 de la CADH, en el mismo informe la CIDH se remite a lo pronunciado por la antigua Comisión Europea, que consideró que “el encarcelamiento de un discapacitado mental bajo condiciones deplorables y sin tratamiento médico puede considerarse como un tratamiento inhumano o degradante”<sup>10</sup>.

Es pertinente recordar que, dentro de sus funciones de defensa de los derechos humanos, la CIDH se ha remitido a estándares internacionales e instrumentos ajenos al SIDH ya que el tratamiento de los derechos humanos debe ser analizado en un contexto amplio, que no atienda simplemente a cuestiones regionales<sup>11</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores referencias, la CIDH ha desarrollado los siguientes estándares para la protección del derecho a la integridad de las personas en situación de discapacidad:

1. “Debido a su particular situación de vulnerabilidad, los Estados tienen un especial deber de protección respecto a las personas con discapacidad mental”<sup>12</sup>.

---

10 CIDH, Informe No. 63/99, Caso 11.427... párr. 66.

11 CIDH, Informe No. 52/13...

12 *Ibidem*, párr. 211.

2. “Las personas que padecen de discapacidad mental no se encuentran en condiciones de manejar su propia persona”<sup>13</sup>.
3. Mantener bajo custodia a una persona con discapacidad, sin brindarle tratamiento médico, constituye una violación a los derechos establecidos en la CADH<sup>14</sup>.
4. De conformidad con los estándares internacionales, todo establecimiento penitenciario deberá prestar servicios médicos<sup>15</sup>.

Estos estándares pueden analizarse bajo un enfoque de capacidades, el cual ha sido desarrollado como una respuesta a las desigualdades naturales entre las personas. Éstas diferencias deben ser compensadas, es decir, las personas con discapacidad requieren de la adopción de medidas positivas que les permitan desenvolverse en diversos aspectos de la vida y que tengan como pilar el respeto hacia la dignidad humana y la libertad, en el marco del deber especial de protección que tienen los Estados a favor de las personas con discapacidad.

Una definición precisa de este enfoque lo describe como “ese conjunto de capacidades mediante las cuales la persona logra los *seres* o *haceres* básicos que necesita para su desarrollo y que estarían dispuestas a adoptar como parte de una sociedad justa y digna”<sup>16</sup>. En este sentido, brindar un tratamiento médico acorde con los estándares internacionales es un desarrollo de este enfoque que atiende a las capacidades y circunstancias

---

13 CIDH, Informe No. 63/99, Caso 11.427... párr. 82.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

16 Reyes Torres, Amaury A., “La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el enfoque de las capacidades: de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades”, *American University International Law Review*, 30 (págs. 249-284), 2015, pág. 252.

particulares de las personas con discapacidad, pues “permite examinar los distintos tipos de capacidades, grados o distinciones, y si estas, tal como están desplegadas en cada persona resultan ser suficientes para el desarrollo de su bienestar y el disfrute de oportunidades como entes sociales”<sup>17</sup>.

## **ii. Estándares sobre aislamiento de personas con discapacidad**

De acuerdo al análisis de la CIDH, el aislamiento celular constituye una forma de trato cruel e inhumano<sup>18</sup>. De igual manera, la Corte IDH ha manifestado que

[...] el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano<sup>19</sup>.

El aislamiento ha sido considerado como una práctica violatoria de los derechos humanos. Incluso el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ha advertido su preocupación al respecto, pues en diversas ocasiones el aislamiento es utilizado de manera prolongada. Esta situación, aunada a la escasa regulación sobre la materia, conlleva a que se constituyan –no en pocas ocasiones– en tratos crueles, inhumanos o degradantes, e inclusive tortura, que atentan contra el derecho

---

17 *Ibidem*, pág. 261.

18 CIDH, Informe No. 63/99...

19 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 156.

de la integridad personal de las personas<sup>20</sup>. Así, en el análisis sobre la práctica de aislamiento, la CIDH se remite a varios estándares internacionales para establecer las pautas que deben ser tenidas en cuenta por los Estados al momento de someter a una persona a este régimen, más aún cuando se trata de una persona en situación de vulnerabilidad, como lo son las personas en situación de discapacidad.

En su informe No. 63/99, la CIDH señala como parámetro las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social. Estas reglas consagran en su cuerpo normativo una disposición para los reclusos alienados y enfermos mentales, estableciendo que estas personas no deberán estar recluidas en instituciones penitenciarias, pues deben ser dirigidas a centros especializados donde se cuente con las condiciones necesarias para un tratamiento médico o psiquiátrico, en caso de ser necesario<sup>21</sup>.

En el informe No. 52/13 se tuvo en cuenta la “Declaración de Estambul sobre el uso y los efectos del aislamiento solitario”, aprobada el 9 de diciembre de 2007, durante el Simposio Internacional sobre el Trauma Psicológico en Estambul. En su contenido se define esta práctica como el aislamiento físico de una persona en su celda de 22 a 24 horas, advirtiendo el impacto negativo sobre la salud mental de las personas que son sometidas a un régimen de aislamiento solitario de manera prolongada<sup>22</sup>.

---

20 Shalev, Sharon, *Libro de referencia sobre aislamiento solitario*. University of Oxford, Oxford, 2008.

21 ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, 13 de mayo de 1977. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>>, a noviembre de 2015.

22 ONU, Declaración de Estambul sobre la Utilización y los Efectos de la Reclusión

La CIDH, de acuerdo con sus “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, ha manifestado que esta práctica sólo se permitirá como

[...] una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones<sup>23</sup>.

Con base en lo anterior y del análisis realizado, los principales estándares desarrollados por la CIDH en materia de aislamiento celular para las personas en situación de discapacidad son:

1. El aislamiento celular sólo deberá emplearse como último recurso en casos excepcionales y durante un tiempo breve<sup>24</sup>.
2. La circunstancia de estar sometido a régimen de aislamiento se ve agravada cuando concurren situaciones de abandono, en las cuales no se pueden satisfacer las necesidades básicas de una persona en situación de discapacidad mental<sup>25</sup>.
3. “La incomunicación de un discapacitado mental en una institución penitenciaria, puede constituir una violación aún más grave de la obligación de proteger la integridad física,

---

en Régimen de Aislamiento, 9 de diciembre de 2007.

23 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio XXII, 3 marzo de 2008. Disponible en : <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>>, a noviembre de 2015.

24 CIDH, Informe No. 52/13...

25 CIDH, Informe No. 63/99...

psíquica y moral de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado”<sup>26</sup>.

4. El Estado debe garantizar la vida y la salud de las personas sobre quienes ejerce un control completo cuando se hallan bajo su custodia<sup>27</sup>.

### ***iii. Estándares sobre la condena a pena de muerte contra personas en situación de discapacidad***

Al derecho a la vida se le ha otorgado un carácter supremo y fundamental, ya que es considerado la condición previa para la realización de los demás derechos. Por ello reviste especial importancia en la CADH, que lo considera en su artículo 4<sup>28</sup>. Precisamente por esta razón existe consenso en cuanto al rechazo de las condenas a pena de muerte hacia las personas con discapacidad, en virtud de los deberes especiales de protección que reclama esta población vulnerable, más aún cuando son los Estados quienes ostentan una posición de garante frente a las personas que se encuentran bajo su custodia a través de diversas instituciones penitenciarias.

Justamente en los informes No. 44/14 y 52/13 la CIDH se ha referido al derecho de toda persona con discapacidad mental e intelectual a no ser condenada a pena de muerte. En su análisis sobre esta cuestión, la CIDH se remitió al estándar desarrollado en las “Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte” de la ONU, que señalan la prohibición de condena a pena de muerte a personas

---

26 *Ibidem*, párr. 58.

27 *Ibidem*.

28 Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.

que hayan perdido la razón<sup>29</sup>. Estas garantías permitieron a la CIDH precisar que:

Teniendo en cuenta el carácter supremo del derecho a la vida y el nivel de escrutinio más riguroso requerido en casos que involucran la pena de muerte, la Comisión Interamericana considera que las personas con discapacidad mental no pueden ser sometidas a la pena capital, debido a que estas personas no tienen la capacidad de comprender la razón o consecuencia de la ejecución<sup>30</sup>.

Al respecto de esta posición adoptada por la CIDH, es pertinente puntualizar que, para el momento en que se emitieron los informes indicados, no se había desarrollado en detalle el modelo social para abordar a las personas en situación de discapacidad. Hoy en día, considerar que las personas con discapacidad no son capaces “de comprender la razón o consecuencia de la ejecución” contraviene los propósitos encaminados a lograr una plena integración de estas personas en la sociedad, en la medida que esta integración implica reconocerlas como sujetos plenos de derechos. Así, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se considera que éstas “tienen derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”<sup>31</sup>.

---

29 ONU, Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte, Consejo Económico y Social, 25 de mayo de 1984. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DeathPenalty.aspx>>, a noviembre de 2015.

30 CIDH, Informe No. 52/13... párr. 218.

31 ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>, a noviembre de 2015.

De igual manera, la CIDH acoge lo pronunciado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, quien indicó que:

El derecho internacional considera que la imposición y la ejecución de la pena de muerte en el caso de las personas con discapacidad mental como especialmente cruel, inhumano y degradante y una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura<sup>32</sup>.

En su informe No. 44/14, la CIDH manifestó que

[...] si bien la Declaración Americana no prohíbe expresamente la imposición de la pena de muerte, en el caso de las personas con discapacidades mentales e intelectuales, esta práctica resulta violatoria de los derechos y principios básicos reconocidos en los artículos I y XXVI de la Declaración Americana<sup>33</sup>.

Como corolario de lo anterior, se desarrollaron los principales estándares interamericanos en materia de prohibición de la pena de muerte para las personas con discapacidad. Éstos pueden resumirse así:

1. Las personas con discapacidad mental no pueden ser condenadas a pena de muerte.
2. No importa si una persona que no presentara síntomas de discapacidad mental es condenada a pena de muerte, siempre y cuando esta patología se manifieste al momento de la ejecución de dicha pena, la misma no podrá ejecutarse<sup>34</sup>.

---

32 CIDH, Informe No. 44/14...

33 *Ibidem*, párr. 152.

34 CIDH, Informe No. 52/13...

Así mismo, la CIDH ha establecido que en el marco del deber de protección a las personas con discapacidad mental, los Estados tienen las siguientes obligaciones:

En los casos de pena de muerte, de contar con procedimientos para identificar a aquellas personas acusadas o condenadas que tengan una discapacidad mental. Los Estados tienen además la obligación de revelar todo registro o información en su poder relativos a la salud mental de una persona acusada de un delito punible con la pena capital. Asimismo, el Estado debe proveer a todo acusado indigente los medios necesarios para realizar una evaluación independiente de su salud mental, lo cual debe ser realizado de manera oportuna<sup>35</sup>.

## **b. Informes de admisibilidad**

Actualmente existen en la CIDH siete casos relativos a personas en situación de discapacidad que se encuentran pendientes de resolver en su etapa de fondo, pero que han sido objeto de pronunciamientos en cuanto a su admisibilidad por parte de la CIDH. Si bien es cierto que no se han desarrollado estándares propiamente mediante este mecanismo, pues no corresponde ahí referirse a cuestiones de fondo, se hace necesario conocer los hechos que originaron estos informes en virtud de que, mediante este mecanismo, la CIDH cumple su mandato de protección a los derechos humanos.

El primer informe fue emitido en el año 2009, cuando la CIDH declaró admisible la petición presentada por Wellington Geovanny Peñafiel y Miguel Ángel Redrobán, quienes alegan la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la presunta violación a las garantías judiciales, la violación del

---

35 *Ibidem*, párr. 219.

derecho a no ser detenido sin orden judicial y del derecho a la defensa de Wellington Geovanny –quien prestó sus servicios para la Policía Nacional en el Regimiento Guayas, y que padecía una discapacidad mental– como consecuencia de haber realizado un curso de protección de fronteras durante los años de 1997 y 1998<sup>36</sup>.

Los hechos de este caso se enmarcan en el contexto de una detención a Wellington Geovanny en la Unidad de Investigaciones Especiales de la Policía Nacional, por haberse llevado una motocicleta de un compañero de trabajo para presionarlo para que le pagara una deuda, situación por la que luego se disculpó posteriormente pues, debido a sus síntomas psicóticos, en algunas ocasiones comete actos sin conciencia y voluntad. Debido a este acto y como represalia de su compañero, estuvo detenido por 30 días sin orden judicial; posteriormente fue dado de baja por el Tribunal de Disciplina de la Policía Civil Nacional, sin que este tribunal tuviera en cuenta su situación de discapacidad mental<sup>37</sup>.

El segundo informe también fue presentado en el 2009, y se originó en una denuncia de la Asociación de Miskitos Hondureños de Buzos Lisiados (AMHBLI), la Asociación de Mujeres Miskitas Miskitu Indian Mairin Asla Takanka (MIMAT) y el Consejo de Ancianos Almuk Nani Asla Takanka, representados por Arquímedes García López, Cendela López Kilton y Bans López Solaisa, a su vez en representación del pueblo indígena *miskitu* del departamento de Gracias a Dios, por la presunta responsabilidad internacional del Estado de Honduras en perjuicio de los buzos del pueblo *miskitu*. El caso se refiere a la falta de supervisión de las condiciones de trabajo

---

36 CIDH, Informe No. 73/09, petición 4392-02, admisibilidad, Wellington Geovanny Peñafiel Párraga vs. Ecuador, 2009.

37 *Ibidem*.

de quienes se dedican a la pesca submarina en Gracias a Dios, ya que los habitantes del pueblo *miskitu* son objeto de explotación laboral que les ha generado discapacidades físicas severas e irreversibles<sup>38</sup>.

El tercer informe, No. 141/10, fue emitido en el año 2010, a efectos de examinar la presunta violación por parte del Estado de Ecuador a los derechos consagrados en los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la CADH, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la CADH y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Luis Eduardo Guachalá Chimbó, quien fue llevado el 10 de enero de 2004 al Hospital Público Psiquiátrico “Julio Endara” de la ciudad de Quito, tras padecer una crisis y de quien se informó por parte del hospital, no se tuvo conocimiento, pues desapareció el 17 de enero. En este caso, los peticionarios manifiestan que el recluir a una persona en situación de discapacidad mental en un hospital público, deviene para el Estado una posición de garante frente a quienes se encuentran allí internadas<sup>39</sup>.

El cuarto informe también se emitió en el 2010, y se refiere a una petición presentada el 8 de noviembre de 1994 por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos. En ella se alega la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por las presuntas violaciones a los derechos consagrados en la CADH, cometidas en perjuicio de María Zambrano, quien padecía trastornos mentales. Los hechos del caso se refieren a un proceso penal adelantado contra la presunta víctima, del cual se expone, fue adelantado en el marco de una detención ilegal, permaneciendo en prisión preventiva por más de cinco años<sup>40</sup>.

---

38 CIDH, Informe No. 121/09, petición 1186-04, admisibilidad, Opario Lemoth Morris y otros (buzos miskitos) vs. Honduras, 12 de noviembre de 2009.

39 CIDH, Informe No. 141/10, petición 247-07, admisibilidad, Luis Eduardo Guachalá Chimbó vs. Ecuador 1 de noviembre de 2010.

40 CIDH, Informe No. 142/10, caso 11.513, admisibilidad, María Zambrano vs. Ecuador, 1 de noviembre de 2010.

En el año 2011, la CIDH emitió el informe No. 13/12, el quinto concerniente a las personas en situación de discapacidad, originado en una denuncia presentada por el sindicato de empleados del Ministerio de Hacienda, Luis Fernando Guevara y María de los Ángeles Díaz, tutora de Luis Fernando, contra el Estado de Costa Rica, por las violaciones a disposiciones consagradas en la CADH y al artículo 18 de la Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador<sup>41</sup>. Los hechos del caso se refieren a la presunta vulneración de los derechos de Luis Fernando Guevara, quien habría sido discriminado en razón de su discapacidad, y despedido de un cargo que desempeñó en el Ministerio de Hacienda de Costa Rica durante aproximadamente ocho años. En este caso los peticionarios manifestaron que el señor Guevara Díaz participó en un concurso de nombramiento para el cargo que ocupaba, efectuándose pruebas preliminares distintas en razón a su discapacidad. Sin embargo, finalmente no fue elegido, a pesar de que obtuvo el mayor puntaje en las pruebas. Se pone de manifiesto cómo en el proceso de nombramiento su jefe inmediato adujo cuestiones de retardo mental y bloqueo emocional<sup>42</sup>.

La CIDH emitió un sexto informe sobre el tema objeto de análisis, el informe No. 94/13, en el caso de los pacientes del Servicio de Psiquiatría del Hospital Santo Tomás, a fin de decidir si el Estado de Panamá vulneró los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la CADH, en concordancia con el artículo 1.1. En esta oportunidad, la CIDH manifestó que tomaría en cuenta las distintas protecciones establecidas respecto a

---

41 CIDH, Informe No. 13/12, petición 1064-05, admisibilidad, Luis Fernando Guevara Díaz vs. Costa Rica, 20 de marzo de 2012.

42 *Ibidem*.

personas con discapacidad mental internadas en instituciones. El caso se relaciona con diez pacientes de la Sala 25 del Servicio de Psiquiatría del Hospital de Santo Tomás, quienes fueron víctimas de malos tratos y negligencias médicas por parte de sus funcionarios y, como consecuencia, dos pacientes fallecieron. Otra paciente de dicho hospital, quien padece de una discapacidad mental, Melany, fue condenada a 28 años de prisión por el delito de homicidio agravado<sup>43</sup>.

El último informe de admisibilidad relativo a personas en situación de discapacidad, el informe No. 56/14, se refiere a la presunta responsabilidad internacional del Estado de Honduras como consecuencia del uso excesivo de la fuerza por parte de agentes del Estado en contra de Ronald Jared Martínez Velásquez, Jorge Roberto Martínez y Marlon Fabricio Hernández. Los hechos del caso se remontan al 20 de julio de 2002, cuando el peticionario, Jorge Robledo Martínez, manejaba un vehículo en sentido contrario a la vía. En dicho vehículo se encontraban su hijo Ronald Jared Martínez, de 10 años, y el hijo de una vecina, Marlon Fabricio Hernández, de 5 años. Como consecuencia de esto, integrantes de una patrulla conformada por agentes de la Policía y del Ejército Nacional dispararon seis tiros, de los cuales resultó gravemente herido el niño Ronald Jared Martínez, adquiriendo como consecuencia una discapacidad física, por presentarse un cuadro de paraplejia irreversible<sup>44</sup>.

---

43 CIDH, Informe No. 94/13, petición 790-05, admisibilidad, Pacientes del Servicio de Psiquiatría del Hospital Santo Tomás vs. Panamá, 4 de noviembre de 2013.

44 CIDH, Informe No. 56/14, petición 886-04, informe de admisibilidad, Ronald Jared Martínez y familia y Marlon Fabricio Hernández Fúnez vs. Honduras, 21 de julio de 2014.

## **2. Estándares establecidos en de las diversas medidas de protección**

Las medidas de protección son los diversos mecanismos mediante los cuales la CIDH protege los derechos humanos. Entre éstas se encuentran las medidas cautelares, el mecanismo de solución amistosa y los diversos informes temáticos o de países. Han sido utilizadas por los órganos del SIDH y “especialmente por la CIDH, para garantizar el desarrollo adecuado de una investigación en el análisis de un caso individual”<sup>45</sup>. A continuación se delinearán los mecanismos mediante los cuales se ha protegido a las personas con discapacidad.

### **a. Medidas cautelares**

Mediante el mecanismo de medidas cautelares, consagrado en el artículo 25 de su Reglamento, la CIDH ha protegido de posibles violaciones a sus derechos humanos a quienes se encuentran en una situación de discapacidad, con la finalidad de que no se genere un daño irreparable a estas personas. Si bien dichas medidas no se encuentran consagradas en la CADH, han sido otorgadas por la CIDH a través de las amplias facultades establecidas por el artículo 41 de este instrumento. Debe recordarse que para utilizar estas medidas, se debe previamente haber constatado la gravedad de la situación, la urgencia de la misma y el inminente riesgo de que se pueda producir un daño irreparable. Estos presupuestos han sido definidos de la siguiente manera:

- a. La “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho

---

45 Barbosa Delgado, Francisco. R., *Litigio interamericano. Perspectiva jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos*. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002, págs. 137 y 138.

protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

- b. La “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y
- c. El “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización<sup>46</sup>.

Precisamente, en dos oportunidades la CIDH ha otorgado medidas cautelares a favor de personas con discapacidad. La primera ocasión tuvo lugar el 17 de diciembre del 2003, cuando se otorgaron a favor de los pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay. Dichas medidas fueron solicitadas debido a que las condiciones sanitarias y de seguridad del hospital en mención eran inhumanas y degradantes; de igual manera, la situación a la que se enfrentaban las mujeres hacía que corrieran el riesgo de sufrir un daño irreparable, toda vez que se corroboró que algunas habían sido víctimas de abuso sexual, lo que en muchas ocasiones dio como resultado un embarazo no deseado. Además, el hospital no contaba con una división de áreas especialmente establecidas para mujeres o niñas, sino que, por el contrario, ellas eran internadas con personas adultas, sin tomar en consideración su sexo. La petición también indica que a Jorge Bernal, de 18 años de edad, y a Julio César Rotela, de 17, se les mantuvo en un

---

46 CIDH, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 25. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2013.pdf>>, a noviembre de 2015.

cuarto de aislamiento sin acceso a servicios sanitarios y que, en la ocasión, ellos se encontraban desnudos<sup>47</sup>.

Estas primeras medidas cautelares otorgadas por la CIDH resultaron de gran utilidad, en tanto que el Estado celebró con posterioridad un acuerdo con los peticionarios a fin de mejorar las condiciones de quienes estaban internados en el Hospital, desarrollando campañas para que la población pueda reintegrarse nuevamente a la sociedad.

En una oportunidad más reciente, el 20 de noviembre de 2012, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 334 personas con discapacidad internadas en el Hospital Federico Mora en Guatemala. La petición de medidas cautelares fue realizada por *Disability Rights International* y la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispo de Guatemala. *Disability Rights International* había solicitado anteriormente las medidas cautelares dirigidas a proteger a las personas internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay, gracias al trabajo constante que realiza sobre la situación de derechos humanos en hospitales psiquiátricos de Latinoamérica.

En esta oportunidad, los peticionarios indicaron que las y los pacientes del Hospital Federico Mora se encontraban en riesgo inminente de sufrir daños irreparables a su integridad física y moral, e incluso de perder la vida, debido a las condiciones en que se encontraba este hospital, el único hospital psiquiátrico público de Guatemala. En la ocasión se informó que las personas internadas eran objeto de abusos físicos y psicológicos, a la vez que las mujeres eran abusadas sexualmente por parte de los custodios, por lo que eran encerradas en celdas de aislamiento, incompatibles a todas luces con el respeto a la dignidad humana,

---

47 CIDH, Medidas cautelares 2003, 17 de diciembre de 2003. Disponible en: <<http://www.cidh.org/medidas/2003.sp.htm>>, a noviembre de 2015.

además de ser sometidas a tratamientos de anticoncepción forzada. En lo que concierne a las instalaciones hospitalarias, este hospital se encontraba al lado de la prisión más grande de Guatemala, y eran los mismos custodios quienes en ocasiones se encargaban de los pacientes o internos condenados. El hospital no contaba con los recursos suficientes para brindar atención médica eficaz, por lo que gran parte de su población había fallecido. Por otra parte se tiene conocimiento de la existencia de tráfico de alcohol y drogas entre la prisión y el hospital<sup>48</sup>.

Conforme a las medidas cautelares otorgadas por la CIDH, se pueden colegir los siguientes estándares de protección para las personas en situación de discapacidad:

1. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias a fin de proteger la vida, integridad física y mental de todos los internos<sup>49</sup>.
2. Se debe restringir el uso reiterado de la práctica de aislamiento, más aún cuando se realiza bajo condiciones inhumanas y degradantes, debiendo observarse los estándares internacionales sobre personas con discapacidad<sup>50</sup>.
3. Se debe brindar un tratamiento médico acorde a la situación de cada paciente<sup>51</sup>.

---

48 Disability Rights International, Solicitud de medidas cautelares a favor de las 334 personas con discapacidad mental internadas en el Hospital Federico Mora, en Guatemala, Guatemala, 13 de octubre de 2012. Disponible en: <<http://www.driadvocacy.org/media-gallery/our-reports-publications/>>, a noviembre de 2015.

49 CIDH, Medidas cautelares 2003...

50 *Ibidem*.

51 CIDH, Medidas cautelares 370/12-334, Pacientes del Hospital Federico Mora, Guatemala, 20 de noviembre de 2012. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>>, a noviembre de 2015.

4. En atención al principio del interés superior del niño, los Estados deben asegurar la separación de niñas, niños y personas adultos en situación de discapacidad, cuando se encuentren privados de la libertad<sup>52</sup>.
5. De igual manera, los Estados se asegurarán de separar a las personas sentenciadas bajo orden judicial de quienes se encuentren recluidas en hospitales<sup>53</sup>.
6. Los Estados deben implementar las medidas necesarias a fin de que las mujeres, niñas, niños y las personas que se encuentren en situación de discapacidad no sean objeto de ningún tipo de violencia<sup>54</sup>.

### **b. Mecanismo de solución amistosa**

En palabras de Barbosa, la solución amistosa podría definirse como:

El acto jurídico por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley<sup>55</sup>.

En el ámbito del SIDH se ha entendido como un procedimiento que debe emplearse cuando las circunstancias de una controversia lo permitan; para su realización se debe contar con la plena disposición de las partes interesadas.

---

52 Ibidem.

53 Ibidem.

54 Ibidem.

55 Barbosa Delgado, Francisco. R., *Litigio interamericano...* pág. 147.

En atención a esto, en el año 2011 la CIDH protegió a personas en situación de discapacidad a través del mecanismo de solución amistosa. La oportunidad se presentó con el caso No.12.232, de María Soledad Cisternas Reyes, cuando el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) manifestó mediante petición a la CIDH, que la víctima habría sido objeto de discriminación, vulneración a su derecho a la integridad e injerencias en su vida privada por parte del Estado de Chile.

Los hechos del caso se remontan al 19 de octubre de 1998, cuando a nombre de la abogada María Soledad Cisternas, quien padece ceguera total, se realizó una reserva en la Línea Aérea Nacional Chile SA, a fin de que pudiera viajar a Montevideo. Para poder realizar el viaje la aerolínea le puso una condición: debía viajar acompañada o con un perro lazarillo. Ella optó por cubrir los gastos para viajar con una persona acompañante. En este caso, con base en los artículos 48.f y 49 de la CADH, se llevó a cabo el procedimiento de solución amistosa. Las partes manifestaron su voluntad de contribuir a la integración social de todas las personas con discapacidad, pues Chile había ratificado la CIADDIS. A partir de este caso, el Estado se comprometió a revisar su normatividad relativa a transporte aéreo de personas con discapacidad, labor en la que invitó a María Soledad a colaborar con los preparativos del Comité de Estudios, establecido por la Dirección General de Aeronáutica Civil. De esta manera, la CIDH aprobó y dio por cumplido el acuerdo amistoso cuando el Estado de Chile publicó, en abril del año 2008, la normatividad aeronáutica que regula el transporte aéreo de pasajeros con discapacidad<sup>56</sup>.

---

56 CIDH, Informe No. 86/11, caso 12.232, solución amistosa, María Soledad Cisternas Reyes vs. Chile, 21 de julio de 2011.

### **c. Informes de países, informes temáticos**

De acuerdo con Buergenthal, Grossman y Nikken,

La situación general de los Derechos Humanos en un país puede merecer especial atención de la Comisión, que está facultada para preparar los estudios e informes correspondientes<sup>57</sup>.

Así, conforme a sus funciones y en cumplimiento del artículo 41 de la CADH, la CIDH publica informes relativos a la situación de los derechos humanos en diversos países.

En su informe del año 2012 sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica, la CIDH abordó el tema de los derechos de las personas con discapacidad, dedicándole un capítulo entero. En él se refiere a los avances existentes en Jamaica sobre la materia, en virtud de que es uno de los primeros países que ha ratificado la CDPD, luego de adoptar la CIADDIS. Igualmente, Jamaica cuenta con un Consejo para las Personas con Discapacidad. Sin embargo, pese a los avances y garantías encontrados en el ordenamiento jurídico interno, la CIDH advierte sobre la necesidad de implementar medidas que ayuden a estas personas a superar diversos obstáculos en la sociedad.

En esta oportunidad, la CIDH señala lo expresado por la Organización Panamericana de la Salud, cuando indicó en un informe que uno de cada diez jamaíquinos presentaba alguna discapacidad física:

[...] las personas con discapacidad en Jamaica enfrentan muchos desafíos para tener acceso a servicios básicos, como el uso del transporte público, las comunicaciones,

---

57 Buergenthal, Thomas, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*. Universidad Santiago de Cali, Cali, 1995, pág. 98.

la educación y el acceso a edificios, además de ciertas actitudes en la sociedad que podrían estar basadas en la ignorancia y la discriminación<sup>58</sup>.

Igualmente, identificó un gran aumento de personas con discapacidad que contrajeron VIH, en razón a que no hay servicios de información o prevención sobre esta temática dirigidas a esta población. Advierte, además, sobre la situación que se presenta en algunas instituciones que prestan sus servicios a personas con discapacidad, estableciendo que es necesario que se garanticen las condiciones necesarias para proteger los derechos inherentes a la dignidad humana e integridad<sup>59</sup>.

***i. Estándares sobre medidas de carácter legislativo, social y educativo para eliminar la discriminación contra las personas en situación de discapacidad***

Debido a la situación anteriormente descrita, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica, y a fin de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas en situación de discapacidad, la CIDH emitió recomendaciones al Estado de Jamaica. Éstas representan una evolución de algunos estándares desarrollados por la CIDH, y pueden ser clasificadas de acuerdo a las medidas de cualquier índole que deben ser adoptadas por los Estados y a las que hace referencia el artículo III de la CIADDIS para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Indican que los Estados deben:

- a. Adoptar leyes, políticas y prácticas específicas para asegurar que todas las personas que viven con alguna

---

58 CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Jamaica, 10 de agosto de 2012.

59 *Ibidem*.

discapacidad gocen de sus derechos libres de toda forma de discriminación.

- b. Fortalecer la capacitación para los encargados de formular las políticas y para los miembros de los ministerios de Salud, Educación y Trabajo, en todos los niveles, sobre temas relacionados con los derechos y las necesidades de las personas con discapacidad.
- c. Adoptar leyes y políticas que establezcan el derecho a la educación para los niños y niñas con discapacidad y programas dirigidos a asegurar su acceso a la educación (y en caso necesario, a una educación adecuada y especializada).
- d. Capacitar a los funcionarios públicos del poder judicial y de la policía sobre sus obligaciones tanto internacionales como nacionales de respetar los derechos de las personas con discapacidad.
- e. Capacitar a la policía específicamente para que pueda responder de manera apropiada y respetuosa en cualquier interacción con una persona con discapacidad.
- f. Asegurar que las personas con discapacidad reciban los servicios y la vivienda que requieren para evitar que su bienestar físico o mental se vea menoscabado.
- g. Adoptar las medidas necesarias, incluyendo la asignación de financiamiento y el trabajo con el sector privado, para asegurar que los edificios y los servicios en todo el país sean accesibles para las personas con discapacidad.
- h. Establecer o fortalecer la disponibilidad de servicios médicos y de otras índoles que requieren las personas

con discapacidades físicas o mentales que no viven en las principales zonas urbanas<sup>60</sup>.

## **ii. Estándares sobre privación de la libertad**

El 10 de mayo de 2012, la CIDH presentó su informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en América Latina. Si bien con anterioridad ya se había referido especialmente a la situación de quienes se encontraban en cárceles de la región, en esta oportunidad también detalló en su análisis otros centros de privación de la libertad, en vista de que son escasas las medidas que protegen a grupos vulnerables. Dentro del marco jurídico utilizado para su análisis se cuenta la CIADDIS. A partir de este marco, desarrolla un estándar con relación a los hospitales en donde se encuentran personas en situación de discapacidad, entendiendo que el concepto de privación de la libertad también abarca a quienes estén bajo responsabilidad de los Estados en hospitales psiquiátricos. De ahí deriva el tratamiento otorgado a estas personas en situación de discapacidad, exhortando a los Estados para que adopten las medidas de salud requeridas para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad<sup>61</sup>.

## **d. Sistema de audiencias generales**

La CIDH ha realizado siete audiencias que se relacionan con los derechos de las personas en situación de discapacidad. La primera fue llevada adelante por la CIDH con ocasión de su cincuentenario, en el 137 período de sesiones, celebrado del 29 de octubre al 13 de noviembre del 2009. Se denominó “Derecho a la educación de las personas con discapacidad en las Américas”. En

---

60 *Ibidem*, párr. 319.

61 CIDH, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en América Latina, 10 de agosto de 2012.

la oportunidad no se contó con la representación de los Estados; sin embargo, tuvo la participación de varios comisionados, entre otros Florentín Meléndez. La audiencia fue solicitada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación y por CEJIL; tuvo el fin de abordar la situación del derecho a la educación de personas con discapacidad en la región y presentar propuestas que tiendan a eliminar la discriminación a la que estas personas se ven expuestas en el ejercicio de este derecho, en el marco de una educación segregada que no toma en cuenta las condiciones específicas de las y los diversos alumnos, cosa que limita la permanencia de estas personas en las instituciones educativas. Esta situación se ve agravada cuando a las personas con discapacidad se les niega el acceso a instituciones públicas que brindan educación regular<sup>62</sup>.

La segunda audiencia se denomina “Maltrato a niños y niñas con discapacidad en instituciones estatales en las Américas”. Su desarrollo tuvo lugar durante el 140 período ordinario de sesiones, del 20 de octubre al 5 de noviembre de 2010. Al finalizar el período de sesiones, la CIDH manifestó su preocupación sobre la información recibida acerca de la situación de los derechos humanos de los niños y niñas con discapacidad<sup>63</sup>.

El 23 de marzo de 2012 se llevó a cabo la audiencia denominada “Denuncias sobre segregación institucional y abusos de niños y niñas y adultos con discapacidad en México”, realizada durante el 144 período de sesiones de la CIDH. En esta ocasión, la audiencia fue solicitada por el Colectivo Chuhcan –dedicado al trabajo con personas que presentan alguna discapacidad psicosocial–, la Comisión Mexicana de Promoción

---

62 CIDH, Audiencia sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad en las Américas, 2009.

63 CIDH, Audiencia sobre el maltrato a niños y niñas con discapacidad en instituciones estatales en las Américas, 2010.

y Defensa de los Derechos Humanos y el Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia. Se contó con la presencia de representantes del Estado mexicano, del comisionado Rodrigo Escobar Gil, relator sobre México, y de la comisionada Rosa María Ortiz, relatora sobre niñez. Según manifestaron las organizaciones participantes, el sistema de salud mental en México ha fracasado y en la actualidad se da lo que llamaron “criminalización de personas con discapacidad mental”. Esto no permite que estas personas accedan al derecho a vivir en la comunidad, pues se requiere del acompañamiento de la sociedad y de la familia. También se señaló la ausencia de garantías en el ordenamiento jurídico interno, que impiden que las personas en situación de discapacidad sean sometidas a procesos judiciales<sup>64</sup>.

En el 2013 la CIDH celebró la audiencia temática denominada “Derechos humanos de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú”, primera en que se utilizó la interpretación simultánea. En esta oportunidad se trabajó con la interpretación por señas, dirigida a personas con discapacidad auditiva, y la emisión de textos de fácil lectura, para personas con discapacidad intelectual, para garantizar el acceso a las audiencias de estas personas. La audiencia se concentró en el tema del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú, Estado que cuenta con una ley general de la persona con discapacidad pero que no ha realizado en su ordenamiento interno reformas tendientes a garantizar el verdadero cumplimiento de los instrumentos internacionales pertinentes<sup>65</sup>.

---

64 CIDH, Audiencia sobre denuncias sobre segregación institucional y sobre abusos de niños y adultos con discapacidad en México, 2012.

65 CIDH, Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas con discapacidad mental e intelectual en Perú, 2013.

En el marco del 150 período de sesiones de la CIDH se llevaron a cabo tres audiencias relativas a las personas en situación de discapacidad. La primera de ellas se refiere a las violaciones de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en Colombia. En ella se manifestó la preocupación respecto a la toma de decisiones de estas personas, a quienes se les sustituye de manera absoluta en el ejercicio de sus derechos, vulnerándoles así su derecho a la capacidad jurídica<sup>66</sup>.

La segunda audiencia se celebró el 25 de marzo de 2014, sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad en Cuba, en la que se puso en evidencia que el Estado no cuenta con estadísticas o cifras exactas sobre la situación de las personas con discapacidad, por lo que quien se encuentre interesado en el tema debe recurrir a la prensa oficial, a organizaciones especializadas en la materia o a la página oficial de estadísticas, fuentes con frecuencia desactualizadas. Se reseña cómo en Cuba el derecho de asociación de las personas con discapacidad se encuentra limitado, pues existen tres organizaciones dedicadas a realizar labores a favor de las personas con discapacidad. Además, el Estado no desarrolla políticas públicas para la inclusión de estas personas. En lo que toca al derecho a la educación, no se reconoce la educación inclusiva. Se advierte, igualmente, la necesidad de realizar un análisis comparativo sobre la normatividad nacional y los principales instrumentos internacionales dirigidos a personas en situación de discapacidad<sup>67</sup>.

Por último, se llevó a cabo la audiencia “Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en América Latina”, en la cual:

---

66 CIDH, Audiencia sobre violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en Colombia, 2014.

67 CIDH, Audiencia sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad en Cuba, 2014.

Los solicitantes enfatizaron sobre la falta de congruencia que existe entre las legislaciones latinoamericanas en relación con los estándares internacionales en la materia, en particular sobre la figura de la interdicción. También, destacaron que a efecto de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos, en especial el del acceso a la justicia, resulta necesario que los Estados incorporen un modelo de apoyo en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. La Comisión reiteró su compromiso con este tema, y mostró su interés en relación con los ajustes razonables que deben establecerse para el acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad, así como los modelos de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, que reemplacen aquellos modelos que sustituyen totalmente en la toma de decisiones a las personas en situación de discapacidad, contrarios a todas luces con el modelo social de las personas con discapacidad<sup>68</sup>.

## Conclusiones

En este texto se resalta la importancia que revisten las acciones de la CIDH en el marco de las actividades desarrolladas por el SIDH. En ese sentido, conforme al mandato establecido por el artículo 41 de la CADH, la CIDH cumple una función de promoción, observancia y defensa de los derechos humanos, y es en virtud de esa función que salvaguarda los derechos de las personas con discapacidad.

---

68 CIDH, Audiencia sobre la capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en América Latina, 2014.

La CIDH ha protegido los derechos de estas personas mediante diversos mecanismos, presentándose las primeras oportunidades con el sistema de peticiones y casos. En el desarrollo de los casos se establecieron los principales estándares de protección sobre la materia, siendo delineados en los informes sobre centros de detención donde se encontraban recluidas personas con discapacidad mental.

Es también con el sistema de peticiones y casos que se establecen los principales estándares sobre el derecho a la integridad personal de las personas con discapacidad, a la luz de instrumentos y estándares internacionales previos. Así, la CIDH establece que las personas con discapacidad mental se encuentran en situación de vulnerabilidad, puntualizando sobre la importancia que reviste para esta población el contar con una prestación de servicios médicos acorde a sus necesidades.

De igual manera se establecieron estándares sobre el aislamiento como medida punitiva para las personas con discapacidad. Esta práctica debe ser empleada como último recurso, bajo cualquier circunstancia, pues precisamente su uso genera un riesgo inminente de que se configuren distintas violaciones a los derechos humanos. En lo que toca a la condena de pena de muerte, la CIDH ha establecido una disposición de suma importancia: la prohibición de que las personas con discapacidad mental sean objeto de esta condena.

A través de medidas cautelares, la CIDH ha sentado un precedente sobre la materia, estableciendo la obligación de los Estados de atender al interés superior del niño y de adoptar todo tipo de disposiciones para que los niños y niñas, al igual que las mujeres, no se vean enfrentados a ninguna forma de violencia.

En cuanto a los informes temáticos y de países, la CIDH ha protegido a las personas con discapacidad instando a los

---

Estados para que adopten las medidas de carácter educativo, social, laboral y de cualquier índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad, en consideración de la CIADDIS.

Tener presentes los estándares desarrollados por la CIDH contribuye a que los Estados adopten las diversas medidas positivas de protección que han sido recomendadas por este órgano, evitando así un eventual sometimiento de casos a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, pues previamente se ha concebido la cuestión de la discapacidad de manera integral.

# Los obstáculos y desafíos de las solicitudes de refugio en Brasil\*

*Rinara Granato Santos\*\**

*Nilo Lima de Azevedo\*\*\**

## Introducción

Según la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el mundo vive un momento de expansión considerable del número de personas refugiadas<sup>1</sup>. Para atender esta demanda creciente a nivel planetario existen varios documentos internacionales de protección al grupo mencionado, que tuvo su mayor expresión jurídica de reconocimiento a partir del elevado número de fugitivos de la II Guerra Mundial. Sin embargo, tiene que considerarse el hecho de que su base jurídico-protectora puede ser fundamentada, de forma amplia, aun en

---

\* El presente estudio, escrito en 2014, forma parte de la investigación de doctorado desarrollada en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) para la obtención del título de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

\*\* Doctoranda en Ciencias Jurídico-Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires. Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Instituto Vianna Júnior. Supervisora en Educación a Distancia por la Universidad Federal de Juiz de Fora.

\*\*\* Profesor de Derecho y Política Pública por la Universidad Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Integrante del Programa de Postgrado en Sociología Política y del Laboratorio de Gestión y Políticas Públicas (UENF).

1 Los datos sobre el número y el perfil de las personas refugiadas se pueden consultar en: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estadisticas/perfil-do-refugio-no-mundo-2010>>, disponible a noviembre de 2015.

el siglo XVIII, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre y Ciudadano<sup>2</sup>.

El presente artículo aborda algunos detalles relacionados con la cuestión de la protección internacional concedida a las personas refugiadas y se centra en la situación brasileña, confrontando sobretodo la creciente demanda de refugio y la fragilidad de las prácticas efectivamente aplicadas por las autoridades competentes en los procesos requeridos. Brasil siempre se ha mostrado como un fuerte favorecedor de las políticas internacionales de protección de los derechos humanos, entre ellas las de apoyo a las personas refugiadas. Para comprender la dinámica entre el discurso y la efectividad de esta política, será analizada parte de la red institucional formada para la implantación del reconocimiento de la condición del refugiado en el territorio brasileño, así como algunos aspectos de la política interna de amparo a dicho grupo.

En 1948, después de un largo período de intervalo legislativo mundial sobre los derechos humanos, e impulsada por la pérdida de vidas humanas consecuencia de las dos grandes guerras mundiales, fue publicada la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)<sup>3</sup>. Hasta ese momento existían documentos internacionales de protección de los derechos humanos, pero trataban de modo general las violaciones de naturaleza humanitaria.

En el año 1951, bajo la tutela de la ONU y después de que fueron difundidos los documentos internacionales sobre la materia, varias naciones firmaron en Ginebra el documento

---

2 Aprobada por la Asamblea Nacional de Francia en agosto de 1789; fue consecuencia directa de la Revolución Francesa.

3 Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

titulado Estatuto de los Refugiados<sup>4</sup> –conocido también como Convención de Ginebra del 51–, primera y mayor codificación de protección a las personas refugiadas en el mundo. Este tratado dejó a los Estados signatarios la libertad de desarrollar internamente el tratamiento legal ofrecido a esta población. En aquel período, fuertemente influenciado por los acontecimientos del momento, el documento en cuestión acabó por restringir –geográfica e históricamente– el alcance del término “refugiado” a Europa y a los acontecimientos relativos a la II Guerra Mundial<sup>5</sup>. Su alcance fue ampliado mediante el Protocolo de 1967<sup>6</sup>, que enmienda el Estatuto de los Refugiados y en el cual fueron retiradas las limitaciones de tiempo y espacio para la concesión del refugio.

A nivel regional, la suma de los citados documentos internacionales, de gran amplitud protectora, en conjunto con otros instrumentos igualmente importantes para atender la problemática del refugio y los nuevos desafíos de las migraciones forzadas en el mundo, han ampliado aún más el concepto de “refugiado” en América. Entre estos documentos se destacan la Declaración de Cartagena de 1984<sup>7</sup>, el Plan de Acción de México,

---

4 Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de las Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Apátridas, convocada por la Resolución No. 429 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1950. Entró en vigor el 22 de abril de 1954.

5 Jubilit, Liliana Lyra, *Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. Método, São Paulo, 2007, pág. 84.

6 Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

7 Resultado de las conclusiones y recomendaciones del Coloquio de Cartagena, realizado en Colombia durante la década de los 80, cuyos objetivos principales se centraron en la búsqueda de soluciones regionales más adecuadas a la situación de las personas refugiadas en América Central, México y Panamá.

de 2004,<sup>8</sup> y la Declaración de Principios del MERCOSUR sobre Protección Internacional de los Refugiados, de 2012<sup>9</sup>.

En el plano interno brasileño, bajo el amparo de los documentos internacionales mundiales y regionales arriba citados –de los cuales Brasil es signatario–, se implanta una política de reconocimiento del refugio a través de la Ley 9.474 de 1997, en la cual se busca tipificar el organigrama jurídico-administrativo para el tratamiento de las solicitudes de refugio. La citada política trae al contexto brasileño innovaciones significativas, como la creación del Comité Nacional para Refugiados (CONARE), órgano específico para el juzgamiento de los asuntos relacionados con la problemática analizada.

En este contexto, es necesario dar luz a las cuestiones jurídico-administrativas de la realidad brasileña actual (primeras décadas de 2000), teniendo en cuenta aspectos tales como: que la democracia es el sistema político de Brasil; el discurso internacional a favor de los derechos humanos; la amplitud de marco legislativo en lo que concierne al tratamiento de las cuestiones de refugio; la situación económica estable y el bajo desempleo, y la considerable dimensión geográfica, donde llama la atención el número reducido de solicitudes de refugio. Es necesario subrayar el hecho de que, entre tales requerimientos, después de un considerable período de espera, una gran mayoría

---

8 Elaborado en México en el 2004, en conmemoración del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena; se trata de una amplia reflexión sobre la situación de las personas refugiadas en el mundo, particularmente en América Latina, en virtud de las crisis humanitarias de la región y de los desafíos de la integración económica de estas personas.

9 Término formalizado y firmado en la ciudad de Fortaleza, Brasil, el 23 de noviembre de 2012 por los países miembros del MERCOSUR y otros de los Estados Asociados, que se comprometieron a adoptar políticas comunes de protección a los solicitantes de refugio y refugiados, y fortalecer el espacio humanitario en la región.

de personas no recibe el reconocimiento de la condición solicitada.

A pesar del marco legislativo que busca dar una mayor protección a este grupo extranjero, lo que se ve en la esfera de gobierno es un número considerable de hombres y mujeres a los cuales les es retirado el derecho a la libre pertenencia a un determinado Estado –entendiéndose esta pertenencia como el derecho de entrar y salir de él con seguridad–, que buscan protección en el Estado brasileño y sufren un gran retraso en la regulación de su situación debido a los procesos y rutinas de la administración pública brasileña.

## **1. Contexto histórico –jurídico-temporal– brasileño en atención a la problemática del refugio**

El Brasil es signatario de algunos de los instrumentos más importantes de protección al refugiado, como por ejemplo, la Convención del 51<sup>10</sup>, promulgada por el Brasil en 1961; el Protocolo de 1967<sup>11</sup>, adoptado por el país en 1972; la Declaración de Cartagena, el Plan de Acción de México y la Declaración de Principios del Plan de MERCOSUR sobre Protección Internacional de los Refugiados, de 2012. En lo que atañe a los apátridas –grupo en que se encuentran las personas refugiadas que sufrieron, además, la cancelación de todas sus

---

10 El Decreto No. 50.215, de 28 de enero de 1961, promulgó la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados, concluida en Ginebra el 28 de julio de 1951, aunque el instrumento de rectificación fue depositado por Brasil en las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 1960, con reservas sobre los artículos 15 y 17.

11 El Decreto No. 70.946, promulgó, el 7 de agosto de 1972, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Las reservas de los artículos 15 y 17 del documento anterior son eliminadas por Decreto Presidencial No. 99.757, publicado en el Diario Oficial de la Unión el 4 de diciembre de 1990.

nacionalidades–, el Brasil es signatario de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954<sup>12</sup>, promulgada en 2002, y también ha adoptado la Convención para Reducir los Casos de Apátridas, de 1961<sup>13</sup>, promulgada en 2007.

La demora entre la elaboración del tratado internacional y la adhesión efectiva de los Estados es un problema común de muchos países, lo que perjudica el avance de los procesos de mejora de las condiciones humanitarias en todo el mundo. Varios tratados ya condicionan en su texto que su entrada en vigor se dará apenas al alcanzar el número mínimo/específico de adhesiones, como por ejemplo, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, elaborada en Nueva York en el año 1961 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 1975 cuando alcanzó el número mínimo<sup>14</sup> previsto de signatarios. En Brasil, sin embargo, la citada Convención fue adoptada en 2007, 46 años después de su elaboración.

En evidente perjuicio al grupo desprovisto de cualquier nacionalidad, el atraso en la adhesión de Brasil a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia dio pie al emblemático evento conocido como los “brasileirinhos apátridas” (brasileritos apátridas), brasileños nacidos en el extranjero, de madre y/o padre brasileños, que al nacer no tenían derecho a la nacionalidad del país de residencia y que, debido a la coyuntura legislativa, a partir de la Constitución Federal brasileña de 1988, no podían solicitar la nacionalidad brasileña. Esto tuvo como consecuencia el surgimiento de aproximadamente 200.000 niñas y niños

---

12 El Decreto No. 4.246/02 promulgó la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas en Brasil.

13 El Decreto No. 274/07 fue publicado en el Diario Oficial de la Unión el 5 de octubre de 2007.

14 “Artículo 16: 1 – La presente Convención entrará en vigor dos años después de la fecha del depósito del sexto instrumento de ratificación o de adhesión”.

nacidos como apátridas. El hecho de que no se adecuaban a la condición de refugiados no disminuyó la condición de marginalidad de estos niños y niñas, ocasionada por la ausencia de cualquier nacionalidad<sup>15</sup>. Sin embargo, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, creada en 1961 para prevenir los nuevos casos de apatridia en el mundo, no puede ser utilizada contra el Estado brasileño, pues, como ha sido mencionado, el país ratificó su adhesión a esta convención el 4 de octubre de 2007, mediante el Decreto Legislativo No. 274, después de haber resuelto el problema de los “brasileirinhos apátridas” con la publicación de la Enmienda Constitucional 54, el 20 de setiembre de 2007.

Hasta marzo de 2014, el número de personas refugiadas en Brasil era de 5.797, en su mayoría originarias de Colombia y Angola. Las solicitudes de refugio en el país han aumentado consistentemente: en el año 2010 fueron sólo 566, en 2011 se presentaron 1.138 solicitudes, 2.087 en 2012 y 5.262 en 2013. Sin embargo, el número total de refugiados efectivamente reconocidos por el gobierno brasileño que aún se encuentra en el país es, como se indica arriba, de 5.797<sup>16</sup>.

## 2. Sobre la ley interna de refugio

Es evidente que la efectiva protección de las personas refugiadas, garantizada internacionalmente, sólo se ejerce de

---

15 Martins, Rui, “Vitória dos pais e avós dos brasileiroinhos apátridas”, 2007. Disponible en: <[http://www.brasileirinhosapatridas.org/nossa\\_v.htm](http://www.brasileirinhosapatridas.org/nossa_v.htm)>, a noviembre de 2015.

16 Farias, Adriana, y Silvio Cioffi, “Lei sobre Refúgio exige que fique provada a perseguição”, *Folha de São Paulo*, 26 de abril de 2014. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/04/1445923-lei-exige-que-fique-provada-perseguiacao.shtml>>, a noviembre de 2015.

forma concreta al interior de los Estados cuando éstos adoptan un sistema jurídico-administrativo que propicia la acogida y el trámite rápido de las solicitudes.

Inspirado en los documentos internacionales que estaban ya en vigor en el país en 1997, Brasil innovó al publicar la Ley 9.474, específica sobre refugiados, para aumentar su campo de protección y adecuar las normas mundiales a la realidad brasileña. Un punto a destacar sobre esta ley es que no trata la cuestión del refugio con relación a los asuntos de inmigración o asilo, como se hace normalmente. En el caso brasileño la problemática ha sido detallada y pormenorizada a modo de ser más eficaz y, en principio, más ágil.

La Ley 9.474 establece el proceso de reconocimiento del refugio en Brasil y crea un órgano específico para tratar el tema, el CONARE. En las discusiones para la elaboración del documento legislativo, el “espíritu de Cartagena” fue una de las guías centrales. Entre otras innovaciones, el país adoptó una concepción del término “refugiado” más amplia que la utilizada en la Convención del 51. Esta última pasó a ser enmendada por el Protocolo del 67, añadiendo también al rol de protección a aquellas personas que huyen de graves y generalizadas violaciones de derechos humanos, una de las recomendaciones explícitas de la Declaración de Cartagena, de la cual el país es partidario.

Entre otras, estas características contribuyeron a que la Ley 9.474 colocase a Brasil en posición de vanguardia en América Latina y en posición destacada en el ámbito mundial, conforme declaró el representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>17</sup>.

---

17 ACNUR, *Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados*, terceira edição. Servidíias Comunicação, Brasília, 2010, pág. 7.

Sin desmerecer la importancia de este instrumento para el país, ni la preclara inspiración que respalda esta legislación, el modelo implantado en Brasil merece mayor investigación de sus prácticas, especialmente del trámite procesal de las solicitudes de refugio –competencia del CONARE–, según se prevé en el título III de este documento legal.

### **a. El Comité Nacional para Refugiados**

El CONARE es el organismo brasileño –especialmente creado por la Ley 9.474 de 1997– con competencia exclusiva para recibir, juzgar y expedir resoluciones normativas sobre todas las cuestiones relacionadas con las solicitudes de refugio en el país. Es colegiado y multisectorial, es decir, está compuesto por un representante de cada uno de los siguientes órganos: Ministerio de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Trabajo y Empleo, de la Salud y de Educación, además del Departamento de Policía Federal y de una organización no gubernamental que se dedica a la atención de las personas refugiadas. De momento, esta ONG está representada por la Iglesia Católica de Brasil, a través de una de sus ramas sociales, denominada Cáritas Archidiócesis, y por un órgano representante de las Naciones Unidas, el ACNUR. No obstante, destaca el hecho de que el último órgano citado, a pesar de poseer derecho a voz, no tiene reconocido el derecho a voto en las reuniones periódicas que deciden, entre otras cosas, la concesión o casación de las solicitudes de refugio.

El modelo de representación adoptado por el sistema brasileño ha recibido constantes críticas en consideración de que de los siete integrantes con derecho a voto, seis representan a órganos del Gobierno Federal y sólo uno a la sociedad civil, en este caso, a la Iglesia Católica. A esto se suma otro asunto, más complejo: los sectores de la sociedad que podrían asumir los costos de acogida de esta población, tales como las asociaciones de colonias de extranjeros, no han sido llamados a participar.

El asunto de la representación expone a las personas refugiadas a lo que Giovanni Sartori<sup>18</sup> llama “riesgos externos”, ya que no hay garantía de que sus intereses sean considerados en todo el proceso de decisión. Así, a pesar del considerable avance legislativo brasileño de los últimos años, el procedimiento de solicitudes de refugio aún nos parece poco plural y no participativo.

Esta es una cuestión de ciudadanía –de acuerdo a como la entiende Thomas Humphrey Marshall–, ya que bajo esta ley la ciudadanía se da de forma moderna y en el marco del Estado de Derecho. Por lo tanto, unos derechos considerados como universales deben ser garantizados por el Estado.

La ciudadanía es un status que se otorga a los que son miembros de pleno derecho de una comunidad. Todos los que poseen ese status son iguales en lo que se refiere a los derechos y deberes que implica. No hay principio universal que determine cuáles deben ser estos derechos y deberes, pero las sociedades donde la ciudadanía es una institución en desarrollo crean una imagen de la ciudadanía ideal en relación con la cual puede medirse el éxito y hacia la cual pueden dirigirse las aspiraciones. El avance en el camino así trazado es un impulso hacia una medida más completa de la igualdad, un enriquecimiento del contenido del que está hecho ese status y un aumento del número de aquellos a los que se les otorga<sup>19</sup>.

La universalidad de los derechos de la ciudadanía está estrechamente relacionado con el principio de la dignidad

---

18 Sartori, Giovanni, *A Teoria da Democracia Revisitada*. Ática, São Paulo, 1994, pág. 298.

19 Marshall, Thomas Humphrey, *Ciudadanía y clase social*. Losada, Buenos Aires, 2005, págs. 312-313.

humana, ya que su concesión se presenta como marco civilizador y se incorpora al patrimonio individual del ciudadano. Los derechos de la ciudadanía no deben confundirse con favores dados a ciertas personas, que fracasan en su trayectoria de vida o en el mercado. Cuando no se puede garantizar el bienestar social como un derecho, esto se convierte en una fuente de estigma social. Al final, los documentos oficiales para la protección legal de las personas refugiadas tienen por objeto garantizar a este grupo específico –y hasta cierto punto– los derechos de ciudadanía. Se puede determinar cuáles son estos derechos mediante una lectura sistemática de todo el sistema jurídico.

Con relación al principio de universalidad para garantizar el bienestar social, Richard Titmuss señala:

One fundamental historical reason for the adoption of this principle was the aim of making services available and accessible to the whole population in such ways as would not involve users in any humiliating loss of status, dignity or self-respect. There should be no sense of inferiority, pauperism, shame or stigma in the use of a publicly provide service; no attribution that one was being or becoming a “public burden”. Hence the emphasis on the social rights of all citizens to use or not to use as responsible the services made available by the community in respect of certain needs which the private market and the family were unable or unwilling to provide universal<sup>20</sup>.

---

20 Titmuss, Richard, “Universalism versus selection”, en: Pierson, C., & F. G. Castles (eds.), *The Welfare State Reader* (págs. 40-48). Polity Press, Cambridge, 2006, pág. 42.

El derecho en cuestión es el acceso a la justicia, que obviamente es competencia exclusiva del Estado. A esta población se le niega el acceso a la justicia, como derecho, cuando una parte importante del proceso de solicitud de refugio queda a cargo de una entidad privada. El problema no es el papel de la entidad privada, el problema es la falta de opción del Estado de facilitar a las personas demandantes su defensa mediante una defensoría pública.

Aunque la celeridad en las sentencias de solicitud de refugio está prevista en la Ley, en la práctica ésta no impone plazos para las decisiones, lo que resulta en una acumulación gradual de casos que aguardan sentencia.

Así, puede ser hasta de seis meses el tiempo de espera para lograr la primera atención por parte de la Superintendencia de la Policía Federal de San Pablo, para la adquisición del protocolo provisional de refugio<sup>21</sup>. En el CONARE, el juicio de las solicitudes sufre una nueva espera. En febrero de este año, según el Presidente del órgano, cerca de 1.500 pedidos esperaban sentencia<sup>22</sup>.

Otro punto que se relaciona con el derecho de acceso a la justicia, y que merece mayor atención, es la ausencia de previsión en la Ley 9.474 sobre la posibilidad de la persona solicitante de refugio de recurrir directamente al Poder Judicial en caso de negativa o casación de su solicitud. Según Renato Zerbini

---

21 “Fugitivos da guerra na Síria têm de esperar sete meses para pedir refúgio em São Paulo”, *R7*, 28 de marzo de 2011. Disponible en: <<http://noticias.r7.com/internacional/fugitivos-da-guerra-na-siria-tem-de-esperar-sete-meses-para-pedir-refugio-em-sao-paulo-28032014>>, a noviembre de 2015.

22 Foreque, Flávia, “Médica cubana pedirá refúgio ao Brasil, afirmam deputados”, *Folha de São Paulo*, 5 de febrero de 2014. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1407876-medica-cubana-pedira-refugio-ao-brasil-afirmam-deputados.shtml>>, a noviembre de 2015.

Ribeiro Leão<sup>23</sup>, la falta de actuación del Poder Judicial se debe a la naturaleza de la condición del refugiado, que se reconoce pero no se concede u otorga. Así, el CONARE se presenta como un órgano electivo. La ausencia de previsión legal para el recurso trasluce la intención de que el Poder Ejecutivo sea soberano en cuanto a las decisiones de refugio, ya que impide el derecho de un análisis jurídico, que podría ser hecho por el Poder Judicial en caso de recurso.

El argumento puede ser contestado si se analiza a la luz del art. 5º, 34)<sup>24</sup> de la Constitución Federal brasileña de 1988, que dispone el amplio derecho a la apreciación judicial de cualquier decisión venida del Estado brasileño. No obstante, en nuestra concepción, la simple existencia de la regla general no es una alternativa, ya que, habiendo una ley específica aplicada para los solicitantes de refugio en el país, es razonable que todos los derechos concedidos a este grupo de extranjeros estén compilados en la norma mencionada, a modo de facilitar el acceso al ciudadano extranjero al sistema judicial del país de acogida<sup>25</sup>.

Igualmente, merece mayor consideración el hecho de que el apoyo ofrecido por Brasil a la persona solicitante no es prestado por un órgano gubernamental, sino por un ramo caritativo

---

23 Leão, Renato Zerbini Ribeiro, “CONARE: Balanço de seus 14 anos de existência”, en: Ramos, André de Carvalho, et al. (eds.), *60 anos de ACNUR Perspectivas de futuro* (págs. 69-92). Editora CL-A Cultural, São Paulo, 2011, pág. 76.

24 “Art. 5º - Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes- términos: [...] 34. la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos [...]”.

25 Jubilit, Liliana Lyra, *Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro...* pág. 195.

perteneciente a la Iglesia Católica del Brasil. La asociación entre el ACNUR y la Iglesia Católica del Brasil atribuye a esta última el “encargo” de asistencia social y jurídica al solicitante de refugio en el país, lo que se hace en Centros de Acogida para Refugiados de Cáritas en sus unidades de Río de Janeiro y San Pablo<sup>26</sup>.

### **b. La Iglesia Católica de Brasil y las personas refugiadas**

La acogida de personas refugiadas en territorio brasileño cuenta con uno único punto de apoyo, la organización Cáritas Archidiócesis, que tiene ramas en las capitales del Estado de San Pablo y Río de Janeiro. La citada institución se define como:

Una entidad de promoción y actuación social que trabaja en defensa de los derechos humanos, de la seguridad alimentaria y del desarrollo sustentable solidario. Su actuación es junto a los excluidos y excluidas en defensa de la vida y en la participación de la construcción solidaria de una sociedad justa, igualitaria y plural<sup>27</sup>.

El apoyo logístico de la Iglesia está formalizado a través de un convenio, de renovación anual, entre esta entidad religiosa y el ACNUR, que se compromete mediante el mismo a proveer de fondos y recursos para el ejercicio de la protección. Cáritas es, sin embargo, la entidad legal que responde por cualquier incidente en el proceso, por lo que, según Jubilit<sup>28</sup>, la Iglesia ostenta una competencia delegada por el ACNUR.

---

26 *Ibidem*, pág. 196.

27 Red Cáritas Internacional, *Cáritas Brasileira*, 2014. Disponible en: <<http://caritas.org.br/>>, a noviembre de 2015.

28 Jubilit, Liliana Lyra, *Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro...* pág. 197.

En Brasil, el procedimiento para adquisición del estatus de refugiado se inicia cuando la persona extranjera es recibida por la Policía Federal, entidad encargada de formalizar el pedido de refugio, que cumplimenta una declaración con los datos personales del solicitante, las circunstancias de su entrada en el país y las razones para su requerimiento. En seguida, la persona solicitante es dirigida al Centro de Acogida a los Refugiados, el Cáritas de la Iglesia Católica, en las ciudades de Río de Janeiro o

San Pablo. Ahí se realiza un análisis de la petición de refugio y se emite una primera decisión. Esto es así debido al convenio de Cáritas con ACNUR, pues la ONU tiene la prerrogativa frente al Estado para reconocer o no la petición, decisión que podría ser diferente a la decisión del país de acogida. En el caso brasileño, la decisión gubernamental se da con la sentencia del CONARE.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación práctica, en Brasil existe una alteración de papeles y, en la mayoría de los casos, la persona solicitante es atendida primero por el Centro de Caridad de la Iglesia Católica, siendo este el órgano responsable de recoger las declaraciones con la información fundamental para el acogimiento o no de su solicitud. Esto se hace mediante un cuestionario preestablecido por el CONARE, que se aplica a la persona solicitante. La atribución legal conferida a Cáritas queda clara al analizar la Resolución Normativa No. 9 del CONARE, de 2002, que establece que la Policía Federal tiene la competencia subsidiaria en cuanto a completar dicho formulario, responsabilidad que asume cuando no existe sede de Cáritas en la localidad en que está la persona candidata al refugio<sup>29</sup>. Cáritas

---

29 CONARE, Resolución Normativa No. 9 de 6 de agosto de 2002. "Art. 1º -Nas circunscrições onde não houver a sede da Cáritas Arquidiocesana o preenchimento do questionário de solicitação do reconhecimento da condição de refugiado deverá ser procedido no Departamento de Polícia Federal, que o encaminhará à Coordenação-Geral do CONARE juntamente com o termo de Declarações de que trata a Resolução Normativa nº 1, de 27 de outubro de 1998".

es también responsable de que se realice una entrevista entre la persona refugiada y una abogada de la propia institución. Estos documentos son de suma importancia ya que con base en ellos, Cáritas elabora una opinión sobre la elegibilidad y ofrece su posición sobre el otorgamiento de la petición de refugio.

La elaboración de los registros que contienen las declaraciones del solicitante de refugio es de particular importancia, puesto que una tramitación rápida y justa de la petición depende de un relato imparcial y jurídicamente fundamentado de los hechos que antecedieron su entrada al país. De este modo, una de las alternativas para el caso brasileño sería la aplicación del cuestionario y de la entrevista por un órgano gubernamental o por uno regulado por un órgano gubernamental. El país podría, además, otorgar esta atribución a los profesionales del derecho vinculados a la Abogacía General de la Unión, órgano gubernamental responsable por la abogacía pública en el ámbito federal. Esta opción podría garantizar una mayor equidad y seguridad jurídica a la persona solicitante.

Munida del cuestionario, entrevista y opinión sobre la elegibilidad, todos realizados por Cáritas, la persona solicitante de refugio finalmente es entrevistada por una persona funcionaria del CONARE para verificar la fundamentación de su pedido, de cara a la legislación brasileña. En seguida, el caso es sujeto a varios estudios previos, llevados adelante por representantes del CONARE, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de ACNUR y de la sociedad civil. Aquí es esencial subrayar que los dos últimos se basan en el parecer de Cáritas. Posteriormente, se brinda una opinión recomendando o no la aceptación de solicitud de refugio por parte de Brasil, documento que es llevado a las reuniones plenarias periódicas del CONARE y en las cuales los procesos serán valorados.

Una vez aceptada su solicitud, la persona es registrada por la Policía Federal y pasa a hacer usufructo de los beneficios de la condición de refugiado. Negado el pedido de refugio por el gobierno brasileño, la persona es notificada para dejar el país en quince días o a recurrir la decisión al Ministro de Estado de Justicia<sup>30</sup>. Cabe observar que este recurso será valorado en última instancia por el mismo Ministerio que preside el CONARE, el órgano que negó en primera instancia la solicitud de refugio. No está previsto por la Ley 9.474 cualquier recurso en la esfera judicial<sup>31</sup>.

Se tiene que considerar que, además de que el CONARE se basa fundamentalmente en opiniones no gubernamentales, existe un largo período de espera hasta la concesión del Protocolo Provisional de Refugio, expedido por la Policía Federal. Este documento garantiza a la persona solicitante la legalidad de su permanencia en Brasil hasta la sentencia definitiva, permitiéndole incluso obtener permiso de trabajo y cartilla de seguridad social provisional. Mientras tanto, la espera vinculada a los trámites de adquisición de este protocolo provisional llega hasta los siete meses, dependiendo de la complejidad para la constatación de los datos presentados por la persona solicitante.

La conclusión de este largo proceso de reconocimiento del estatus de refugiado en Brasil ocurre después de que la persona solicitante entra en una nueva espera, esta vez para que se dé la sentencia de su caso por el CONARE, que en algunos casos tarda años.

---

30 Ley 9.474 de 1997, “Art. 14. O CONARE será constituído por: I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá [...]”.

31 Ley 9.474 de 1997, “Art. 31. A decisão do Ministro de Estado da Justiça não será passível de recurso, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas”.

## Consideraciones finales

El contexto mundial de derechos ha mostrado avances considerables en lo que concierne a la lucha por el reconocimiento y protección de las personas refugiadas. Por otro lado, la implantación, en los diferentes países, de los principios protectores de los convenios internacionales depende fundamentalmente de un modelo de acogimiento eficaz, ágil e imparcial.

Un gradual y exponencial aumento en el número de personas refugiadas a nivel mundial ha ocasionado mejoras considerables a favor de la causa humanitaria del refugio. De forma global o en bloques regionales, se han llevado adelante discusiones para encontrar soluciones eficaces para cada región particular. En este sentido, América del Sur, América Central y México destacan en el marco internacional con convenciones regionales tales como las Declaraciones de Cartagena y los Principios del MERCOSUR sobre Protección de los Refugiados.

En lo que toca al Estado brasileño, la adhesión a la mayoría de tratados humanitarios mundiales, la participación efectiva en los acuerdos regionales y el liderazgo en las negociaciones en los bloques regionales como el MERCOSUR, así como las políticas comunes de protección de los derechos humanos, deben ser resaltadas como puntos de avance real sobre la problemática del refugio, especialmente en el marco del Cono Sur.

Es relevante el papel de apertura de los países a las discusiones prácticas colectivas, fruto de la observación, la tolerancia y el compromiso de los Estados con los principios fundamentales del derecho humanitario, y la posición destacada de Brasil no debe ser minimizada. Sin embargo, a pesar de la efectiva participación global y las políticas internas de implantación práctica de la acogida a las solicitudes de refugio, éstas se pierden muchas

---

veces en redes burocráticas, confusas, amparadas en ONG cuyo trabajo social es importante, pero que no deben sustituir el trabajo de fortalecimiento de la ciudadanía que el Estado brasileño debe ofrecer.

Concluimos poniendo énfasis en la importancia del debate teórico sobre las condiciones de vulnerabilidad de las personas refugiadas, como herramienta esencial en lo que toca a la unión de esfuerzos dirigidos a la demostración de la necesidad de acciones más concretas que puedan efectivamente minimizar el problema vivido por este vulnerable grupo humano. En última instancia, resaltamos la creencia de que las prácticas inscritas en el Derecho interno de los países tienen peso real sobre la eficacia del proceso, ya que sirven como herramientas valiosas para el tratamiento adecuado de las causas humanitarias



# Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche

*Ronny Leiva Salamanca\**

## Presentación

El papel de la mujer en los procesos históricos puede ser destacado mediante el enfoque de género, que apunta a investigar, revisar, interrogar y analizar los roles, los espacios y los atributos socialmente asignados tanto a las mujeres como a los varones, haciendo foco en las marcadas desigualdades. En el pueblo *mapuche*<sup>1</sup> la mujer cumple un rol central en la producción de conocimiento y reproducción sociocultural desde los espacios familiares, íntimos o domésticos<sup>2</sup>. En la práctica, esta situación aún no ha sido plenamente desarrollada y valorada al interior del pueblo *mapuche*.

---

\* Mapuche de Gulumapu (Chile), psicólogo y magíster (c) en sociología de las organizaciones, diplomado en género, derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Se ha desempeñado como asesor de la organización tradicional mapuche Consejo de Lonko del Pikunwiji mapu, es integrante del Grupo Trabajo Mapuche por los Derechos Colectivos y trabaja como consultor independiente en materia de derechos indígenas.

- 1 El pueblo mapuche constituye una sociedad de carácter tradicional y origen precolombino que existe en el sur de Chile y Argentina, desde épocas anteriores a la formación de los Estados. Habiendo pasado por situaciones de guerra con la Corona Española y con los nacientes Estados chileno y argentino a fines del siglo XIX, sigue existiendo con cierta autonomía gracias a la vigencia de sus propias instituciones, conocimientos y agentes culturales.
- 2 Millaleo, Ana, *El Witral: la escritura ancestral de las mujeres mapuche*. Publicaciones Mapuexpress, 2011, págs. 3-4.

En este texto se sostiene que las mujeres han cumplido un papel sustancial en el desarrollo del proceso de reconstrucción de la sociedad *mapuche*. Acogiendo la propuesta de articular relatos hablados desde los significados femeninos<sup>3</sup>, se reconoce la importancia de destacar su rol activo en la historia *mapuche* reciente. Se busca, además, contribuir a superar la “invisibilidad analítica”<sup>4</sup> en que se encuentran las mujeres *mapuche*. Visibilizar a la mujer en el análisis de la sociedad *mapuche* consistirá en poner, en primer lugar, la diferenciación de género con base en la etnicidad para, así, problematizar su singularidad, en tanto ausentes del debate público.

Nuestro enfoque de la sociedad *mapuche* se sustenta en el trabajo de Curín y Valdés<sup>5</sup>, quienes proponen asumir la “(re) construcción de un modelo social [*mapuche*], [...] teniendo en cuenta su origen histórico-cultural distinto a otras formas de organización social”. La respuesta *mapuche* al maremoto ocurrido en el sur de Chile el año 1960, situación que remite al mito fundacional de *Trengtreng* y *Kaykay*, es el hito que marcaría la emergencia del proceso de reconstrucción. Desde el mundo *mapuche*, el *kimche* Lorenzo Aillapan ha entregado claridades

---

3 Barrancos, Dora, “Historia, historiografía y género. Notas para la memoria de sus vínculos en la Argentina”, *La Aljaba*, segunda época, volumen IX. UBA, Argentina, 2004, pág. 18.

4 Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”, documento de trabajo. Instituto de Estudios Políticos de Grenoble, Universidad Pierre Mendès France, Francia, 2009, pág. 7. Disponible en: <[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/los\\_derechos\\_de\\_las\\_mujeres\\_mapuche\\_en\\_chile11.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/los_derechos_de_las_mujeres_mapuche_en_chile11.pdf)>, a octubre de 2015.

5 Curín Paillavil, Eduardo, y Marcos Valdés, “A los intelectuales; o, de cómo resulta necesario repensar la cuestión mapuche. Reflexiones desde Santiago”, 1999. Disponible en: <<http://www.mapuche.info/mapuint/Valdes2000.html>>, a octubre de 2015.

respecto de este hito histórico cultural, con el concepto *püji mapu kimün weftui* o renacimiento de la sabiduría ancestral *mapuche*<sup>6</sup>.

El presente artículo es un intento teórico de profundizar en el proceso de reconstrucción social *mapuche* desde el enfoque de género. Consta de tres partes: la primera, como contexto teórico, nos aproxima a la situación de invisibilización de la mujer en la narrativa histórica occidental, desde la Ilustración, las críticas feministas y el surgimiento del enfoque de género en la década de los 70. En la segunda parte, se conceptualiza a las mujeres *mapuche* como “mujeres en el movimiento de los derechos humanos”<sup>7</sup>, presentando dos temas clave: la presencia de la mujer en la historia organizativa *mapuche* y nuestras reflexiones respecto del machismo en la sociedad *mapuche* actual. La tercera parte se refiere a la acción y actividad pública de las mujeres en el contexto del proceso de reconstrucción de la sociedad *mapuche*, en cuatro esferas: la poesía, la actividad profesional y académica, la propia organización *mapuche* y la dirigencia en el movimiento social *mapuche*.

## 1. La invisibilización de la mujer en la narrativa histórica occidental

Desde el punto de vista biológico existen diferencias constitutivas que caracterizan la distinción de los sexos masculino y femenino; el concepto de género considera, además, las características de tipo social y cultural. Así, la distinción

---

6 Leiva, Ronny, “Maremoto del año 1960, sacrificio humano y restablecimiento del equilibrio en el Wallmapu”, *Revista Investigaciones Sociales*, Perú, 2013 (págs. 35-45).

7 Jelin, Elizabeth, “¿Ante, de, en, y?: mujeres y derechos humanos”, *Revista de Ciencias Sociales: América Latina Hoy*, volumen 9 (págs. 6-23), España, 1994, pág. 21.

entre hombres y mujeres se refiere más a la construcción de la posición que la persona ocupa en las relaciones sociales, como resultado de condiciones históricas. En ese sentido, para abordar las relaciones de género se debe considerar el devenir histórico de esta construcción en la cultura occidental actual.

En el siglo XVIII, ligado a la ideología victoriana sobre la mujer, surge en Europa la distinción entre el espacio público, fundamental esfera de acción de los Estados, y el espacio privado, esfera de la libertad de los ciudadanos, distinción implantada el siglo XIX en América Latina<sup>8</sup>. En los siglos XIX y XX, la reconfiguración de las relaciones de trabajo entre hombres y mujeres, motivada por las teorías funcionalistas, la industrialización y la modernización, separa los mundos de la familia, como unidad de producción de tipo emocional, en la cual se sitúa a la mujer, y del trabajo, como ámbito exclusivo para la producción material, en el cual el hombre tiene un papel preponderante. Entre ambos espacios no habría ningún tipo de interferencias<sup>9</sup>. Se instala, así mismo, el modelo hegemónico en el cual la masculinidad será una posición privilegiada para la interacción social. Los “destinos masculinos y femeninos se vislumbraban como si estuvieran trazados por la biología” cuestión que fue legitimada por un “sistema institucional afín”<sup>10</sup>, promovido en contextos como la escuela, la familia, el Estado, la iglesia, entre otros.

---

8 Caviglia, María Jorgelina, “Mujeres trabajadoras, capitalismo e ideología victoriana”, en: Villar, Di Liscia y Caviglia, *Historia y género: seis estudios sobre la condición femenina*. Universidad Nacional de La Pampa, Argentina, 1999 (págs. 137-147).

9 Lobato, Mirta, “Trabajo, cultura y poder: dilemas historiográficos y estudios de género en la Argentina”, *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*. UBA, Argentina, 2008, pág. 29.

10 Faur, Eleanor, *Masculinidades y desarrollo social. Las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres*. Arango Editores, UNICEF, Colombia, 2004, pág. 23.

Un cuarto elemento es el modelo de femineidad que considera el cuerpo de las mujeres con relación a la función biológica de la procreación, desconociendo la plenitud de sus dimensiones y generando una ideología en que las actividades relacionadas a la crianza y cuidado de las y los hijos serían de su exclusiva responsabilidad. Estas bases ideológicas, entre otras, ponen en acción una valencia diferencial de los géneros, que sostienen y refuerzan las construcciones simbólicas que inferiorizan e invisibilizan a las mujeres.

Estos componentes ideológicos fueron, además, integrados en la construcción del Estado moderno. Los modelos de Hobbes, Locke, Rousseau, entre otros autores de la Ilustración, recurren a la construcción ficcional de un punto de partida pre-político, estado de naturaleza y contrato social, en que se excluyó a las mujeres de la propugnada “igualdad”, de los derechos y beneficios supuestos para “todos”<sup>11</sup>.

Mujeres como Mary Astell (1666-1731) y Mary Wollstonecraft (1759-1797) confrontaron esas ideas, y la escritora francesa Olympe de Gouges fue condenada en 1793 a la guillotina por publicar el texto “Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana” en respuesta crítica a la “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano”. El debate de la época concluyó en la invisibilización, consolidándose las dificultades de las mujeres para acceder al espacio público-político de la ciudadanía y de los derechos<sup>12</sup>.

Tuvieron que surgir demandas específicas para que los cuestionamientos al modelo hegemónico masculino volvieran

---

11 Pateman, en: Femenías, María Luisa, “De los estudios de la mujer a los debates sobre género”, en *Historias con mujeres, mujeres con historia*. UBA, Argentina, 2008, pág. 3.

12 *Ibidem*, págs. 4-5.

a aparecer. Es el caso de las mujeres sufragistas que desde mediados del siglo XIX comienzan a desarrollar las luchas por el voto, la ciudadanía y los derechos civiles de las mujeres. En Latinoamérica estos derechos fueron reivindicados, aunque no como reclamos netamente feministas, sino porque ponían en duda la aplicación de los principios de igualdad y universalidad. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial los países occidentales accederían en conceder el voto a las mujeres.

El movimiento feminista desarrollado a partir de los años 60 en Estados Unidos de América y Europa, de la mano de la liberación sexual, ha sido generalmente denominado como la “primera ola”, y el surgimiento del concepto de género se da en el contexto de la llamada “segunda ola” (décadas del 70 y 80 del siglo XX), sobre la plataforma del libro “El segundo sexo” de Simone de Beauvoir (1949). Este texto marca un punto de inflexión: a partir de entonces estas nociones se fueron insertando en el campo académico, resultando en la aparición de los estudios de género<sup>13</sup>.

Aún existe la tarea pendiente de la revisión de los enfoques y la reflexión en cuanto a la invisibilización de la participación de la mujer. Como bien señala Dora Barrancos:

[...] hacemos historia de las mujeres porque es fundamental comprender el significado de la sexuación en los acontecimientos del pasado, cuya interpretación sexuada dominante sólo ha podido rendir una narrativa necesariamente limitada<sup>14</sup>.

---

13 *Ibidem*, págs. 6-7.

14 Barrancos, Dora, “Historia, historiografía y género. Notas para la memoria de sus vínculos en la Argentina”... pág. 56.

Considerando que las preconcepciones pueden interferir en nuestra producción textual llevándonos a obviar la presencia de la mujer en los procesos de las sociedades –esto es, el sexismo automático<sup>15</sup>–, resulta necesario desarrollar trabajos analíticos conscientes para revelar el papel de la mujer en la historia y así desarrollar una historia con pleno sentido.

## 2. Los derechos de las mujeres *mapuche* y “sus luchas”

### a. La mujer en la historia organizativa *mapuche*

La participación de la mujer *mapuche* en las luchas de su pueblo no es un fenómeno reciente. La historiografía oficial ha consignado la participación de Fresia, Guacolda y Tegualda como combatientes en el tiempo de la conquista española, “al lado de los grandes caudillos, sus complementos femeninos”<sup>16</sup>. También el caso de Anuqueupú, quien como *inhan toki* o segundo general al mando (1585-86), tras la muerte del *toki* Guepotaen “resolvió tomar el relevo de la lucha en defensa de su territorio [...], procediendo a aliarse con las fuerzas militares que comandaba su hermano *Quechuntureo*”, señalándose, además, que ella “aprendió las artes militares, como lo era para todos y todas las jóvenes *Mapuche* de la época”<sup>17</sup>.

---

15 Segato, Rita, “La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho”, en: *Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina, 2003, pág. 13.

16 Cáceres, Luis, “La presencia de la mujer mapuche en las luchas en el Puelmapu y Gulumapu”. Escuela de Trabajo Social Universidad de Costa Rica, 2008. Disponible en: <<http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/pela/pl-000304.pdf>>, a octubre de 2015.

17 *Ibidem*.

La presencia femenina *mapuche* en la lucha por los derechos como pueblo representa un movimiento constante en la historia de esta sociedad, y, si bien “fueron excluidas de las acciones políticas y públicas, representaron un eje primordial en la resistencia cultural”, al ser “depositarias del espacio mágico-religioso (*machis*) y reproductoras del orden biológico y cotidiano”<sup>18</sup>.

La primera mujer *mapuche* destacada en el ámbito público fue Herminia Aburto Colihueque, quien en 1933 se presentó a las elecciones municipales como integrante del directorio de la Federación Araucana, organización caracterizada por su gran tradicionalismo cultural. A pesar de no resultar electa, su participación resultó muy relevante a nivel simbólico, ya que recién en 1931 se había logrado obtener el derecho al voto municipal y la representación para las mujeres.

En la década de los 30 aparecieron las primeras organizaciones *mapuche* de mujeres: la Sociedad Femenina Araucana Fresia, la Sociedad Femenina Tegualda de Chol Chol y la Alianza Femenina de Quecherehue, que participaron en el Congreso Nacional Araucano de 1939. Esto se asocia al fortalecimiento de los movimientos de mujeres en Chile y permite visualizar la permanente presencia de las mujeres en la lucha *mapuche* en una coyuntura histórica y cultural de occidente<sup>19</sup>.

El caso de Bartola Gineo, dirigente *mapuche* del sector Maquehue que en los años 50 confrontó a jueces y latifundistas ante el abuso de la usurpación de tierras, es destacado por Foerster y Montecino (1988) en un texto sobre organizaciones y líderes *mapuche*. Representa a muchas mujeres *mapuche*

---

18 Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”... pág. 13.

19 *Ibidem*, págs. 14-15.

anónimas que “lidiaron activa y vigorosamente frente a los atropellos e injusticias vividas por las reducciones”<sup>20</sup>.

A lo largo del siglo XX, la participación de la mujer en el marco de las organizaciones sociales *mapuche* presenta matices. En los años 70, con el surgimiento de las demandas políticas del pueblo *mapuche*, las mujeres tenían “el deseo de acompañar a los hombres” aun cuando estaban preocupadas por su “limitada participación” en las organizaciones<sup>21</sup>. En la década de los 80, durante la dictadura militar, aparecen nuevas organizaciones de mujeres en las comunidades, que tienen el objetivo principal de recuperar la medicina tradicional o desarrollar el trabajo de la textilería artesanal. Actualmente, se constata la existencia de organizaciones de mujeres *mapuche* en la Región de la Araucanía, por ejemplo, las organizaciones *Weichafe Domo* y *Newen Domo*, esta última constituida por seis organizaciones de base; en la Región del Bío Bío encontramos a la organización *Rayen Voygue*<sup>22</sup>.

El liderazgo de las mujeres *mapuche* es reconocido y ha sido importante para la articulación de nuevos espacios y para el mantenimiento y socialización de la cultura y la lengua propias. Sin embargo, éstas se encuentran hoy día “en un doble conflicto: contra el Estado y contra su comunidad”, ya que hablar de género es muy difícil en “un contexto de violación de los derechos de su pueblo”. En este sentido, un aspecto central de la lucha de las mujeres *mapuche* guardará relación con la forma en que la sociedad *mapuche* entiende su papel en las reivindicaciones como

---

20 Ibidem, pág. 21.

21 Richards, Patricia, “Política de género, derechos humanos y ser indígena en Chile”, *Gender and Society*, 19(2) (págs. 199-220), 2005, pág. 14.

22 Agencia de Información Latinoamericana (ALAI), “Reconocido liderazgo de mujeres mapuche”, *alainet.org*, diciembre de 2009. Disponible en: <<http://alainet.org/active/33623>>, a octubre de 2015.

pueblo originario. Aún existen pocos avances en este plano; la negociación de la doble pertenencia como mujer y como *mapuche* dificulta el asumir esta tarea, pues la mujer *mapuche* “primero solidarizada con la lucha de su pueblo”<sup>23</sup>.

### **b. El origen del machismo en la sociedad *mapuche*: una pregunta sin responder**

Desde siempre, en la sociedad *mapuche* la mujer ha tenido un rol complementario al del hombre, esto es lo que se señala desde las organizaciones *mapuche* y así lo entienden, además, las mujeres del movimiento de los derechos *mapuche* – o, al menos, así quisieran que fuera. En el imaginario sociocultural reivindicativo *mapuche* está presente la idea de la complementariedad, sin que se presente un desarrollo completo de esta idea.

Sin embargo, la sociedad occidental siembra la duda respecto a este ideal social *mapuche* y muchas veces lo señala como machista. Desde fuentes académicas, fundamentalmente antropológicas, se sostiene que la mujer en la sociedad *mapuche* ancestral fue utilizada como objeto de prestigio y poder, y se encontraba en una situación de dominación<sup>24</sup>. La antropóloga Sonia Montecino también contribuye a esta idea: “regaladas como esposas, compradas como esclavas, presas de guerra, principal botín de las incursiones bélicas. [...] Eso es común tanto al universo *mapuche* como al europeo”<sup>25</sup>.

---

23 Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”... pág. 32.

24 Zavala, José Manuel, “*Los mapuche del siglo XVIII: dinámica interétnica y estrategias de resistencia*”. Editorial Universidad Bolivariana, 2008, pág. 231.

25 Montecino, Sonia, “Palabra Dicha: escritos sobre Género, Identidades, Mestizajes”, Colección de libros electrónicos, Serie Estudios. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. 1997, págs. 123-124.

No obstante, Sonia Montecino matiza su postura y reconoce un proceso de cambio en las relaciones de género con posterioridad a la “Pacificación de La Araucanía”, ocupación militar llevada adelante por el Estado chileno en la década de 1880<sup>26</sup>. Señala que las mujeres “asumen el rol de socializadoras de su cultura”, “irán a los mercados locales a vender sus productos” y “curarán a su familia con las medicinas tradicionales”. Por su parte, los hombres, “acosados por las relaciones con el blanco”, ya no manifestarán externamente su pertenencia cultural “pero se congregarán en las sociedades políticas para luchar por sus derechos”<sup>27</sup>.

Más allá de estas discusiones está el movimiento social *mapuche*, que, como todo movimiento reivindicativo de derechos, y para dar cuenta de su amplio alcance, no ha abandonado la reivindicación de los derechos de la mujer. Esta confluencia de opiniones es la que nos lleva a considerar la temática del machismo como central.

Al respecto se consultó a algunas mujeres *mapuche*. Pilar Collipal Curaqueo, orientadora familiar del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), señala que el machismo fue introducido en la sociedad *mapuche* al penetrar la mirada occidental, y se manifiesta hoy de la misma manera, incluyéndose la violencia de género y la desvalorización de la mujer. Minerva Castañeda Meliñan, encargada del Centro de Documentación

---

26 “Pacificación” fue el nombre que le dio el Estado chileno a la guerra de ocupación que llevó adelante para anexionar el territorio mapuche del Río Bío Bío al sur. La sociedad mapuche hasta entonces gozaba de libertad, soberanía e independencia, producto de su victoria en la guerra frente a la Corona Española y la firma de los tratados internacionales Parlamento de Quilín, 1641, y Negrete, en 1726, 1793 y 1803, y la mantención de esta situación geopolítica con la firma del Parlamento de Tapihue de 1825, firmado con la República chilena, vulnerado en 1883.

27 Montecino, en: Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”... pág. 20.

de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), señala que tanto hombres como mujeres podían ejercer “cargos públicos”, como *machi*, *werken* y *longko*, aportando así con una perspectiva no sexista de la sociedad *mapuche* tradicional<sup>28</sup>.

Estas opiniones asumen una imposición de las relaciones asimétricas de género, las que no habrían existido antes en la cultura *mapuche*, al menos en tal intensidad o cualidad como para ser vivenciada como una situación de dominación, siendo actualmente percibida por las mujeres *mapuche* como resultado del proceso de cambio que trajo la situación de colonización, iniciada con la ocupación territorial por parte del Estado chileno. Esto sugiere que “las mujeres *mapuche* viven el machismo y la violencia [de género] de una manera propia, como una influencia exterior”<sup>29</sup>, esto es, proveniente de la relación con el “otro” occidental.

El arqueólogo Ricardo Latcham sostiene algo contrario a lo señalado por otros estudiosos: antes de la llegada de los españoles, los *mapuche* se organizaban en un sistema totémico matrilineal donde cada individuo tenía un nombre que correspondía a su *küga* (tótem), heredado de su madre, es decir, en las relaciones de parentesco habría sido la mujer la que establecía su herencia en la transmisión cultural. Así, la presencia española habría promovido el fortalecimiento de la dominación masculina en la sociedad *mapuche*<sup>30</sup>.

---

28 López, Sandra, “Violencia y mujeres mapuche”, *Feminista tramando*, febrero de 2012. Disponible en: <<https://feministatramando.wordpress.com/2012/10/24/violencia-y-mujeres-mapuche/>>, a octubre de 2015.

29 Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”..., pág. 20.

30 Zavala, José Manuel, *Los mapuche del siglo XVIII: dinámica interétnica y estrategias de resistencia...* págs. 76-77.

Existen además algunos aspectos conflictivos en las relaciones de género al interior de la sociedad *mapuche* actual: la existencia de la violencia intrafamiliar en las comunidades *mapuche*, la dificultad que tienen las mujeres *mapuche* para hacer públicas estas situaciones que afectan sus derechos, y una cierta desconfianza hacia la conformación de organizaciones de mujeres *mapuche* motivada por la dificultad de articular en la práctica el enfoque de género y las reivindicaciones como pueblo.

Todas estas versiones aparecen como enfrentadas o hasta inverosímiles, y no terminan de resolver la pregunta sobre el origen del machismo en la sociedad *mapuche*. Observamos que, por una parte, existe una “visión romántica” que quiere reclamar una vernácula forma de equilibrio intergénero en la antigua sociedad *mapuche*. Pero en toda sociedad existen conflictos e inequidades de género o de otra índole, y para su regulación se crean las instituciones. Por otra parte, existe evidencia que revela que la influencia occidental sobre la cultura *mapuche* tiene su peso sobre la construcción de los roles y relaciones de género.

Es necesario considerar que la sociedad *mapuche* actual se encuentra colonizada por el Estado chileno y, por ende, sus instituciones no presentan una cristalización suficiente para fungir como mecanismos de regulación social, hallándose en una condición parcial de integridad y funcionalidad. Así, desde el nivel metodológico no es posible sino reconocer una manifestación, también parcial, de la sociedad tradicional en cuanto a sus principios, valores y organizaciones sociopolíticas, de socialización y otras.

Coincidimos entonces con la respuesta de Mattus a esta cuestión: la sociedad *mapuche*, independientemente de la forma que tuvieran las relaciones de género con anterioridad a la colonización, es producto de ésta situación que se ha visto

influenciada por los aspectos más negativos del machismo histórico occidental.

Esta pregunta sin resolver o responder, ha sido también una fórmula utilizada para sugerir una suerte de inferioridad de la sociedad *mapuche*. La atribución de un “machismo tradicional” suele ser utilizada como una afirmación o pregunta capciosa para cuestionar los mismos procesos de reconstrucción social *mapuche*, en tanto se presume que en ésta la participación de las mujeres se encontraría postergada y sometida a una posición de inferioridad.

De este modo, la lucha de la mujer *mapuche* frente a una triple discriminación<sup>31</sup> –ser mujer, indígena y encontrarse empobrecida–, constituye un eje central en el proceso de reconstrucción social *mapuche*. Sin esto, la recuperación de los aspectos culturales constitutivos de esta sociedad sencillamente no será posible.

### **3. El aporte de las mujeres al proceso de reconstrucción social *mapuche***

En esta sección abordaremos la acción y actividad pública de mujeres en el contexto del ejercicio, reivindicación, reclamo o manifestación de los derechos propios *mapuche*, en el marco de un proceso de reconstrucción de la sociedad *mapuche*. Nos referiremos a cuatro esferas a través de las cuales este proceso se manifiesta: la poesía, la acción profesional y académica, las propias instituciones ancestrales y la dirigencia en el marco del movimiento social *mapuche*. Desde un punto de vista metodológico, estas cuatro esferas de acción constituyen una

---

31 Collinao, Ángela, y Melillán, Carmen, “La participación organizacional de la mujer Mapuche en Santiago”. CEDESCO, 1999.

elección arbitraria, toda vez que puede haber otros ámbitos de acción específica en la sociedad *mapuche* en que se cumplan estas mismas funciones de actualización social.

Queremos explicitar, también, que la elección de las mujeres que se mencionarán es resultado de una selección no arbitraria, es decir, producto de la experiencia como exigencia empírica, siendo los criterios de la selección: a) se trata, en su mayoría, de mujeres que conocemos personalmente, b) destacadas en cuanto a su participación en actividades de la esfera pública, y/o c) de reconocido aporte y entrega al proceso de reconstrucción de la sociedad *mapuche*. No negamos la posibilidad de incurrir en alguna omisión de tantas otras importantes y emblemáticas *lamgen* o hermanas, mujeres del movimiento de los derechos colectivos del pueblo *mapuche*, a quienes dedicamos este trabajo.

### **a. La poesía *mapuche* como propuesta de futuro**

En esta importante esfera de la acción humana, cuya finalidad es la comunicación de la visión del mundo y visitar las condiciones de las sociedades en su tiempo, la poesía *mapuche* emerge durante los últimos veinte años como una forma de apropiación de un instrumento de conservación de la palabra y la identidad cultural<sup>32</sup>.

Entre las poetas *mapuche* destaca Rayen Kuyen, quien ha desarrollado su trayectoria principalmente en Alemania, a partir de la publicación de su libro “Luna de los primeros brotes” en 1989, en lengua alemana y *mapuche*. La poeta vivió, además, en Nicaragua y fue víctima de la dictadura militar, teniendo que asumir el exilio. En 1990, ya de regreso en Chile, participó de la

---

32 Ostría, Mauricio, “Sobre la conciencia escritural de la poesía *mapuche*. A propósito de un poema de Elicura Chihuailaf”, *Revista Anales de Literatura Chilena*, Año 7, número 7, 2006, pág. 3.

fundación de la Casa de Arte *Mapu Ñuke Kimce Wejiñ* y escribió sus libros “Luna de las cenizas” y “Cometas azules” (1991), publicados en Temuco.

Para esta autora, la poesía “ha sido un arma cargada de futuro”. Su tema central es la lucha del pueblo *mapuche* por la recuperación de su identidad y soberanía. Su lenguaje se inscribe en la tradición *mapuche* y, en tanto poesía que deriva de ésta, sostiene esa forma de realismo tan propio de la oralidad *mapuche*, reflejando así la vitalidad y vigencia de esta sociedad<sup>33</sup>.

A Rayen la hemos visto participando activamente de movilizaciones sociales; acompañando, de forma directa y con el análisis poético-político, la situación injusta de prisión política de hermanos y hermanas *mapuche*, en el marco de la criminalización de la protesta social; difundiendo por otras latitudes el mensaje *mapuche* en tanto nación originaria, y acompañando a las autoridades ancestrales tanto en el plano político como en el espiritual.

Otro ejemplo en esta misma línea es Graciela Huinao. Sus poemas fueron inicialmente editados en Estados Unidos, y su primer libro, “*Walinto*”, fue publicado en Chile el año 2001, en formato bilingüe *mapudungun*-español. Según señala, el nombre de esta obra es una alusión a su lugar de origen, una comunidad *mapuche* al sur de la provincia de Osorno, cuyo nombre en castellano significa “Lugar de patos”.

Sobre sí misma dice “soy *Mapuche*, nací *Mapuche*, nací en una comunidad indígena, mis antepasados eran dueños de esa comunidad indígena, mis primos, mis abuelos, mis tíos, todos indígenas, toda la alimentación, todo mi desarrollo cultural,

---

33 Lacave, Maribel, Prólogo a la reedición del libro *Pu Kajfu Wiyuce (Cometas azules)*. Chile, febrero de 2003, págs. 9-12.

social, religioso, político, era dentro de una comunidad indígena”. Es crítica del tratamiento que del concepto “pueblo” hace el “otro” no *mapuche*: “generalmente la sociedad mayoritaria, para referirse a nosotros como una nación, nos dice que somos un pueblo pero, también, eso es un poco de desconocimiento porque un pueblo y una nación somos exactamente lo mismo”, señala<sup>34</sup>.

Sus palabras transmiten la noción de transcendencia de la historia *mapuche*: “los *mapuche* tenemos una carga tremenda de historia que no se ha publicado, muere con nosotros. Yo no quiero que eso me pase, siento que mi función es dar a conocer la memoria de mi pueblo, todas aquellas historias y vivencias de mi infancia”. Esto se manifiesta en su obra poética cuando, por ejemplo, expresa: “La primera escuela de mi raza /es el fogón/ en medio de la *ruka*/ donde arde /la historia de mi pueblo”<sup>35</sup>.

La poesía *mapuche* se instala como depositaria de una línea jamás extraviada de la palabra de la cultura y sociedad *mapuche*, conservada todo el tiempo por la tradición oral y constituye una afirmación de la presencia del realismo en la producción poética que reivindica el poder de la palabra y su vinculación esencial con el ser y el mundo<sup>36</sup>.

## **b. Aportes en la acción profesional y académica**

Un aspecto que actualmente resulta central para la lucha de las mujeres *mapuche* guarda relación con la forma en que entienden su papel en las reivindicaciones como pueblo originario: “el carácter complejo de los derechos *mapuche* es de central

---

34 En el Festival de Poesía de Medellín, Entrevista a Graciela Huinao: “Me protegen los espíritus antiguos”. Disponible en: <[http://www.festivaldepoesiademedellin.org/es/Diario/26a\\_10\\_09.html](http://www.festivaldepoesiademedellin.org/es/Diario/26a_10_09.html)>, a octubre de 2015.

35 Extracto del poema “Los cantos de José Loi”, del Libro “Walinto”, 2001, pág. 41.

36 Ostria, Mauricio, “Sobre la conciencia escritural de la poesía *mapuche*. A propósito de un poema de Elicura Chihuailaf”...

importancia en los esfuerzos de las mujeres *mapuche* por teorizar su subjetividad”<sup>37</sup>. Se trata de una tarea que cuenta con pocos avances, aunque existen aportes importantes a la reconstrucción de las propias formas de organización y de comprensión de la realidad cultural desde lo académico. Uno de estos es el desarrollo del concepto de *derecho propio mapuche*, elaborado por la abogada y trabajadora social María Del Rosario Salamanca Huenchullán en la investigación “*Mapu Küpal Azkunun Zugu*” (2003).

Originaria del *lofmapu Folilko*, como dirigente social en la década de los 80 y 90 centró su labor en la recuperación de la cultura e instituciones ancestrales, apoyando a diversos *kimche* y representantes *mapuche*, entre ellos a Lorenzo Aillapan, en la realización de actividades culturales, y promoviendo la realización de talleres sobre medicina *mapuche*, cosmovisión, entre otros. En sus últimos años se destacó profesionalmente por su trabajo en la Defensoría Penal Pública de la región de La Araucanía, donde se desempeñó como jefa de la defensora juvenil y, posteriormente, como jefa de la defensoría penal *mapuche*, actuando como abogada de jóvenes e imputados *mapuche* en el contexto de la criminalización de la demanda social.

Durante la década del 2000, como investigadora del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera (UFRO) en Temuco, y también de forma independiente, realiza una serie de publicaciones en libros y revistas de ciencias sociales y jurídicas, destacándose sus análisis sobre los derechos de niños y mujeres *mapuche*<sup>38</sup>, la criminalización de las reivindicaciones

---

37 Richards, Patricia, “Política de género, derechos humanos y ser indígena en Chile”..., págs. 199-200.

38 Salamanca, María Del Rosario, “Los Derechos de las Mujeres y los Niños Indígenas”, Publicaciones Mapuexpress, 2014. Disponible en: <<http://www.mapuexpress.org/?p=192>>, a octubre de 2015.

como pueblo y la aplicación de la reforma procesal penal, los derechos sobre las tierras y territorios, y del derecho propio o el *az mapu* en la sociedad *mapuche*.

Junto a un equipo multidisciplinario, María Salamanca desarrolló durante los años 2002 y 2003, un intenso trabajo de investigación en el contexto de la llamada “Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato” que, junto a otras investigaciones coordinadas por la Comisión Autónoma *Mapuche* (COTAM), fueron un trabajo serio y riguroso pensado, justamente, en la necesidad de avances del conocimiento *mapuche* en el ámbito académico.

El proceso de investigación sobre los fundamentos y manifestaciones del derecho propio *mapuche*, contó con la participación de una veintena de representantes *mapuche* –*longko*, *werken*, *kimche*, *machi*, *wewpife* y otros–, de los territorios *lafkenmapu*, *wentemapu*, *inhapiremapu*, *wijimapu* y *pewenmapu*, los que fueron visitados personalmente, aportando con su palabra sobre la normativa consuetudinaria *mapuche* en el contexto de la orgánica sociopolítica ancestral. Los *günelfe*, representantes o autoridades *mapuche*, participaron además, de varios coloquios o *trawün* de *kimche*, en los que la sistematización de la información fue revisada por ellos mismos, incorporándose sus observaciones y modelo de análisis.

Otra mujer *mapuche* que ha logrado desarrollar una teorización respecto de cuestiones de interés en el marco del proceso de reconstrucción cultural es la socióloga Ana Millaleo. En una monografía denominada “El *Witral*: la escritura ancestral de las mujeres *mapuche*” (2011), realiza un esfuerzo por defender y constatar la existencia de este arte desarrollado por las mujeres. Señala la autora que “uno de los temas que han sido poco investigados es lo de la escritura ideográfica por medio del telar,

escritura (dato no menor) que era manejada principalmente por las mujeres *mapuche*".

Explica que la mujer *mapuche*, en el desarrollo del *witral* o tejido, se convierte en ñeminchefe o ñeminñürekafe, es decir, aquella persona que domina el ñemin o ñimin, forma de simbología desarrollada en el arte textil *mapuche*. La autora revela que se trata de una forma de escritura mantenida por las mujeres: "de acuerdo a mis observaciones puede darse el caso que la ñeminñürekafe reconozca en una niña ciertas habilidades o espiritualidad afin para realizar este trabajo y sea la maestra que pida a la ülcha domo [joven mujer] para que esta se transforme en su aprendiz".

Millaleo señala que la constatación de la existencia de una escritura de carácter ideográfico en la sociedad ancestral *mapuche* permite "develar la poca sinceridad de la historiografía occidental y sus errores en la interpretación de las otras culturas, al trasladar la valorización negativa y la insignificancia que tiene lo doméstico para esa cultura". En efecto, otro aspecto importante de su trabajo monográfico tiene que ver con la reivindicación del espacio doméstico –que llama el espacio del fogón–, que para la sociedad *mapuche* tiene particular relevancia en tanto espacio de socialización.

La propuesta de esta socióloga *mapuche* abre muchas vetas a la reflexión e investigación de la mujer sobre su realidad, tanto en la teorización como en la práctica. Recordemos que aún se encuentra vigente la tradición de las ñeminñürekafe creadoras de la escritura ideográfica *mapuche*, y parece casi una exigencia del proceso el que ellas puedan desarrollar una reconstrucción de este magnífico saber ancestral.

### c. La institucionalidad *mapuche* y la dinámica de la reconstrucción

La investigación sobre las instituciones *mapuche* se ha dirigido hacia la observación de la propia organización social y política, desde el liderazgo de los agentes tradicionales enmarcados en el *az mapu* o propia normatividad, hasta las complejidades generadas por la Ley Indígena 19.253, en el contexto de la sociedad *mapuche* actual<sup>39</sup>.

En esta esfera destaca la *longko* Juana Rosa Kalfunao del *lofmapu* (comunidad) Juan Paillalef. El año 2005 comienza a figurar en la prensa local, víctima de la acción de “paramilitares de latifundistas chilenos”, quienes atentaron contra su propiedad quemando su vivienda en al menos tres oportunidades<sup>40</sup> con la intención de amedrentarla por las acciones que como autoridad *mapuche*, desarrolla en defensa de su territorio invadido por una empresa de electricidad que pretendía instalarse sin consultar a su comunidad. Por esa razón, junto a su familia repele a efectivos de carabineros.

En enero de 2006, Juana Kalfunao fue formalizada por desórdenes públicos y amenazas a carabineros, producto de las acciones de defensa y reivindicación de su jurisdicción territorial. En la audiencia, indignada por las declaraciones del fiscal Alberto Chiffelle, quien se refirió a su comunidad como una “pandilla”<sup>41</sup>,

---

39 Leiva, Ronny, “Instituciones *mapuche* en Chile: del derecho propio a la consulta indígena”, *Revista Cultura-Hombre-Sociedad* CUHSO, 24(1) (págs. 103-138), 2014.

40 Información del Diario Austral de Temuco, 2005, consignada junto a una fotografía de la casa objeto del atentado en el sitio web del *lof* Juan Paillalef: <<http://calfunao-paillalef.blogspot.com/2011/05/comunicado-en-apoyo-lonko-juana.html>>, disponible a octubre de 2015.

41 Ver: “Lonko Juana Kalfunao se declara en huelga de hambre. Comunicado de Juana Rosa Kalfunao Paillalef”, disponible en: <<http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/ppm/noticias/ppm-cmdo-20.htm>>, a octubre de 2015.

lo agrede con golpes siendo posteriormente condenada por atentado a la autoridad y encarcelada el 7 de noviembre del 2007 en el Centro Penitenciario Femenino de Temuco.

Tras recobrar la libertad el 10 de septiembre de 2010, asumió plenamente su rol como *longko* en el contexto de la segunda huelga de hambre desarrollada por los prisioneros políticos *mapuche*, iniciada el 12 de julio de 2010<sup>42</sup>, que hasta esa la fecha superaba los 60 días, siendo su hijo Waikilaf Cadín Kalfunao uno de los huelguistas. Juana Kalfunao participó el 26 de septiembre del mismo año en el *Futa Trawün*<sup>43</sup>, en el territorio *Pülal Ko* (Quepe), en el que, entre otras importantes determinaciones, las autoridades *mapuche* ratificaron la primera movilización nacional *mapuche* realizada de los días 29 y 30 de septiembre de 2010, que paralizó la ciudad de Temuco.

Es en el contexto de este *Futa Trawün*, realizado principalmente para articular las acciones en apoyo a la huelga de hambre llevada adelante por casi una treintena de prisioneros *mapuche*, que la *longko* Kalfunao, frente a las autoridades *mapuche*, cuatro *machi*, ocho *longko*, igual número de *werken* y más de ciento cincuenta *kona* (comuneros y dirigentes), manifiesta públicamente su intención de viajar a Santiago para parlamentar con el gobierno del Estado chileno respecto de la delicada situación, decisión que es ratificada de forma unánime.

La propuesta de la *longko* consistía en que una delegación de mujeres *mapuche* –conformada por las madres, hermanas y parejas de los huelguistas, y acompañadas por familiares,

---

42 Ver: Comunicado Público, “Huelga de hambre de los presos políticos mapuche en Concepción”, disponible en: <[http://www.mapuche.nl/espanol/presos\\_mapuche100712.html](http://www.mapuche.nl/espanol/presos_mapuche100712.html)>, a octubre de 2015.

43 Ver: Mapuexpress, Comunicado Público “Autoridades ancestrales mapuche, *Futa Trawün Kiñelmapu Pulalko* (26.09.10)”, disponible en: <<http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=4243>>, a octubre de 2015.

amigos y autoridades políticas y espirituales *mapuche*– asistiera a reunirse con el presidente Sebastián Piñera “para señalarle el estado real en que se encuentran los hijos del pueblo *mapuche*”. A la capital chilena acudieron más de 60 mujeres y hombres *mapuche*. El 30 de septiembre, a las 12:30 horas, los medios de comunicación informaron que el Ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, se encontraba reunido en La Moneda con la delegación de mujeres *mapuche*. Se cumplían entonces 81 días de la huelga de hambre<sup>44</sup>.

Antes de llegar hasta el Palacio de Gobierno, y tras una ceremonia liderada por el *machi* Juan Kurakeo en la Plaza de la Ciudadanía, la *longko* Juana Kalfunao hizo un llamado a evitar el desorden en las manifestaciones:

Por favor, no queremos conflictos: los invitamos a que en forma ordenada caminemos hacia La Moneda y nos acompañen. La persona que quiera hacer conflicto que se vaya, porque venimos en forma tranquila y pasiva, no queremos ningún desorden ni nada [...] venimos caminando desde Temuco, de varios días de haber luchado, hoy nos encontramos aquí llegando muy cerca de La Moneda<sup>45</sup>.

Otra mujer que queremos destacar es María Eugenia Kalfuñanco, *werken* del territorio ancestral o *kiñelmapu Karirriñe*, que en octubre del año 2007 lideró con éxito la expulsión de la empresa hidroeléctrica de capitales noruegos SN

---

44 Ver: Cobertura especial Mapuexpress, “Marcha de mujeres y madres por la vida y libertad, jueves 30 de septiembre de 2010”, disponible en: <<http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=4279>>, a octubre de 2015.

45 Ver: Piensa Chile, “Juana Calfunao, lonko y madre de un comunero en huelga de hambre, se acerca a La Moneda”, disponible en: <<http://piensachile.com/2010/09/juana-calfunao-lonko-y-madre-de-un-comunero-en-huelga-de-hambre-se-acerca-a-la-moneda/>>, a octubre de 2015.

Power, que tenía la intención de emplazar sus instalaciones en el lugar para iniciar los trabajos del Proyecto Central Hidroeléctrica Liquiñe, un hecho hasta entonces inédito en el territorio *mapuche* y que captó la atención de los medios de comunicación locales en la región de Los Ríos.

Lo interesante de este caso es el desarrollo presentado por la orgánica política del *kiñelmapu Karirriñe*, en tanto asociación territorial consciente de su jurisdicción. Motivado por esta información, realicé una entrevista a la *werken* Kalfuñanco para conocer en profundidad la estructura de la organización de *longko* que la había elegido para este importante rol<sup>46</sup>. Normalmente se ha traducido *werken* como vocero, pero el concepto de emisario da cuenta del hecho de que el *werken* es un servidor designado por el *longko* para cumplir funciones que le son delegadas en el contexto institucional ancestral.

El caso es, además, especial, pues se trata de una *werken* que responde a un *kiñelmapu*, agrupación de *lofmapu* o comunidades tradicionales, cada uno representado por un *longko*. En este caso son cuatro los *longko* del territorio, entre los que se cuenta su tío materno, Vicente Pitriullan, *longko* mayor o ñizol del *kiñelmapu*<sup>47</sup>. María Eugenia también pertenece a un *longko küpan* o linaje de autoridad *mapuche*, razón por la cual, por derecho propio, podía acceder a esta designación, que se realizó con el consenso de sus autoridades *longko* a fines de 2006.

---

46 Ver: Mapuexpress, “La Defensa territorial por medio de la Organización Ancestral Mapuche, caso Conflicto con SN Power en la KiñelMapu de Carirriñe”, disponible en: <<http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=5221>>, a octubre de 2015.

47 Un ejemplo similar al del *werken* de una asociación de *longko* es el caso del *Pikun Wiji Mapu Gvlam Longko*, organización de la región de Los Ríos denominada “Consejo de *Longko*”, donde al servidor que responde al ñizol *longko* se le designa como *werken gülamchefe*, es decir, se trata de un “emisario-consejero”.

En su testimonio llama la atención que describa la conformación de esta organización territorial como una reacción a la intervención de la empresa hidroeléctrica. Señala que en 2004, la comunidad ancestral no funcionaba, pero al enterarse de la amenaza, la sensación de temor e incertidumbre los llevó a reunirse para evaluar las alternativas. En lo personal, ella era consciente de que su formación en la sabiduría *mapuche* como *longko küpan* la situaba en una posición de responsabilidad.

Nos contó igualmente cómo, en la complejidad de asumir el rol de *werken*, de forma intuitiva recurrió al *gijatu* o rogativa *mapuche*, comunicándose con los espíritus de sus antepasados para que le dieran consejo, recurriendo también a la mención del *toki* Lautaro y sus fuerzas: “Donde vayan que lleven el bien, toda nuestra gente que ha levantado el consejo, sé que nuestras cosas están renaciendo, por eso el consejo, el pensamiento correcto, por eso ténganos en sus resguardo, les pido nos ayuden ustedes los seres de fuerza<sup>48</sup>”.

El caso paradigmático de la mujer *mapuche* contemporánea es el de las hermanas Nicolasa y Berta Quintreman, sin duda un ejemplo de sabiduría pura siendo *kimche* y *norche*, a quienes también tengo la fortuna de haber conocido personalmente. Su aparición en el imaginario histórico está relacionada con el conflicto socio-ambiental iniciado el año 1998, en donde ellas, en tanto familia habitante de los territorios de Ralco Lepoy, al interior del valle del río Bío Bío, en la cordillera de la región del Bío Bío, junto a otras familias conformadas en su mayoría por mujeres, se vieron obligadas a enfrentar a la empresa transnacional Endesa. Ésta, tras haber finalizado la construcción

---

48 Pasaje traducido del *mapukewun*: “*Eymi Leftraro pu alwe, chew muleimun kvmechi, kom ñi puche purakin ngulamchi pu che, inche kim mapu dungun weftun, chumgechi ñi ngulam, kvme rakiduam, chumgechi amun kvme kvpaiñ kom, ramtung pu newen kellual*”.

de la represa Pangue en 1997, se dispuso a la construcción de la central hidroeléctrica Ralco.

El recorrido que estas familias hicieron, con el objetivo de evitar la inundación del embalse de la represa Ralco en las montañas donde habían desarrollado su vida sus padres y abuelos, fue largo. Incluyó entrevistas con ministros de Estado, alegatos contra accionistas de Endesa y enfrentamientos con caravanas de la transnacional en terreno. En paralelo se dio la solidaridad del mundo ambientalista chileno, el apoyo del mundo dirigencial *mapuche* desde otros territorios y el fundamental intento de las autoridades *mapuche* por fortalecerse desde la tradición – donde cabe destacar el rol del fallecido ñizol *longko* Antolín Curriao. Todo culminó con la presentación del Caso Ralco ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) el 10 de diciembre de 2002.

El 11 de marzo de 2004 se firma el Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado de Chile y las familias *mapuche pewenche* peticionarias del Alto Bío Bío ante la CIDH<sup>49</sup>. Dadas las precarias condiciones que existían en ese territorio para la sustentabilidad sociocultural, la resistencia de estas mujeres y sus familias hasta la última de las alternativas viables, significó el reconocimiento de instancias internacionales a un caso de reivindicación de derechos colectivos, ejemplo del sacrificio y de los problemas que conlleva el ser víctima de las políticas extractivistas de los Estados y las empresas transnacionales, con intereses capitalistas y sin ética.

---

49 Informe No. 30/04, petición 4617/02 “Solución amistosa Mercedes Julia Huenteaño Beroiza y otras, Chile (11 de marzo de 2004)”, disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Chile.4617.02.htm>>, a octubre de 2015.

Las reflexiones respecto a los casos aquí presentados nos llevan a enfatizar en la clara necesidad de una sustentabilidad de las propias organizaciones territoriales *mapuche*, llámese *lofmapu* o *kiñelmapu* u otras, instituciones encarnadas por personas, mujeres y hombres, con fortalezas y debilidades, cuyo valor radica en la sabiduría y espiritualidad que en tiempos inmemoriales le dio cuerpo a la tradición.

#### **d. Liderazgo social en el movimiento *mapuche***

La dirigencia social es el aspecto más conocido por la opinión pública, dado lo mediático de algunas de sus expresiones. Nos referimos a las situaciones de persecución política y criminalización de la que ha sido objeto el movimiento *mapuche*, contexto en el cual los *mapuche* se han visto obligados a asumir la condición de prisión política y una medida tan extrema como la huelga de hambre.

Una de las mujeres que se encontró en esta situación es Patricia Troncoso, quien el año 2008 estuvo 112 días en huelga de hambre en el interior de la cárcel de Angol. Fue condenada por el incendio del fundo Poluco-Pidenco, ocurrido el 19 de diciembre del 2001 en el predio de forestal Mininco, Comuna de Ercilla. El 24 de octubre de 2008, la Corte de Apelaciones de Temuco le negó la libertad condicional, obligándola a cumplir su condena de diez años y un día, como resultado de la aplicación de la Ley Antiterrorista; en mayo de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado chileno por la aplicación de esta ley que ha vulnerado los derechos humanos de integrantes del pueblo *mapuche*<sup>50</sup>.

---

50 Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), “Corte Interamericana de Derechos Humanos condena a Chile en caso Mapuche vs República de Chile”, disponible en: <<https://www.fidh.org/es/region/americas/chile/15839-corte-interamericana-de-derechos-humanos-condena-a-chile-en-caso-mapuche>>, a octubre de 2015.

Por el mismo caso del fundo Poluco-Pidenco fueron condenas siete personas, entre ellas Mireya Figueroa Aranedo, destacada dirigente originaria de la comunidad Tricauco en Ercilla. En una entrevista hecha en 2003, ella señaló, explicando el carácter de su rol dirigencial, que:

[...] lo curioso de esto es que, con la Gobernación, siempre he estado dialogando. Me conocen como dirigente de mi comunidad, la Reducción *Mapuche* de Tricauco en Ercilla, la que tiene incluso reconocimiento de la Conadi [...]. He hecho talleres laborales, he sido presidenta de la Unión Comunal de Talleres Laborales, he participado con PRODEMU, ANAMURI<sup>51</sup>.

Conocí personalmente a Mireya Figueroa cuando, el año 2003, en el contexto de una investigación de los casos de criminalización de la protesta social y prisión política, formé parte de un equipo que la visitó en la cárcel de mujeres de Temuco donde se encontraba cumpliendo prisión preventiva. Recuerdo que nos contó con detalles que ella no había participado de ese delito que se le imputaba, pues ese día se encontraba en Temuco. También, que estaba preocupada por su hijo que había sido imputado por el mismo delito, y que en ese momento se encontraba dando la prueba de aptitud académica para ingresar a la universidad.

En esa oportunidad no pude contener las lágrimas por la situación que enfrentaba su familia y lo injusto de los montajes; la Ley Antiterrorista permite el uso de los llamados “testigos sin rostro” o “testigos protegidos”, quienes detrás del anonimato

---

51 Aguilar, Patricio, Entrevista a Mireya Figueroa, prisionera política mapuche: “Podrán apresar mi cuerpo, pero no mis ideales”, Agencia Mundo Posible, marzo de 2003. Disponible en: <<http://generoconclase.blogspot.com/2011/03/fallecio-la-luchadora-mapuche-mireya.html>>, a octubre de 2015.

pueden declarar arbitrariamente lo que sea. Lo único que pude hacer ese día fue dejarle como regalo un dibujo de una pequeña ramita de un árbol con flores de color rosado, las que florecen en los árboles de Temuco en la primavera, y que había hecho con lápices pastel ese mismo día, con la intención de darle muestras de mi aprecio.

Tras no presentarse al juicio y permanecer durante seis años en la clandestinidad, Mireya Figueroa fue detenida el lunes 6 de julio de 2009 en Santiago, donde frecuentaba la casa de su hija ubicada en la comuna de Pedro Aguirre Cerda. Aludiendo a las razones de su clandestinidad señalaba: “no me voy a presentar a la justicia. No quiero evadirla, pero sólo lo haré cuando el Estado me dé las garantías de un justo proceso. Cuando no haya testigos sin rostros ni pagados”<sup>52</sup>.

En agosto de 2009, mientras se encontraba detenida, le fue declarado un cáncer terminal. En julio de 2010 salió a la luz pública que la Fiscalía entregaba dinero a un testigo protegido que había declarado en el caso del fundo Poluco-Pidenco<sup>53</sup>. Con posterioridad, en un juicio desarrollado en la ciudad de Angol, fue sobreseída de los cargos que se le imputaban, luego de haber sufrido todos los problemas acarreados por el montaje judicial, la persecución y la prisión de la que fue víctima. Tras recobrar su libertad, regresó a Tricauco donde el cáncer la continuó atacando y pasó sus últimos días junto a su familia. Mireya Figueroa falleció el martes 22 de marzo de 2011.

---

52 Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”... pág. 30.

53 Mapuexpress, “ Falleció Mireya Figueroa, destacada dirigente Mapuche”, disponible en: <<http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=6685>>, a octubre de 2015.

La dirigente María Isabel Curihuentro de la Corporación de Mujeres *Mapuche Aukinko Zomo* nos dice:

[...] la militarización de nuestro territorio, toca a todo el mundo, pero particularmente a las mujeres y a los niños, porque las mujeres están en la puebla (en el campo) con los niños, mientras que los hombres trabajan afuera<sup>54</sup>.

He compartido muchos espacios con María Isabel Curihuentro y tuvimos la oportunidad de encontrarnos en diciembre de 2009 en el *gijatun* de *Ketroko*, al que pertenece mi *lofmapu Folilko*, y hablar de estas cosas. Con esperanza, compartiendo un mate, rodeados de los *küne*, cerca de nuestro *rewe*, con sus banderas azules, junto a su familia y las demás familias del *kiñelmapu*, alrededor del *kütral*, admirando el paso de los caballos en el *awün*, la estrellas y la luna, reflexionábamos, conscientes de los sufrimientos que nos trae la colonización, pero con la confianza de que el camino para la reconstrucción de la sociedad *mapuche* ya ha sido trazado.

### **Conclusiones: ¿qué nos dice el enfoque de género sobre la realidad *mapuche*?**

Hemos conocido la escritura ideográfica de las mujeres *ñeminñürekafé*<sup>55</sup> y hemos entendido cómo el “otro” colonizador, debido a un sesgo cultural, privilegia la observación de la realidad *mapuche* en el espacio “público”, determinado cultural e históricamente como de exclusiva acción masculina.

---

54 Mattus, Charlotte, “Los derechos de las mujeres Mapuche en Chile, pilares invisibles de la resistencia de su pueblo”... pág. 26.

55 Millaleo, Ana, “*El Witral: la escritura ancestral de las mujeres mapuche*”...

Hemos conocido la fisura histórica y social en la que ocurre un proceso de cambio en las relaciones de género en occidente, situación observada asimismo por Montecino en la sociedad *mapuche*, como producto de la ocupación militar y la posterior instalación de las instituciones chilenas occidentales a fines del siglo XIX.

Leyendo a la poetisa Graciela Huinao, hemos observado que en la sociedad *mapuche* el ámbito doméstico, sintetizado en el fogón o *kütraltu*, es fundamental para la producción de conocimiento, la socialización y la reproducción sociocultural, especial espacio de dominio de la mujer que ha permanecido invisibilizado.

Tuvimos la oportunidad de retomar el análisis del devenir *mapuche* desde la lógica interna, con la palabra de Lorenzo Aillapan sobre la *machi* Juana Namunkura, que al enfrentar el maremoto del año 1960 azotando las costas del cerro *Koniin Lil*, gesta una nueva alianza de la sociedad *mapuche* con el mundo ancestral<sup>56</sup>.

Gracias a la investigación de María Del Rosario Salamanca Huenchullán, hemos reconocido al *az mapu* como uno de los aspectos fundamentales para la reinstauración de la sociedad *mapuche* contemporánea, único sustento viable para la resistencia ante el asedio de los Estados chileno y argentino y las empresas capitalistas.

Celebramos la apropiación que el arte oral *mapuche* ha conseguido del espacio de la obra poética, recobrando la tradición ancestral<sup>57</sup>, y que lleva a la producción de una nueva alternativa

---

56 Leiva, Ronny, "Maremoto del año 1960, sacrificio humano y restablecimiento del equilibrio en el Wallmapu"...

57 Ostria, Mauricio, "Sobre la conciencia escritural de la poesía *mapuche*. A

de conservación de los sentidos *mapuche* para el futuro. Con respeto y admiración, exigimos a las mujeres *mapuche* el redescubrimiento y difusión del uso del ñimin, la antigua forma de conservación de estos sentidos.

Con base en el indicio de duda aportado por Latcham<sup>58</sup>, quien sostiene la existencia del *küga* matrilineal de origen prehispánico, nos negamos a aceptar que la antigua sociedad *mapuche* haya sido machista. La mujer *mapuche* cumple un papel sustancial en el desarrollo del proceso de reconstrucción social *mapuche*, sin el cual éste simplemente no se encontraría en curso. Presente en toda la historia de esta sociedad, la mujer, en tanto género, es protagonista central de su devenir, pasado, presente y, fundamentalmente, de su futuro.

El enfoque de género revela, sobretudo, que a partir de la colonización, aspectos significativos y sutiles de la sociedad ancestral fueron en la práctica influenciados, debilitando las dinámicas que las instituciones *mapuche* requieren para funcionar, en donde el *kütraltu*, como espacio doméstico, el *küga*, como herencia identitaria, y el papel de la mujer, resultan cruciales como pilares de reconstrucción.

Para este trabajo no hay una conclusión, el proceso de reconstrucción de la sociedad *mapuche* es una dinámica actualmente en curso. El resultado del presente trabajo tan sólo constituye un piso desde el cual enfocar una mirada a los procesos sociales en los que se encuentra sumergida la sociedad *mapuche*.

---

propósito de un poema de Elicura Chihuailaf?...

58 Zavala, José Manuel, *Los mapuche del siglo XVIII: dinámica interétnica y estrategias de resistencia...*

# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General (Composición 2015)

*Presidencia Honoraria*  
Thomas Buergenthal  
Pedro Nikken  
Sonia Picado

Claudio Grossman  
*Presidente*

Rodolfo Stavenhagen  
*Vicepresidente*

Margaret E. Crahan  
*Vicepresidenta*

Allan Brewer-Carías  
Antonio A. Cançado Trindade  
Ariel E. Dulitzky  
Carlos Basombrío  
Carlos M. Ayala Corao  
Carlos Portales  
César Barros Leal  
Douglass Cassell  
Eduardo Bertoní  
Elizabeth Odio Benito  
Fabián Salvioli  
Héctor Fix-Zamudio  
Hernán Salgado Pesantes  
José Antonio Aylwin Oyarzún  
José Antonio Viera Gallo  
Juan E. Méndez  
Line Bareiro  
Lloyd G. Barnett  
Lorena Balardini  
María Elena Martínez Salgueiro  
Mark Ungar  
Mayra Alarcón  
Mitchell A. Seligson  
Mónica Pinto  
Nina Pacari  
Renato Zerbini Ribeiro Leao  
Robert K. Goldman  
Santiago A. Cantón  
Suzana Cavenaghi  
Víctor Rodríguez Rescia  
Wendy Singh

### Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Rose-Marie Belle Antoine  
James L. Cavallaro  
José de Jesús Orozco Henríquez  
Tracy Robinson  
Felipe González  
Rosa María Ortiz  
Paulo Vannuchi

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

Humberto Antonio Sierra Porto  
Roberto F. Caldas  
Diego García-Sayán  
Manuel E. Ventura Robles  
Eduardo Vio Grossi  
Alberto Pérez Pérez  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Thompson J.  
*Director Ejecutivo*

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.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral  
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos