

ISSN 1015-5074

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

EL CASO “FECUNDACIÓN IN VITRO”:
ENFOQUE DESDE GÉNERO Y DISCAPACIDAD
María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente

LA CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
Y EL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Bruno Adriano Delgado Taboada

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA
POR LA CORTE INTERAMERICANA
Ricardo Ferrero Hernández

EL DERECHO A DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS
COMO UN DERECHO AUTÓNOMO
Marta González Domínguez

SEGURIDAD HUMANA Y MOVILIDAD HUMANA
Valeria Llamas

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD: UNA RESPUESTA ESTRUCTURAL
Constanza Núñez

EL STATUS JURÍDICO DE DEFENSORES Y DEFENSORAS
DE DERECHOS HUMANOS
Alan Diego Vogelfanger

REVISTA IIDH

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

63

Enero - Junio 2016

63

Enero - Junio 2016



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

© 2016 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: Jacinta Escudos.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versalles 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.

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

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
El caso “Fecundación in vitro”: enfoque desde género y discapacidad	11
<i>María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente</i>	
La concentración de los medios de comunicación y el derecho humano a la libertad de	35
<i>Bruno Adriano Delgado Taboada</i>	
Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana	65
<i>Ricardo Ferrero Hernández</i>	
El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo	105
<i>Marta González Domínguez</i>	
Seguridad humana y movilidad humana	147
<i>Valeria Llamas</i>	
La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural <i>Constanza Núñez</i>	187
El status jurídico de defensores y defensoras de derechos humanos <i>Alan Diego Vogelfanger</i>	267

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 63 de su *Revista IIDH*, cuya edición se ha alimentado de la colaboración que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as bajo la convocatoria permanente. Cada artículo elegido ha sido seleccionado por considerar que la temática y abordaje permiten difundir el debate, la investigación y los distintos aportes regionales e internacionales que permiten avanzar hacia una más efectiva protección de la diversidad, como bien es el objeto de esta Revista.

Bajo esa visión, este número de la *Revista IIDH* recoge los artículos académicos de Marta González Domínguez (España), Alan Diego Vogelfanger (Argentina), María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente (Costa Rica), Bruno Adriano Delgado Taboada (Perú), Constanza Núñez Donald (Chile), Ricardo Ferrero Hernández (España) y Valeria Llamas (Argentina).

La Revista cuenta con dos artículos relacionados con la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos. Un primer artículo está destinado especialmente a analizar la existencia de un derecho autónomo e independiente de defender los derechos humanos. Para ello, se hace referencia a la importancia de la labor de defensa de los derechos humanos para el fortalecimiento de los sistemas democráticos; se destacan los principales obstáculos que enfrentan las personas defensoras de derechos humanos al desempeñar su labor; se estudia el reconocimiento internacional que existen en cuanto a un derecho a defender los derechos humanos y, finalmente, se analizan otros derechos que se encuentran interrelacionados y estrechamente vinculados con el derecho a defender los derechos humanos.

El segundo artículo en este sentido, pretende analizar la situación jurídica de las y los defensores de derechos humanos, estudiando la protección especial que han recibido de la comunidad internacional, desde el reconocimiento de un derecho autónomo de defender derechos humanos, hasta su categorización como personas en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, la Revista también incluye dos artículos relacionados con la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El primero de ellos se refiere a la protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tiene como fin analizar las consideraciones jurisprudenciales de la Corte que garantizan el uso y disfrute de las comunidades de su propiedad comunal y que a este respecto establece las obligaciones del Estado, así como la interrelación de este derecho con el de propiedad privada de particulares.

El segundo artículo en la materia está dedicado al análisis de la tutela judicial de pueblos indígenas y personas privadas de libertad. A través de un análisis comparado de las experiencias de México, Colombia, Argentina y Costa Rica, se busca indagar cuál ha sido la respuesta judicial que se ha dado para la protección estructural de los derechos de los pueblos indígenas y personas privadas de libertad, exponiendo los desafíos comunes que aún persisten.

La Revista también incluye otras colaboraciones que analizan la jurisprudencia interamericana y aportes del derecho internacional relacionados con diversos temas de trascendencia regional, en particular: el enfoque de género y discapacidad, el derecho a la libertad de expresión relacionado con la concentración de los medios de comunicación, y el fenómeno de la movilidad humana bajo el concepto de la seguridad humana.

Con relación al primer tema, se hace un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana del Caso Artavia Murillo y Otros vs.

Costa Rica, con el fin de examinar el marco jurisprudencial de igualdad y no discriminación indirecta, la discriminación por género y la discriminación por motivos de discapacidad, señalando los aportes y vacíos de dicha sentencia.

Respecto del segundo tema, se estudian los avances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la doctrina internacional respecto del derecho a la libertad de expresión ante el fenómeno de concentración de los medios de comunicación, partiendo del supuesto de que éste minimiza el acceso a información diversa y plural. Además, se analiza la experiencia del Reino Unido como una alternativa de solución a la realidad Latinoamericana.

Finalmente, con relación al tercer tema, el artículo analiza cuál es la situación de la movilidad humana desde la multisectorialidad del concepto de seguridad humana, con el fin de determinar si ésta se trata con procesos que fortalezcan y eleven al ser humano en diferentes aspectos para su supervivencia, vida y dignidad.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar sus contribuciones académicas para esta edición, así como a la Cooperación Noruega que hace posible la producción y distribución de esta revista y a las personas que día a día la leen y la consultan, haciendo de esta publicación una herramienta para la educación, investigación y promoción de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

El caso “Fecundación in vitro”: enfoque desde género y discapacidad

María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente***

Introducción

El presente artículo se centra en un análisis de las dimensiones de discriminación por género y por motivos de discapacidad,

* María Alejandra Cárdenas es abogada de la Universidad Externado de Colombia, y maestra en Derecho Internacional Público de la Universidad de Harvard, donde fue premiada con la beca Irving. F. Kaufman. María Alejandra se desempeñó como abogada especialista para Perú y Bolivia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como especialista de la sección de peticiones. Por 5 años, fue la asesora legal para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos, y hoy en día es la Directora Legal Regional de Women’s Link Worldwide. María Alejandra ha publicado sobre temas de género y derechos reproductivos, litigio ante el sistema interamericano de derechos humanos, y derecho penal internacional.

** Sofía Galván Puente se desempeña como especialista en derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, y se enfoca también en temas de discapacidad. De nacionalidad mexicana, es abogada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame. Durante cuatro años, fue Directora para México y Centroamérica de Disability Rights International. Sofía Galván ha trabajado en temas de derechos humanos y discapacidad desde diferentes ángulos: sociedad civil, gobierno, academia y comisiones de derechos humanos. Asimismo, se desempeñó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Visitante Profesional, y en la CIDH como Becaria “Rómulo Gallegos”. Fungió como Profesora a Distancia de la Facultad de Derecho de la UNAM; cuenta con diversas publicaciones jurídicas, tanto a nivel nacional como internacional, y ha dado conferencias en diversos países de América y Europa.

Las opiniones expresadas en este texto son de exclusiva responsabilidad de las autoras y no representan necesariamente las opiniones de la OEA ni de la CIDH.

contenidas en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, emitida el 28 de noviembre de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”). Dichas formas de discriminación sólo pueden entenderse de forma conexas e interdependiente, resaltando la necesidad de tener acercamientos integrales que contemplen las distintas identidades y contextos en que las personas se desenvuelven, para así poder identificar y remediar las formas en que experimentan múltiples formas de opresión. La sentencia examinada es una decisión histórica por distintas razones, entre ellas, por ser el punto de quiebre en el reconocimiento de los derechos reproductivos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y por analizar estos derechos a la luz del *corpus iuris* de los derechos de las personas con discapacidad. A fin de desarrollar este artículo, se analiza la interseccionalidad del género y la discapacidad –aspectos desarrollados por primera vez por la Corte Interamericana–, así como la discriminación indirecta en el ejercicio de los derechos reproductivos de las parejas víctimas en el caso.

A efectos de desarrollar el análisis de este aspecto de la sentencia, primero se hace un breve resumen del caso y la sentencia, para luego analizar el marco jurisprudencial de la igualdad y la no discriminación indirecta, la discriminación de género, y por último, la discriminación por motivos de discapacidad. En este último caso, se señalan los aportes y vacíos que dejó esta sentencia histórica, y se demuestra que la existencia de estas formas de discriminación es interdependiente y sólo se revela en forma interseccional.

1. La sentencia: consideraciones generales

En Costa Rica la fertilización *in vitro* (o “FIV”) fue prohibida en el año 2000 por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al declararla inconstitucional por supuestamente atentar contra la vida y la dignidad de la persona. Nueve parejas que tenían infertilidad presentaron una demanda ante la Comisión Interamericana, que el 29 de julio de 2011 presentó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”). Finalmente, el 28 de noviembre de 2012 la Corte emitió una decisión en la que encontró al Estado de Costa Rica responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y por la discriminación en el ejercicio de estos dos últimos derechos.

La Corte fijó el alcance de estos derechos a la luz del caso, estableciendo que el derecho a la vida privada comprende la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico; que la libertad comprende el derecho de toda persona a organizar su vida individual y social conforme a sus opciones y convicciones particulares, y que la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculada con la atención de salud. Finalmente, encontrando un vínculo “entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica”¹, la Corte estableció que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”².

1 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 147.

2 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de

El principal argumento de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica para prohibir la FIV –así como también de la defensa legal del Estado ante la Comisión y la Corte– consistió en que la decisión de prohibir la fertilización *in vitro*, se basó en el cumplimiento del deber establecido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”), que contempla una protección general de la vida a partir de la concepción. Al respecto, la Corte determinó que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”³. En relación con el término “en general”, la Corte estableció “que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁴. Esta consideración es histórica debido a que constituye el primer precedente vinculante de la Corte Interamericana que reconoce los derechos reproductivos como derechos humanos y fija el alcance del derecho a la vida en relación con el ejercicio de dichos derechos.

A efectos del objeto de este artículo –analizar la lectura hecha por la Corte sobre la infertilidad desde la prohibición de discriminación de género y discriminación por motivos de discapacidad–, podría considerarse que la hermenéutica apropiada para abordar la infertilidad de las parejas, debía hacerse desde una lectura interseccional, en que sólo entendiendo

28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 147.

3 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.

4 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.

la dimensión de género podía concebirse la configuración del concepto de la discapacidad, y sólo reconociendo la discapacidad como condición de las parejas víctimas de esta prohibición, era posible comprender las aristas de la violación de derechos humanos que vivían las parejas víctimas de la prohibición. En este sentido, la Corte reconoció lo siguiente:

Las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso⁵.

Respecto a la discriminación de género, la Corte determinó que la prohibición de la FIV había afectado a las víctimas causándoles un impacto desproporcionado diferenciado por la existencia de dos distintos estereotipos de género. La Corte observó lo señalado por la Organización Mundial de la Salud (en adelante “la OMS”), en el sentido de que “si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad”⁶. Para la Corte, este estereotipo afectó a las víctimas del caso, exacerbando su sufrimiento. Además de este estereotipo de género que vincula la feminidad –como atributo esperable en una mujer– con su

5 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 284.

6 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 296.

fertilidad, la Corte identificó otro estereotipo que impactó desproporcionadamente a las mujeres víctimas en el caso, el consistente en que las mujeres son valoradas antes que nada como instrumentos de reproducción, por lo que la protección de la vida prenatal debe prevalecer sobre la salud de la mujer. Al analizar este estereotipo la Corte hizo una analogía con lo ocurrido en el caso *L.C. vs. Perú*, decidido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, donde por primera vez el Comité reconoció la existencia de este estereotipo y la consecuente discriminación contra la mujer que ocasiona.

Asimismo, la Corte reconoció que la prohibición impactó desproporcionadamente a las mujeres pues fue “en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV”⁷.

La Corte Interamericana llegó a estas conclusiones sobre estereotipos y discriminación sin ahondar en su sustento jurídico, prefiriendo mencionar el sustento fáctico que brindaban los peritajes psicológicos, y basándose en el desarrollado cuerpo jurisprudencial en torno a la igualdad, la no discriminación y la perspectiva de género que ha construido la Corte a través de décadas de decisiones y opiniones consultivas. Sin embargo, ello no convierte dichas conclusiones en verdades auto evidentes para quien no es estudioso de dichos temas. Por tanto, a fin de comprender en toda su dimensión la discriminación indirecta y la discriminación de género, se hace necesario repasar ese desarrollo jurisprudencial, ausente a lo largo de la sentencia.

7 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 300.

2. Análisis sobre la discriminación indirecta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a una protección igual frente a la ley y no discriminación, reconocido universalmente en el derecho internacional de los derechos humanos⁸, tiene tal importancia el sistema interamericano de protección, que se ha reconocido que el mismo ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, pues sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, permeando todo ordenamiento jurídico⁹. El sustento normativo de este derecho se encuentra en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, que establecen el deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos protegidos en la Convención Americana y la igualdad de protección ante la ley, respectivamente.

Como parte fundamental de las obligaciones que se desprenden de este derecho, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente generen situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, lo que incluye una prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, o favorecer

8 Algunos de estos instrumentos internacionales son: la Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2).

9 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. 101.

una interpretación de la ley que discrimine a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color u otras causales¹⁰. Esta discriminación de facto, según la Corte Interamericana, puede darse por “regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”¹¹.

Con base en esta noción de impacto discriminatorio – ampliamente compartida en el derecho internacional¹²– la Corte ha encontrado responsabilidad estatal en casos en que una regulación aparentemente neutral tuvo el efecto de restringir el goce de derechos humanos por parte de un grupo de la población. Así por ejemplo, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*¹³, se determinó que el sistema electoral nicaragüense, al establecer como requisito para la participación la existencia de un partido político constituido que además tuviera candidatos en el 80% de municipios de cada circunscripción electoral y respecto del 80% total de las candidaturas, había ignorado las particularidades de

10 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. 103.

11 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156, párr. 141.

12 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18. “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párrs. 6 y 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 1); Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 1); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos”, 42º período de sesiones, 2009, párr. 10; Corte Europea de Derechos Humanos, *Cámara Alta, D.H. y Otros vs. República Checa*. Application No. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175.

13 Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

organización política de los grupos indígenas, impidiéndoles en la práctica participar¹⁴. En el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, dos niñas vieron violentado su derecho a la nacionalidad pues una regulación aparentemente neutral, relacionada con requisitos para ser reconocido como ciudadano dominicano, en realidad tenía suficiente vaguedad y vacíos para que en un contexto de discriminación estructural contra los haitianos, generara en su aplicación una discriminación de hecho¹⁵. Finalmente, se destaca también el ejemplo del caso *López Álvarez vs. Honduras*, un caso en que se discriminó en el ejercicio de la libertad de expresión a un hombre garífuna, pues una norma aparentemente neutral que obligaba a todos los reclusos de una cárcel a expresarse en el idioma español, le impidió a la víctima del caso utilizar su idioma nativo, el garífuna, y así hacer uso de un elemento fundamental de su identidad cultural¹⁶.

2.1 Discriminación indirecta contra la mujer

La doctrina desarrollada por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, recogida por la Corte Interamericana¹⁷, ha manifestado que:

[P]uede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan

14 Corte IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 186 y 189, y 197 a 200, y 227 a 229.

15 Corte IDH. Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 141, 166 y 191.

16 Corte IDH. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

17 Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 286 y 297.

en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. [...] Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre¹⁸.

A. En el área de la salud

Esta discriminación indirecta contra la mujer es frecuente en el campo de la salud, y particularmente en el área de la salud reproductiva. En este punto es fundamental revisar lo dicho por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General sobre la mujer y la salud, en relación con las obligaciones de los Estados respecto del artículo 12 de dicha Convención, precepto que obliga a tomar “medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica”¹⁹. Para el Comité, el artículo 12 establece el deber de los Estados de eliminar la discriminación contra la mujer “en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”²⁰, haciendo énfasis en que la obligación de respetar

18 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”), Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Nota 1.

19 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12).

20 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”). Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999, párr. 2.

los derechos requiere que “se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”²¹. Al mismo tiempo, la obligación de garantía exige que los Estados deben eliminar “todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica”²².

B. Estereotipos

En el caso *Artavia Murillo*, la Corte reconoce que aunque el Estado afectó a todos los hombres y mujeres costarricenses en la restricción de sus derechos reproductivos al anular la posibilidad de utilizar una técnica de reproducción asistida en ejercicio de su privacidad y su derecho a la familia, dicha afectación tuvo un impacto dramáticamente mayor sobre las mujeres costarricenses. Lo anterior, debido a que la decisión de la Corte Suprema de Justicia reforzó y se basó en un estereotipo de género según el cual la función reproductiva de las mujeres constituye un deber y no un derecho, es decir, una prerrogativa que se posee y se ejerce voluntariamente y libre de determinaciones arbitrarias por parte de terceros.

En esta misma línea, es relevante atender al reconocimiento en el *corpus iuris* de los derechos de la mujer, particularmente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²³, así como en la Convención

21 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”). Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999, párr. 14.

22 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”). Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999, párr. 30.b.

23 El artículo 5 literal a) de dicha Convención establece que los Estados tienen la obligación de: “[M]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer²⁴. Al respecto, estos instrumentos internacionales establecen que para eliminar la discriminación contra la mujer, los Estados deben eliminar los patrones socioculturales que imponen roles de género sobre hombres y mujeres apelando a una noción dicotómica de inferioridad/superioridad entre éstos. Por su parte, la Corte ya había determinado en tres ocasiones la responsabilidad de un Estado por atribuírsele la comisión de una discriminación indirecta como consecuencia de la perpetuación de estereotipos de género²⁵. En particular, en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, la Corte reconoció la existencia de estereotipos como “ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad”²⁶.

La discriminación indirecta contra las mujeres en el área de la salud con base en estereotipos ha sido reconocida por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, que ha concluido que “el pensamiento estereotipado acerca de la mujer [...] ha permeado la atención de salud en general, y la atención de salud reproductiva en particular”²⁷. Este estereotipo fue estudiado

estereotipadas de hombres y mujeres”.

24 El artículo 8 literal b) de la Convención establece para los Estados la obligación de: “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”.

25 Dichos casos consisten en los siguientes: Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205; Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, y Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

26 Corte IDH. Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 94.

27 FIGO. Comité de Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y Salud de la Mujer. “Harmful Stereotyping of Women in Health Care”.

y reconocido por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en el caso L.C. vs. Perú, decisión que fue precisamente utilizada por la Corte para analizar el caso Artavia Murillo. Dicho caso versó sobre una niña abusada sexualmente que quedó embarazada e intentó suicidarse lanzándose de un techo. La niña fracasó en su intento de suicidio pero su columna quedó seriamente comprometida. Sin embargo, cuando llegó a los servicios de salud de emergencia, los médicos se negaron a realizarle la intervención quirúrgica que requería para evitar la afectación del desarrollo del embarazo. L.C. sólo fue operada meses después, luego de tener un aborto espontáneo causado por las afecciones que le dejó la caída, pero debido al paso del tiempo, la cirugía no tuvo el efecto esperado y adquirió una discapacidad física permanente. El Comité consideró que L.C. resultó víctima de exclusiones y restricciones respecto al acceso a los servicios de salud, con base en “un estereotipo de género que entiende el ejercicio de la capacidad reproductora de la mujer como un deber en vez de un derecho”²⁸.

Por su parte, estudios de la OMS señalan que en nuestras sociedades, debido a un estereotipo o patrón sociocultural de conducta, las mujeres asumen la reproducción –en mayor medida que los hombres– como un deber social y como una forma de adquirir un valor y estatus social y personal, pues la maternidad constituye una validación social como mujeres²⁹. Por tanto,

International Journal of Gynecology and Obstetrics, October 2011, 115(1):90-1.

28 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Comunicación No. 22/2009, párr. 7.7. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf. Negrillas fuera del texto original.

29 Organización Mundial de la Salud. ‘Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction’’. Ginebra:OMS (2002). Ver particularmente las siguientes secciones: i) Preámbulo XV-XVII al XV; ii) Mahmoud Fathalla,

cuando dicho rol no puede ser cumplido a causa de la infertilidad, las mujeres se sienten culpables y disminuidas. Este aspecto en particular fue revelado por la psicóloga que tuvo la oportunidad de evaluar a las víctimas del caso y que presentó un peritaje citado por la Corte, aunque –comprensiblemente– muy poco de los testimonios proporcionados que ejemplificaban este tipo de discriminación en la vida cotidiana de las víctimas, fue señalado en la sentencia, probablemente para poder respetar su privacidad.

2.2 Discriminación indirecta contra personas con discapacidad

La discapacidad fue analizada por la Corte con el objeto de determinar si a la luz de la discriminación indirecta, la producción de servicios de salud reproductiva tenía un impacto desproporcionado respecto a esta condición de vida³⁰. Para este análisis, la Corte recuerda las implicaciones del modelo social de la discapacidad, determina a la fertilidad como condición de discapacidad, y en consecuencia, establece las obligaciones estatales en relación con el presente caso.

A. Modelo social de la discapacidad y la protección especial que deriva del mismo

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) representa el cambio de paradigma de la discapacidad, al establecer el modelo social con el que actualmente se trata a las personas que viven con esta condición. De acuerdo con el referido instrumento internacional,

“Current Challenges in Assisted Reproduction” p. 10.; iii) Abdallah S. Daar and Zara Merali, “Infertility and social suffering: the case of ART in developing countries”. E. Vayena et al. Eds p. 19.; iv) Ellen Hardy and Maria Yolanda Makuch, “Gender, Infertility and ART” en E. Vayena et al p. 273.

30 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 287.

la discapacidad “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”³¹.

Derivado de esta definición, se desprende que la discapacidad ya no se basa exclusivamente en las “limitaciones”, “padecimientos” o “enfermedades” de la persona, sino que la deficiencia de la persona sería tan sólo un componente de la condición de discapacidad. A la luz del modelo social, la discapacidad se compone de dos elementos esenciales, que son la deficiencia experimentada por la persona –que puede ser física, sensorial, intelectual o mental³²– y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que al relacionarse entre sí, ocasionan que las personas con discapacidad no puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás. De lo anterior, resulta claro que la discapacidad se origina ante la falta de adaptación del medio ambiente a las necesidades de la persona que vive con esta condición.

Considerando lo anterior, a través del modelo social de la discapacidad, las personas que tienen esta condición dejan de verse como “objetos” de caridad, de tratamiento médico o protección social, para convertirse en personas poseedoras de los mismos derechos y obligaciones que las demás, que son capaces de reclamar sus derechos por sí mismas, tomar sus decisiones de vida, y participar activamente como miembros de la sociedad.

31 En este mismo sentido, el artículo 1 párrafo segundo de la CDPD señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008 (entrada en vigor), preámbulo e). Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

32 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 1 párrafo segundo).

En esta línea de ideas, la Corte Interamericana determina en la sentencia en estudio –tal como lo hizo en el caso *Furlán y familiares vs. Argentina*³³– que la discapacidad responde a un modelo social. Para llegar a esta conclusión, la Corte se basa en las definiciones de discapacidad contempladas por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante “la CIADDIS”) y la CDPD, que –a criterio del Tribunal– “tiene[n] en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad”³⁴. Sin embargo, la definición de discapacidad contenida en la CIADDIS no contempla los componentes indispensables que configuran el modelo social de discapacidad, y por el contrario, responde al modelo opuesto, el médico asistencialista.

De conformidad con la CIADDIS, la discapacidad “significa una deficiencia física, mental o sensorial [...] que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”³⁵. De esta definición, se desprende que para considerar que una persona tiene discapacidad, no resulta esencial el segundo elemento del modelo social de la misma, es decir, la barrera social. Muestra de ello es que según la citada definición, la deficiencia de la persona **puede ser causada por el entorno social**, mientras que de conformidad con el modelo social de la discapacidad, esta condición de vida **en**

33 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 133.

34 Caso Artavia Murillo y otros (*Fecundación in vitro*) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 291.

35 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (“CIADDIS”), AG/RES. 1608 (XXIX-O/99), adoptada el 6 de julio de 1999, artículo I. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>.

todo momento se origina por la barrera debida a la actitud y al entorno”³⁶. Por otra parte, la definición de discapacidad de la CIADDIS, al concentrarse únicamente en que la deficiencia de la persona impediría realizar las “actividades de la vida diaria”, deja de lado el ejercicio de los derechos y no visualiza plenamente a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones. Asimismo, dicha definición tampoco contempla el eje rector que impide la integración en la sociedad de las personas con discapacidad, y que responde al modelo social de la discapacidad, es decir, el principio de no discriminación por motivos de discapacidad.

A pesar de que la Corte no basó la concepción social de la discapacidad en fundamentos que técnicamente la soporten, la conclusión a la que llega este tribunal respecto al nuevo entendimiento de la discapacidad responde al modelo social de la misma. Ente este sentido, la Corte determinó que la discapacidad “no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia [...], sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”³⁷.

Por otra parte, la adopción del modelo social se refleja también en las consideraciones de la Corte respecto a los deberes especiales que los Estados deben adoptar en razón de la condición de discapacidad, mismos que son analizados por

36 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 1). Ver también: Galván, S. Fascículo 3 “La implementación progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y ser incluidas en la sociedad”, en *Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, agosto de 2015, pp. 91.

37 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 291.

primera vez en el *Caso de Furlan y Familiares vs. Argentina*³⁸. Con base en esta perspectiva, la Corte Interamericana determina que los Estados deben promover prácticas de inclusión social y medidas de diferenciación positiva para que las barreras sean “desmanteladas”, y las personas con discapacidad puedan ser incluidas “por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad”³⁹. Con lo anterior, la Corte deja claramente establecido que a fin de que la deficiencia de la persona deje de ser relevante para su ejercicio de derechos, resulta esencial que las barreras que impone la sociedad –ya sea de manera directa o indirecta– sean eliminadas.

B. La infertilidad como discapacidad

Considerando los dos componentes que a la luz del modelo social integran la discapacidad –es decir, la deficiencia de las personas y la barrera social– la Corte Interamericana procedió a demostrar que la infertilidad puede ser considerada como tal. En primer lugar, la Corte equiparó la infertilidad con la deficiencia de la persona al establecer que esta condición es “una limitación funcional reconocida como una enfermedad”⁴⁰. Para ello, la Corte se basó principalmente en la definición de infertilidad establecida por la OMS, que conceptualiza la fertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la

38 Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246 párr. 134.

39 *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 292.

40 *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 293.

incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas⁴¹. Además, la Corte hizo alusión a las opiniones de los peritos en el mismo sentido. Al respecto, el perito Zegers-Hochschild estableció que la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, tales como inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social⁴². Por su parte, el perito Hunt observó a “la infertilidad involuntaria” como una discapacidad⁴³, al considerar la CDPD y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS⁴³; la perita Garza se refirió a la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente⁴⁴.

Respecto a las barreras debidas a la actitud y al entorno, que constituyen el segundo elemento de la discapacidad, la Corte señaló que éstas se originaban de la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵. Sin embargo, la Corte Interamericana no se pronunció respecto a la afectación en particular que la prohibición de la fertilización in vitro ocasionó

41 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288.

42 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288.

43 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 289.

44 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288.

45 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 293.

a las parejas que tenían esta discapacidad y las implicaciones sociales que impidieron su participación plena y efectiva en la sociedad, lo que hubiera resultado más autoevidente para aquellas personas que no están familiarizadas con la temática de discapacidad.

Por otra parte, respecto a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, los representantes de las víctimas señalaron que la decisión de la Sala Constitucional habría ocasionado una discriminación por una discapacidad reproductiva, debido a que dicha sentencia “establec[ió] una clara diferenciación entre [...] parejas [...] que pueden concebir naturalmente y [...] parejas que solamente pueden hacerlo mediante métodos de reproducción asistida”⁴⁶.

Determinando que la fertilidad puede ser considerada como discapacidad, la Corte concluyó que las personas con infertilidad debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad. En particular, y considerando que la infertilidad como condición de discapacidad demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva, las personas con esta condición de vida tienen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, lo que se encuentra estipulado explícitamente en el artículo 25 de la CDPD. En particular, dicho precepto establece que los Estados deben asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, con lo que deben impedir que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud por motivos de discapacidad⁴⁷.

46 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 267.

47 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 25, f).

Finalmente, es importante destacar que la Corte perdió la oportunidad de desarrollar lo establecido por el artículo 23 de la CDPD, que contempla el derecho de las personas con discapacidad a “decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y **se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos**”⁴⁸.

3. Conclusiones

La participación de las personas con discapacidad en el proceso de elaboración de la CDPD –iniciado en 2001 y culminado con su adopción en 2006– es precisamente uno de los aspectos que a nivel internacional se valora en mayor medida y visibiliza el cambio de paradigma en esta temática. Lo anterior se ve claramente reflejado a lo largo del texto del instrumento, pero de forma explícita en su artículo 4.3, que dispone que “en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la [CDPD], y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados [...] celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad”. Esta disposición es identificada por las personas con discapacidad y organizaciones que trabajan en su defensa, con el lema “*Nada sobre nosotros, sin nosotros*”.

En este contexto, la protección a los derechos sexuales y reproductivos, contenida explícitamente en los artículos 23 y 25 de la CDCP, es un llamado por parte de las mismas personas

48 Negrillas fuera del texto original.

con discapacidad y de las organizaciones que las representan, a garantizar estos derechos, mismos que históricamente les fueron violentados a través de legislación y prácticas eugenésicas y que han afectado de manera particular a las mujeres con discapacidad. Asimismo, estos dos preceptos denotan que la CDPD además de contener explícitamente un reconocimiento de los derechos reproductivos, entiende que los mismos deben ser leídos de forma interseccional junto con la condición e implicaciones que el género tiene en las personas. Ello obliga a mirar los distintos aspectos de la identidad y cómo la existencia de los patrones y roles de género, a la luz del modelo social de la discapacidad, constituyen una barrera social que configura esta condición de vida.

Aunque la Corte llegó a una conclusión acertada respecto de la discriminación indirecta de la que son objeto las mujeres con deficiencias en su capacidad reproductiva, por no cumplir con ese rol que se espera de su condición de género –que culturalmente se supone es el que las “realiza” como mujeres–, lo hizo sin desarrollar los elementos jurídicos del marco de la discriminación indirecta, la discriminación en el área de la salud y la discriminación de género. Además, pese a que la Corte recibió numerosos testimonios de las víctimas que señalan cómo en su trabajo y en su vida privada, conocidos y amigos les habían manifestado su visión de ellas como mujeres inferiores o incompletas, la Corte tampoco desarrolló los elementos fácticos que en el caso concreto le habrían permitido constatar la existencia y el impacto de los estereotipos.

Por otra parte, considerando lo novedoso del enfoque de considerar la fertilidad como discapacidad, así como las diversas referencias que hacen los peticionarios desde un enfoque médico, era esperable que la Corte realizara un análisis de la determinación de la infertilidad con la discapacidad a la luz de

las consecuencias que genera la interrelación de las personas que la padecen con el contexto que las rodea, y los estereotipos que las condicionan socialmente, generando su falta de integración social. Lamentablemente, en relación con el análisis respecto a la condición de discapacidad, la Corte perdió la oportunidad de desarrollar cómo las deficiencias de las personas, en este caso la infertilidad, al contar con la accesibilidad debida –en este caso, uso de tecnologías reproductivas– evitarían que ésta llegue a constituirse como discapacidad. Lo anterior quizá impide que el lector que no está familiarizado con la perspectiva de discapacidad, tenga un entendimiento comprensivo de sus dimensiones, y en particular, respecto a la configuración del modelo social de discapacidad. No obstante ello, este artículo busca aclarar dichos puntos, y demostrar que pese al poco desarrollo hecho por la Corte, esta sentencia constituye un hito también en el desarrollo de la interseccionalidad entre género y discapacidad, así como en el entendimiento del modelo social de esta última.

La concentración de los medios de comunicación y el derecho humano a la libertad de expresión

*Bruno Adriano Delgado Taboada**

Introducción: La concentración mediática como problema en Latinoamérica

La concentración de los medios de comunicación es un fenómeno universal y es uno de los problemas jurídicos más trascendentes del siglo XXI. La problemática descrita no es ajena a los países latinoamericanos, en los que resulta de vital importancia desarrollar mecanismos institucionales que impidan que los privados o el Estado puedan concentrar el poder mediático. Los peligros para el sistema democrático no sólo se miden con respecto al menoscabo del pluralismo informativo, sino que también por cuánta capacidad tienen los medios de comunicación para definir la agenda pública de un país y así determinar sobre qué se discute y a qué la sociedad toma importancia.

Asimismo, la problemática jurídica resulta muy compleja y ha derivado en un debate con respecto a la pertinencia o no de crear o mantener regulaciones que den respuesta a esta situación de

* Abogado Titulado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirección Postal: LIMA 27. Teléfono celular: 999404185. Correo electrónico: bruno.ltdt@gmail.com.

hecho. De este modo, la discusión se ha centrado principalmente en dos posturas contrapuestas. La primera postura sostiene que la concentración mediática no constituye en sí misma un problema y que, además, la intervención del Estado legislando o regulando supondría un riesgo para la libertad de expresión. La segunda postura sostiene que toda concentración mediática es, en sí misma, un atentado contra la democracia y contra el pluralismo informativo, por lo que es necesario que se regule esta materia.

Hasta el momento, la discusión ha girado en torno a posiciones sobre el “deber ser” y no se ha analizado cuáles son los mecanismos institucionales más idóneos para garantizar y promover el pluralismo informativo. Así pues, resulta necesario pasar de la discusión de si es pertinente regular o no a la discusión sobre cómo regular.

Otro aspecto que resulta problemático jurídicamente es la complejidad de establecer una ley, regulación o control que permita contrarrestar idóneamente todos los actos de concentración mediática. Así pues, los países latinoamericanos se han enfocado en regular cuotas máximas permisibles respecto de las concesiones del espectro radioeléctrico en radio y televisión, dejando de lado las concentraciones en prensa escrita, medios que no dependen del espacio radioeléctrico y, la más peligrosa de todas las concentraciones: la propiedad cruzada de medios de comunicación.

Finalmente, cabe mencionar que, en el Perú, el debate sobre la concentración de medios se ha materializado en la demanda de amparo que interpuso un grupo de periodistas contra el grupo El Comercio por la adquisición del grupo Epena. La judicialización de este conflicto es una evidente consecuencia de la insuficiencia de la regulación vigente para resolver el problema. Consecuentemente, resulta importante preguntarnos si

la judicialización es la respuesta más idónea para solucionar estos conflictos o si, por otro lado, el desarrollo legislativo constituiría una mejor solución para estos casos en el futuro.

Así pues, debido a la complejidad de la discusión y debido a que la problemática de la concentración de medios es una tendencia en el mundo, compete principalmente a los abogados investigar sobre la temática en cuestión para encontrar respuestas, soluciones y desarrollar propuestas. El objeto del presente artículo es contribuir a este fin, sirviendo como un espacio para fomentar la discusión sobre cuál es la forma más idónea de abordar la problemática de la concentración mediática en Latinoamérica¹.

1. El origen y la naturaleza jurídica del pluralismo informativo en Latinoamérica

No existe una posición uniforme sobre cuál es la naturaleza jurídica del pluralismo informativo. Por el contrario, según de qué postura se trate, su relación con otros derechos fundamentales puede entenderse como de pertenencia o de yuxtaposición. Así pues, para hablar del pluralismo informativo, necesariamente tenemos que remitirnos, en un primer momento, al derecho fundamental a la libertad de expresión.

Las teorías filosóficas que desarrollan los fundamentos del derecho a la libertad de expresión se pueden diferenciar en dos grupos: las teorías consecuencialistas y las teorías no

1 Cf. Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

consecuencialistas² Las teorías consecuencialistas son aquellas que fundamentan el carácter moralmente correcto de sus proposiciones en tanto su aplicación trae consecuencias positivas. Por otro lado, las teorías no consecuencialistas son aquellas que se basan en que su aplicación representa un fin positivo en sí mismo.

Ahora bien, entre las teorías consecuencialistas tenemos la llamada teoría democrático-política que, obviando las diferencias que existen entre sus principales exponentes, postula que el principal fundamento del derecho a la libertad de expresión es que éste garantiza los presupuestos necesarios para la vigencia del sistema democrático, como lo es la formación de la opinión pública libre. Por otro lado, entre las teorías no consecuencialistas destacamos las teorías humanistas, las cuales postulan que el fundamento principal del derecho a la libertad de expresión está en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad y su autodeterminación. Finalmente, tenemos las teorías integradoras que intentan recoger de algún modo el aporte de ambas posturas pero con sus propias particularidades³.

En ese sentido, el derecho fundamental a la libertad de expresión puede entenderse desde dos dimensiones. La primera, individual subjetiva, fundada en la dignidad humana, que se ejerce principalmente como un derecho de primera generación, es decir, se presume que el sujeto goza de las potencialidades suficientes para el ejercicio del mismo y, por tanto, se satisface mediante la no intervención⁴. La segunda, puede ser entendida

2 Cf. Marciani, Beatriz. “La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: Un análisis crítico de sus fundamentos”. En *Pensamiento Constitucional* N° 11, 2005.

3 Cf. Ídem.

4 Cf. Landa, César. *Constitución y Fuentes de Derecho*, Editorial Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006, pág. 16.

como un derecho difuso que supone la habilitación de canales libres de información plural que permitan la formación de la opinión pública libre en democracia.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce ambas dimensiones antes descritas al señalar que el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene un ámbito subjetivo y un ámbito colectivo: el primero supone el derecho a expresar libremente el pensamiento y el segundo supone el derecho colectivo a recibir información y conocer el pensamiento ajeno⁵. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha determinado que el derecho fundamental a la libertad de expresión supone únicamente el ámbito subjetivo al que hace referencia la CIDH, mientras que lo que entendemos por ámbito colectivo forma parte del derecho fundamental a la libertad de información⁶. De todos modos, esta es únicamente una disquisición teórica, pues en el fondo, independientemente de que se trate de dos dimensiones de un derecho o de dos derechos distintos, ambas posiciones coinciden sustancialmente en que ambos ámbitos deben ser protegidos.

Cabe agregar que también existe una posición que señala que el pluralismo informativo puede entenderse como un derecho fundamental independiente. Dicha postura se sustenta en que el Estado tiene la obligación de proteger y promover el pluralismo informativo y que a toda obligación estatal le corresponde un derecho fundamental, por lo que, se puede decir que el Estado tiene la competencia de tutelar el derecho a la pluralidad informativa⁷.

5 CF. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas), pág. 59.

6 Cf. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N° 00905-2001-AA/TC de fecha 14 de agosto de 2002, fundamento 9.

7 Cf. Landa, César. “La inconstitucionalidad de la concentración de la prensa

Finalmente, podemos contemplar que la naturaleza jurídica del pluralismo informativo y su origen pueden entenderse en tres sentidos distintos. Según la CIDH, como una manifestación del derecho humano a la libertad de expresión, en su dimensión colectiva. Según el Tribunal Constitucional peruano, como una manifestación del derecho fundamental a la libertad informativa. Según Landa y otros autores, el pluralismo informativo puede entenderse como un derecho autónomo. No obstante, independientemente de las precisiones conceptuales, todas las posiciones comparten la importancia de resguardar el pluralismo informativo como condición para el aseguramiento de una sociedad democrática.

2. Las teorías que fundamentan la necesidad de promover y proteger el pluralismo informativo

Existen diversas teorías que fundamentan la protección del pluralismo informativo en las sociedades democráticas. El objeto de la presente sección es exponer cuáles son las tres teorías más difundidas al respecto en el debate académico internacional.

La primera teoría es el enfoque de la *agenda setting*, cuya definición más precisa se puede resumir en lo siguiente: “La teoría de *agenda setting* hace referencia al proceso de transferencia que se da desde la agenda de los medios a la agenda del público y a la agenda política. Analiza la influencia de los medios en la ‘fijación’ de los problemas o *issues*, tanto en las audiencias del público como en las agendas políticas”⁸. La segunda teoría es

escrita”. En Portal Jurídico IUS 360°, 2014. Consultado el 11 de julio de 2015
URL: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/la-inconstitucionalidad-de-la-concentracion-de-la-prensa-escrita/>.

8 Zukernik, Eduardo. Observador de medios de comunicación en América Latina: prensa, ciudadanía y democracia en Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

el enfoque del *network society*, que puede entenderse como el estudio del surgimiento de una nueva estructura social basada en la información, en la cual el poder de la mass media puede ser determinante para la construcción de la cotidianidad social. En ese sentido, se advierte que el poder de los medios de comunicación puede determinar paradigmas culturales, e incluso, contribuir a desarrollar desigualdades sociales, basadas en el acceso, control y manejo de la información como fuente de poder⁹.

La tercera teoría, es el enfoque de la *public sphere*, cuya definición más idónea se puede resumir en lo siguiente: “Resumiendo, el enfoque de la esfera pública es útil para analizar a) el grado de participación de los distintos sectores sociales en el debate público; b) de qué manera los medios llegan a los distintos públicos; c) en qué medida existen grupos sociales que intervienen en espacios discursivos paralelos donde circulan contradiscursos”¹⁰. Al respecto, la esfera pública está compuesta por espacios no geográficos en los que se desarrolla la opinión pública.

En ese sentido, las tres teorías descritas permiten identificar cuales son los problemas que se desprenden de las estructuras de concentración mediática. Al respecto, podemos emplear estas teorías individualmente o de forma conjunta para fundamentar la creación de instrumentos jurídicos con la finalidad de promover y proteger el pluralismo informativo. A pesar de que son aproximaciones distintas al problema, todas aportan elementos de juicio suficientes para entender cómo la concentración del poder mediático puede menoscabar la formación de una opinión pública libre.

1a ed. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2008, pág. 162.

9 Cf. *Ibidem*, págs. 164-165.

10 Cf. *Ibidem*, págs. 165-167.

3. El contenido jurídico del pluralismo informativo

Hay un relativo consenso en la doctrina internacional respecto del contenido jurídico del pluralismo informativo. Así pues, hay claridad sobre qué elementos contiene el pluralismo informativo y sobre qué situaciones deberán impedirse en aras de garantizar su observancia.

Podemos hablar de dos dimensiones complementarias del pluralismo informativo: el pluralismo informativo externo e interno¹¹. El pluralismo informativo externo supone la creación de un sistema que garantice la libre concurrencia de información plural y, de este modo, disciplinar la concentración de los medios de comunicación, sometiéndolos a un control democrático¹². Por otro lado, el pluralismo informativo interno supone la garantía de que, en el interior de los medios de comunicación, se exprese una diversidad de opiniones políticas¹³.

Si bien es cierto que el contenido jurídico del pluralismo informativo se puede resumir en los elementos antes descritos, existen posturas que plantean un margen de protección más amplio. Así pues, hay autores que plantean que circunscribir el pluralismo informativo a una dimensión interna y externa puede ser limitante y debería extenderse a los siguientes aspectos que deberían garantizarse en conjunto:

11 Cf. Lovatón, David. "El equilibrio interamericano entre la pluralidad de información y concentración de medios" en *Revista Derecho PUCP* N° 73, 2014, pág. 140.

12 Cf. Rodríguez, José. *El control de los medios de comunicación*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, págs. 7-8.

13 Cf. Llamazares, María. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Editorial Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 146.

- i. pluralismo informativo como libertad del profesional informador,
- ii. pluralismo informativo como efecto de la diversidad de medios de comunicación,
- iii. pluralismo informativo como pluralidad social en la información y
- iv. pluralismo informativo como tratamiento objetivo e imparcial de la información¹⁴.

No obstante, la posición aceptada universalmente es la que distingue el pluralismo informativo externo del pluralismo informativo interno.

Sabiendo cual es el contenido jurídico del pluralismo informativo, cabe preguntarnos: ¿qué medidas públicas corresponden a cada tipo de pluralismo informativo? La mejor forma de clarificar la diferencia entre ambos es plantear ejemplos. En el caso del Perú, un buen ejemplo de medida que busca tutelar el pluralismo informativo externo son las cuotas límite de mercado que se pueden adquirir en radio (20 % del mercado) y televisión (30 % del mercado), reguladas en la Ley de Radio y Televisión¹⁵. Por otro lado, un buen ejemplo de medida que tiene por objeto tutelar el pluralismo informativo interno es la franja electoral, regulada en la Ley de Partidos Políticos¹⁶ de la República del Perú¹⁷.

14 Cf. Rallo, Artemi. Pluralismo informativo y constitución, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 41-60.

15 Cf. Congreso de la República del Perú. Ley N° 28278. Publicada el 16 de julio de 2004 en el *Diario Oficial El Peruano*.

16 Cf. Congreso de la República del Perú. Ley N° 28094. Publicada el 1 de noviembre de 2003 en el *Diario Oficial El Peruano*.

17 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances

Ambos aspectos del pluralismo informativo se han regulado de diversas formas en los países latinoamericanos. Al respecto, pasaremos a explorar las características de la legislación comparada, para luego analizar sus aciertos y desaciertos, con la finalidad de verificar qué regulación es la más idónea a efectos de proteger y promover el pluralismo informativo. En ese sentido, haremos un énfasis especial en la regulación que promueve la protección del pluralismo informativo externo por su idoneidad para contravenir los actos de concentración mediática. No obstante, como trataremos a continuación, la regulación legal de los Estados americanos con respecto a las concentraciones de medios de comunicación, no responden exclusivamente al principio de libre configuración legal estatal; sino que, más bien, existe una obligación internacional de proteger y promover el pluralismo informativo de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sus instrumentos normativos internacionales y su jurisprudencia. A partir de la existencia de ésta obligación jurídica internacional que vincula a los Estados parte a la protección y promoción del pluralismo informativo es que resulta pertinente verificar si los marcos regulatorios de los Estados en cuestión cumplen con dicho mandato jurídico internacional y en qué grado.

4. La obligación internacional de proteger y promover el pluralismo informativo de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia del derecho humano a la libertad de expresión

El derecho humano a la libertad de expresión ha sido ampliamente reconocido y desarrollado por el SIDH. Tal es así,

del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

que este derecho ha sido reconocido en múltiples instrumentos internacionales. Así pues, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoce en su artículo 4° que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”¹⁸. Asimismo, el artículo 13° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”¹⁹. Además, se ha determinado que la importancia del derecho humano a la libertad de expresión no se agota en su esfera jurídica subjetiva como derecho de primera generación, sino que se reconoce como garantía indispensable de la vigencia del sistema democrático de gobierno; consecuentemente, se estipula en el artículo 4° de la Carta Democrática Interamericana que: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia y la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”²⁰. La CADH no se limita a restringir las vulneraciones directas al derecho a la libertad de expresión, sino que extiende sus alcances a vulneraciones indirectas a este derecho: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles

18 Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia, 1948.

19 Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

20 Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Lima, Perú, 11 de setiembre de 2001.

oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de ideas y opiniones”²¹. Inclusive, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos suscribió un instrumento jurídico internacional vinculante que versa exclusivamente sobre principios del derecho humano a la libertad de expresión: La Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión. Así pues, consideramos pertinente señalar algunos principios que se recogieron en dicha Declaración:

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(...)

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno

21 Ídem.

ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos (...) ²².

En ese sentido, podemos concluir de una interpretación sistemática de los instrumentos jurídicos internacionales antes citados que el derecho a la libertad de expresión comprende el derecho a la libertad de información, que, a su vez, supone que los Estados miembros de la OEA están obligados jurídicamente a establecer leyes antimonopólicas respecto de los medios de comunicación para evitar la restricción de la pluralidad y diversidad en la información. No observar esta disposición jurídica supone una vulneración al derecho a la información de los ciudadanos, el cual forma parte del derecho humano a la libertad de expresión. La claridad de las disposiciones recogidas en los instrumentos internacionales antes descritos no deja lugar a dudas respecto a la interpretación de los mismos; sin embargo, es importante nutrir nuestro análisis jurídico con la jurisprudencia de la CIDH, para efectos de tener una comprensión más amplia de los alcances de las directrices del SIDH.

El primer elemento de desarrollo conceptual que debe entenderse respecto de la jurisprudencia de la CIDH en materia del derecho humano a la libertad de expresión es la existencia de una dimensión individual y una dimensión social de dicho derecho. Así pues, se ha reconocido que: “En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión. Aprobada en octubre del año 2000.

derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social (...)”²³. En ese sentido, la distinción entre ambas dimensiones del derecho reside en que la dimensión individual supone lo siguiente:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En ese sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente²⁴.

Mientras que, por otro lado, la dimensión social del derecho a la libertad de expresión supone lo siguiente:

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia²⁵.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, pág. 28.

24 Ídem.

25 *Ibidem*, págs. 28-29.

Asimismo, la CIDH reconoce que ambas dimensiones poseen igual importancia para dar efectividad al derecho a la libertad de expresión: “La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13° de la Convención”²⁶. Adicionalmente, la CIDH reitera que la libertad de expresión es tanto un derecho como una garantía del sistema democrático: “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”²⁷.

El segundo elemento conceptual que la CIDH ha desarrollado respecto del derecho humano a la libertad de expresión es, además de las dimensiones que explican su contenido, la llamada triple función de la libertad de expresión. La primera es la realización individual de la persona en libertad, sin la cual, se estaría negando el derecho a pensar por cuenta propia y a expresar este pensamiento a terceros²⁸. La segunda es la relación de interdependencia que la libertad de expresión tiene con el sistema democrático, en la medida en que ésta asegura las condiciones para la circulación libre y plural de ideas, opiniones e información, a fin de que la ciudadanía pueda formar una opinión pública libre en democracia²⁹. La tercera es la naturaleza instrumental que este derecho tiene con respecto al ejercicio de otros derechos humanos, así pues, su vigencia es esencial para el ejercicio de los derechos a la participación política, a la

26 *Ibidem*, pág. 29.

27 *Ídem*

28 Cf. Lovatón, David. “El equilibrio interamericano entre la pluralidad de información y concentración de medios” en *Revista Derecho PUCP* N° 73, 2014, pág. 137.

29 *Ídem*.

libertad religiosa, a la educación, a la identidad cultural, entre otros derechos³⁰.

El tercer elemento conceptual que la CIDH ha desarrollado respecto del derecho humano a la libertad de expresión es su especial vinculación con la existencia del sistema democrático. Así pues, la CIDH ha establecido que:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre³¹.

El cuarto elemento conceptual que la CIDH ha desarrollado respecto del derecho humano a la libertad de expresión es la especial importancia de la vigencia de dicho derecho en el marco de una campaña electoral. Así pues, la CIDH ha expresado que:

La Corte considera importante resaltar que, en el marco de un campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan

30 Ídem.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. Emitida el 13 de Noviembre de 1985, pág. 21.

en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión³².

El quinto elemento es el reconocimiento del pluralismo informativo como parte del derecho humano a la libertad de expresión. Así pues, la Relatoría Para la Libertad de Expresión de la OEA ha señalado:

Diversidad y pluralismo. El hemisferio asiste a un debate sobre la necesidad de garantizar la diversidad y el pluralismo en la comunicación sin interferir en los discursos protegidos por la libertad de expresión. Nos referimos de este modo a que las personas tengan la capacidad de acceder a medios para expresarse libremente, pero también que tengan acceso a una diversidad de fuentes de información y opinión. En ese sentido, debe hacer más de veinte años que el SIDH viene construyendo y reafirmando estándares en dos sentidos: a) los Estados tienen la obligación de garantizar la existencia de medios de comunicación libres independientes y plurales; b) los monopolios u oligopolios en la propiedad o control de los medios de comunicación conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la libertad de información. Cuando la omisión del Estado conduce a la existencia de monopolios u oligopolios o impide el libre flujo de las ideas, da lugar a una forma de restricción indirecta. Los Estados tienen la obligación de intervenir ante la concentración excesiva, bajo los medios autorizados por la propia Convención y adecuar el funcionamiento de los medios de comunicación social que

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, pág. 61.

utilizan frecuencias a los requerimientos de la libertad de expresión (...)³³.

Consecuentemente, los Estados miembros de la OEA mantienen una obligación internacional de: 1. garantizar la existencia de medios de comunicación libres independientes y plurales e 2. Intervenir ante la concentración excesiva de los medios de comunicación para evitar monopolios u oligopolios y promover el pluralismo informativo.

A manera de colofón de esta sección, cabe decir que la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH ha confirmado el sentido de las obligaciones internacionales antes desarrolladas que son aplicables a los Estados adscritos al SIDH. Así pues, la Corte IDH se ha pronunciado siguiendo esta línea interpretativa en el Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, convirtiendo lo expuesto en mandato aplicable a los Estados adscritos al SIDH. Así pues, a través de la referida sentencia, la Corte IDH ha desarrollado e integrado tres puntos en materia de pluralismo informativo, medios de comunicación, libertad de expresión y democracia³⁴:

- (i) se consagra el pluralismo como elemento correlativo de la libertad de expresión y la tolerancia sin los cuáles no puede existir una sociedad democrática,
- (ii) se establece que la pluralidad de medios e informativa es una garantía y deber del Estado para permitir el acceso universal y sin discriminación a los medios de comunicación y

33 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2014. Aprobado el 9 de marzo de 2015, pág. 30.

34 Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C N° 293, párr. 141-143.

- (iii) se reconoce que la libertad de expresión también puede ser afectada sin intervención estatal o ante la ausencia de ésta, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en los medios de comunicación se configuran mecanismos que impiden la libre circulación de ideas y opiniones.

Por último, la Corte IDH, a través de esta sentencia, determinó que los Estados adscritos al SIDH “están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas áreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio y televisión”³⁵. Consecuentemente, la Corte IDH reconoce literalmente que los Estados están obligados internacionalmente a promover el pluralismo informativo mediante el establecimiento de leyes y políticas públicas en la prensa, radio y televisión³⁶.

5. Experiencia internacional comparada respecto del pluralismo informativo

Tal y como ya hemos visto anteriormente, el SIDH promueve que los Estados parte cumplan con proteger el pluralismo informativo en sus respectivas jurisdicciones. En ese sentido, pasaremos a analizar en qué medida y de qué forma los países latinoamericanos vienen promoviendo el pluralismo informativo.

35 Corte IDH. Caso Granier y otros vs. Venezuela, párr. 145.

36 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

Podemos sacar algunas conclusiones de la experiencia latinoamericana. Así pues, algunos países de la región han desarrollado propuestas legislativas para hacer frente a los fenómenos de concentración mediática y otros han omitido hacerlo. Consecuentemente, tenemos diferentes grados de protección del pluralismo informativo externo, así como diversas fórmulas para alcanzar este objetivo aplicadas por cada uno de los Estados en cuestión.

El único país estudiado cuya normativa interna es absolutamente neutra respecto a la concentración mediática es Venezuela. También tenemos países que, si bien no son absolutamente neutros, tienen una protección muy pobre o insuficiente del pluralismo informativo. Entre estos podemos identificar países con protección constitucional expresa o indirecta del pluralismo informativo pero sin desarrollo legal (Brasil y Chile) y países sin protección constitucional pero con desarrollo legal expreso o indirecto que promueve el pluralismo informativo (Uruguay y Argentina).

Por otro lado, entre los países estudiados hay algunos que tienen una protección relativamente idónea del pluralismo informativo por cuanto mantienen desarrollo legal y constitucional en ese sentido (Perú, Paraguay, México, Ecuador, Colombia y Bolivia).

No obstante, para efectos de analizar la efectividad de los ordenamientos jurídicos estudiados, respecto de la protección del pluralismo informativo, es preciso enfocarnos en la comparación de sus normas infra constitucionales (por cuanto el control de constitucionalidad judicial concentrado o difuso en defensa del pluralismo informativo aún no se ha hecho efectivo en la práctica). Así pues, respecto de los países con desarrollo legal podemos identificar cuatro respuestas diferentes al fenómeno

de la concentración mediática. La primera es el control de las concesiones del espacio radioeléctrico regulando su adquisición, prohibiendo sus transferencias y estableciendo límites máximos permisibles (Perú, Uruguay, Paraguay y Argentina). La segunda es establecer la obligación para las empresas titulares de concesiones del espacio radioeléctrico de dispersar la propiedad de acciones en un número mínimo de personas (Colombia). La tercera es reservar porciones del espacio radioeléctrico estableciendo cuotas para el Estado, para el sector privado y para comunidades y/o organizaciones especiales de la sociedad civil (Ecuador y Bolivia). La cuarta es establecer una autoridad nacional con el propósito especial de controlar los actos de concentración mediática estableciendo prohibiciones y dándole poderes suficientes para aplicar medidas que contravengan la concentración mediática, sea cruzada o no, tales como ordenar la desincorporación de activos, derechos y/o partes sociales (México).

Pasaremos a exponer los problemas que suponen todas las alternativas regulatorias antes descritas. La primera respuesta se limita a contravenir los actos de concentración mediática exclusivamente en los medios de comunicación que requieren uso de espacio radioeléctrico, siendo que sus disposiciones serían inútiles respecto de concentraciones en prensa escrita, medios de comunicación que utilicen tecnología satelital u otras tecnologías y concentraciones cruzadas de propiedad por fusiones o adquisiciones. La segunda respuesta no soluciona el problema por cuanto es muy fácil de defraudar: la regulación no impide que se repartan proporciones de acciones ínfimas entre muchas personas naturales y jurídicas para cumplir con la norma, mientras que un solo grupo o persona natural o jurídica conserva un porcentaje de acciones que lo mantengan en control efectivo de la empresa. La tercera respuesta no es una solución idónea al problema: no se combate la concentración de los medios de comunicación, tan

sólo se establece que uno de los grupos concentradores será el Estado. Además, al igual que en el caso de la primera respuesta, se limita a contravenir actos de concentración mediática exclusivamente de los medios de comunicación que requieren uso del espacio radioeléctrico, siendo aplicables todas las críticas que hicimos a la primera respuesta. De las respuestas estudiadas, la cuarta es la respuesta más completa y más idónea para contravenir los actos de concentración mediática; sin embargo, considero que las medidas establecidas respecto de concentración cruzada de medios de comunicación deberían extenderse también a la prensa escrita. Cabe señalar que la regulación mexicana es *ex post*, por lo tanto, no se establecen medidas para prevenir los actos de concentración mediática propiamente, sino, más bien, se establecen remedios para corregir situaciones en las que se detectan supuestos de concentración excesiva de medios de comunicación. Consecuentemente, si bien es una regulación efectiva, se sanciona el resultado no deseado y no una conducta infractora.

Podemos concluir que, de los países estudiados, el modelo más efectivo para combatir los actos de concentración mediática es el mexicano. Tomando en consideración que la naturaleza de la ley mexicana es propiamente la de un control *ex post*, cabe indicar que hay también experiencias efectivas de regulación *ex ante* como el caso del Reino Unido, que exponemos a continuación.

En el Reino Unido se regulan los controles de fusiones y adquisiciones de una forma muy distinta a la de otros países. Al igual que en la mayoría de países del mundo, mediante el control de fusiones y adquisiciones se busca recolectar data de las empresas fiscalizadas y analizarla para determinar si una fusión o adquisición es lesiva al mercado y/o a los consumidores, sujetándose a estrictos criterios de mercado que giran en torno

a la protección de la libre competencia. Sin embargo, hay un control de fusiones especial, al que se le llama *public interest interventions*. Estos casos representan supuestos excepcionales en los que no se aplican las normas convencionales vinculadas a la protección de la libre competencia, sino que permiten la intervención del Secretario de Estado en materias vinculadas a seguridad nacional y pública, fusiones de empresas de prensa escrita u otros medios de comunicación y fusiones en las que peligre la estabilidad del sistema financiero³⁷. Cabe destacar que los criterios que se utilizan en los supuestos excepcionales mencionados son criterios especiales referidos al interés público que se busca proteger, excluyéndose los criterios vinculados a la libre competencia. En ese sentido, en el caso de las fusiones de empresas de prensa escrita y otros medios de comunicación, el Secretario de Estado no tendrá una intervención arbitraria, sino todo lo contrario: la Competition and Markets Authority evaluará el caso y emitirá un informe basado en criterios de libre competencia y enviará el caso a la Office of Communications que se encargará de desarrollar el llamado *public interest test*, también conocido como *test of plurality*. El referido test es un estudio técnico que mide la afectación que tendría la fusión o la adquisición al pluralismo informativo y considerará, entre otras cosas, el porcentaje de información que controlaría la empresa concentradora, las cuotas de mercado que controlaría el concentrador –considerando propiedad cruzada de medios de comunicación– y el control que el grupo económico mantiene sobre la o las empresas vinculadas³⁸. De este modo, el Secretario de Estado tendría una decisión informada por un estudio de la CMA y otro estudio de la OFCOM, los cuales contienen sus

37 Cf. Competition & Markets Authority, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, Editorial de la Corona Inglesa, Londres, 2014.

38 Cf. Office of Communications, *Ofcom guidance for the public interest test for media mergers*. Editorial de la Corona Inglesa, Londres, 2004.

respectivas recomendaciones; no obstante, el Secretario de Estado tendrá libertad para ponderar y valorar los aportes de estas entidades en su decisión final –que determinará si procede o no la concentración–³⁹.

Conclusión: La regulación como solución a la problemática de la concentración mediática

A lo largo del presente trabajo, hemos podido observar diversas formas en que países Latinoamericanos confrontan la problemática universal de la concentración de los medios de comunicación. Asimismo, hemos podido constatar que hay diversos grados y formas de protección del pluralismo informativo, sea mediante las constituciones o el desarrollo legislativo (y en algún caso reglamentario). Al respecto, no todos los países estudiados tienen regulación expresa o idónea que incida sobre la temática expuesta, ni tampoco todos establecen protecciones especiales en su Constitución; sin embargo, todos están sujetos a la CADH y, por tanto, los ciudadanos de estos países estarían habilitados para interponer recursos constitucionales ante el juez constitucional competente para proteger el pluralismo informativo (como manifestación de la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión) ante actos de concentración de medios de comunicación que puedan menoscabarlo; y en caso el Estado haga caso omiso de los reclamos o no responda de forma satisfactoria, se podrá elevar el mismo a la CIDH a través de los procedimientos del SIDH.

39 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. *En Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

En ese sentido, cabe hacernos la pregunta: si podemos judicializar estos casos a través de procesos constitucionales, ¿por qué sería necesario aprobar una ley especial? Pues porque la judicialización, si bien muchas veces por inexistencia o deficiencia de la ley resulta siendo la única solución factible, no es la vía más idónea para garantizar una adecuada protección y promoción del pluralismo informativo. Esto es así en cuanto a que, de por sí, es muy complicado para un juez constitucional declarar la nulidad de una operación comercial de adquisición o fusión empresarial, que genere una concentración mediática excesiva, si hay poca claridad en los hechos y poca precisión respecto del concepto de pluralismo informativo que se busca proteger.

Así pues, podemos exponer al menos tres razones por las cuales la judicialización no sería tan efectiva como una ley idónea que encause la voluntad estatal de proteger y promover el pluralismo informativo. En primer lugar, la falta de claridad en la información de la que se dispone respecto a los hechos y las dificultades, respecto de la comprensión del pluralismo informativo –dado que en muchas jurisdicciones el concepto nunca ha sido positivizado– podría terminar generando una abstención de parte del juzgador frente a operaciones de concentración de medios de comunicación o que se efectúen decisiones arbitrarias que no respondan a criterios comunes de interpretación y que generen inseguridad jurídica. En segundo lugar, la falta de precisión para determinar remedios adecuados frente a las operaciones de concentración de medios podrían llevar a los jueces a fallar únicamente declarando la nulidad de las operaciones o su viabilidad; así pues, no habría posibilidad de desarrollar soluciones intermedias como admitir la fusión sujeta a ciertos criterios o cumplimiento de condiciones –debido a la falta de información o a la falta de capacidad técnica para procesar la información–. En tercer lugar, las dificultades antes

mencionadas no permitirían a los jueces tener certeza sobre cuál es la proporción de concentración de mercado a cuya operación cabría imponer como remedio una prohibición, una admisión sujeta a criterios o cumplimiento de condiciones, o una admisión sin observaciones⁴⁰.

Así pues, sin norma expresa, los jueces optarán por controlar las operaciones de fusiones y adquisiciones únicamente cuando el menoscabo del pluralismo informativo sea manifiesto y evidente. Ante este escenario, no alcanzaríamos ni una protección y fomento adecuado del pluralismo informativo ni un escenario de seguridad jurídica. Consecuentemente, podemos concluir que la regulación, es pues, la mejor solución a efectos de proteger y promover el pluralismo informativo, porque a través de esta se puede determinar con claridad qué remedios serán aplicables y en qué supuestos se deberá aplicar cada uno de ellos. No obstante, como ya hemos visto en la sección anterior, no cualquier regulación será una solución satisfactoria.

De las opciones legislativas analizadas en el presente trabajo, consideramos que son igualmente válidos, satisfactorios e idóneos tanto el modelo mexicano como el modelo del Reino Unido. Personalmente, considero que la opción más tuitiva de los derechos fundamentales sería la regulación del Reino Unido.

Hay tres motivos que me llevan a preferir la opción legislativa del Reino Unido. El primero es que al ser una regulación *ex ante*, previene la situación de concentración mediática antes de que esta ocurra, evitando así que la afectación al pluralismo informativo llegue a ocurrir en un principio. El segundo es que, al

40 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

ser una regulación *ex ante*, supone necesariamente la prohibición, sanción y remedio de conductas prohibidas; por otro lado, una regulación *ex post* castiga el resultado, independientemente de que se haya incurrido en un acto prohibido o no. El tercero es que puede haber actos legítimos que lleven a los medios de comunicación a gozar de posiciones de dominio, por ejemplo, si un medio de comunicación crea nuevos productos y/o mejora la calidad de sus productos informativos y, de este modo, logra construir una posición de dominio en un mercado informativo, no se habría incurrido en una conducta prohibida. Así pues, si se alcanza una posición de dominio por el sólo hecho de actuar eficientemente, sería difícil legitimar mediante la ley una orden que restrinja los derechos económicos del medio de comunicación (como la desincorporación de activos y/o derechos que consagra la legislación mexicana). Por otro lado, si el medio de comunicación alcanza su posición de dominio comprando competidores, efectuando fusiones o ejecutando acuerdos, en esos supuestos, la posición de dominio adquirida debería ser combatida mediante un control de fusiones y adquisiciones antes que los acuerdos lleguen a ser eficaces. Asimismo, considero que el control de fusiones y adquisiciones puede ser complementado con normativa que regule cuotas máximas permisibles para la entrega en concesión de las frecuencias del espacio radioeléctrico.

En virtud a lo antes expuesto, considero que la alternativa más idónea es aprobar una ley que establezca un control de fusiones y adquisiciones especial por razones de interés público, inspirada en la regulación del Reino Unido. Así pues, las empresas de medios de comunicación que opten por realizar operaciones de fusiones o adquisiciones deberían informar previamente de sus intenciones a la autoridad administrativa competente. De este modo, a través de la implementación del control de fusiones y adquisiciones se recolectaría la data suficiente para realizar

un test de pluralidad que determine si la operación cuestionada es lesiva o no al pluralismo informativo y en qué proporción. En función a los resultados del test, la ley debería determinar los remedios aplicables, que podrían ser: la admisión sin condiciones, la admisión con condiciones y la prohibición de la operación. De este modo, la autoridad administrativa a la que se le asigne esta función (que podría ser una autoridad especial de comunicaciones o la autoridad de competencia) determinará qué remedio es aplicable al caso concreto, tomando en consideración los resultados del test de pluralidad. Evidentemente, la resolución de la autoridad administrativa podrá ser impugnada por la vía administrativa y/o judicial, pero los efectos de su decisión se mantendrían salvo hasta el momento en que se declare su nulidad –de ser el caso–.

No obstante, esta solución sólo sería aplicable a los casos de concentración mediática posteriores a la aprobación de esta normativa –dado la imposibilidad de aplicación retroactiva de la ley–. Así pues, ¿qué se puede hacer frente a las concentraciones que se hubieran dado antes de la aprobación de leyes especiales?

Frente al vacío o defecto de la Ley, la única alternativa posible sería la judicialización de la controversia a través de procesos constitucionales. Esto es exactamente lo que ocurrió con el caso de la adquisición de Epena por parte del grupo El Comercio. Un grupo de 8 periodistas interpuso una demanda de amparo contra el grupo El Comercio por esta adquisición, solicitando que se declare la nulidad de la compra de acciones por implicar una vulneración a la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana y por menoscabar el pluralismo informativo y el derecho a la libertad informativa. Así pues, la judicialización de la controversia se mantendría como una opción idónea para contravenir actos de concentración mediática ante el defecto o inexistencia de Ley. Del mismo

modo, ante el incumplimiento de los Estados de proteger el pluralismo informativo, que fuera reclamado por los ciudadanos con legítimo derecho accionar en estos casos, los ciudadanos de los países miembros de la OEA podrán elevar su reclamo ante la CIDH siguiendo los procedimientos del SIDH, de ser el caso.

Sea que se opte por la opción legislativa que sea, la determinación de los supuestos y los remedios aplicables para la protección y promoción del pluralismo informativo nos permitirán aproximarnos un poco más al ideal de una sociedad democrática en la que la formación de una opinión pública libre sea la base una ciudadanía que conoce y ejerce sus derechos⁴¹.

41 Delgado, Bruno. “La concentración de los medios de comunicación y los alcances del segundo párrafo del artículo 61° de la Constitución peruana en la prensa escrita”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No. 12, 2016.

Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana

*Ricardo Ferrero Hernández**

Introducción

El presente texto es un trabajo de investigación jurídico centrado en un estudio estrictamente jurisprudencial de la protección que concede la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *la Corte*) a la propiedad comunal indígena, en base al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En él atiendo a la doctrina y a todos los casos que ha juzgado la Corte con relación a este modelo de propiedad, para así formular unos conceptos generales sobre esta jurisprudencia.

La propiedad privada ha acompañado al desarrollo de lo que conocemos como Estados de Derecho, y es un elemento intrínseco y fundamental en el actual modelo económico y social. Ello no ha impedido el reconocimiento de un derecho consuetudinario de propiedad que ha pervivido ancestralmente, y no es otro que el derecho a la propiedad comunal indígena, que ha tenido que esperar al siglo XXI para que sea reconocido internacionalmente por “voluntad” de la Corte, que lo ha situado bajo el amparo de la CADH. Dicho reconocimiento ha significado

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Realizó el máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Alcalá (España). Es abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

en muchas ocasiones una colisión con el derecho a la propiedad privada en su concepción “tradicional”.

La Corte, junto con la Comisión, se ha convertido en referente internacional de la defensa de los derechos humanos de los indígenas en general, y del derecho a la propiedad comunal indígena en particular. Según L. Rodríguez-Piñero Royo, en el sistema interamericano se aprecian tres fases de actuación que se corresponden con la evolución de los derechos indígenas. Tras una “primera fase tardoindigenista” y una “segunda fase de interés por la situación de los pueblos indígenas desde la perspectiva de derechos humanos individuales”, nos encontramos en una “tercera fase de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas propiamente dichos, que comienza a principios de los noventa en el marco del proyecto de declaración americana de los pueblos indígenas y se consolida con la sentencia de la Corte en el caso *Awas Tingni*, en 2001”¹. En esta última fase, la Corte ha elaborado una jurisprudencia cada vez más precisa del derecho a la propiedad comunal indígena (o comunitaria, o colectiva; los términos son utilizados indistintamente en las diferentes sentencias de la Corte aludiendo, generalmente, al mismo concepto).

Nos encontramos ante un derecho que ya ha superado el estado embrionario al que se hacía referencia hace un decenio² y que asentó bases jurisprudenciales sólidas para su protección en el marco interamericano.

1 L. Rodríguez-Piñero Royo, “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 160.

2 Véase D. Oliva Martínez, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y derechos humanos*, Cideal, Madrid, 2005, pág. 228.

Es necesario citar el artículo 21 de la CADH, el cual garantizará el derecho sobre las tierras y territorios indígenas, y que nos acompañará en todo el estudio:

Derecho a la Propiedad Privada: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

La Corte interpreta un concepto de propiedad (*bienes* en el texto del artículo) que es bastante amplio. Esta amplitud del concepto de propiedad es la que le ha permitido situar bajo la sombra del artículo 21 a la propiedad comunal indígena.

El artículo establece que la protección de la propiedad implica garantizar tanto la posesión como el uso y disfrute sin intromisiones. Sin embargo, la propiedad no goza de una protección absoluta y puede ser limitada, pero siempre sometida, a una serie de requisitos que detallaremos.

El objeto de este estudio será analizar los argumentos esgrimidos por la Corte que identifican las tierras ancestrales indígenas con el concepto de bienes y que garantizan, por lo tanto, su uso y disfrute por parte de las comunidades; las condiciones para su reconocimiento; las obligaciones del Estado para garantizarlo; y su interrelación con el derecho a la propiedad privada de particulares.

1. Carácter ancestral y comunal de las tierras indígenas

Así se ha expresado la Corte al referirse a la propiedad comunal indígena y al artículo 21 de la CADH como garante del mismo:

[...] Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas³.

En el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua del año 2001, la Corte trató por primera vez la cuestión de la propiedad comunal indígena. La Comisión sometió ante la Corte este caso por el que el Estado nicaragüense había otorgado una concesión de 30 años a una empresa privada para el manejo y aprovechamiento forestal en un área ubicada en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN) –donde habitaba la comunidad Awas Tingni– para realizar trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera sin el consentimiento de la comunidad. Dadas las características de este caso, la Corte pudo abordar con profundidad la protección de la propiedad indígena. Se trata de una sentencia de gran relevancia jurisprudencial que sirvió de base para futuros casos

3 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 120.

en los que la Corte ha ido definiendo los perfiles de este concepto. Rodríguez-Piñero destaca la importancia de esta sentencia, “principal exponente del sistema interamericano de derechos humanos por los derechos indígenas”, ya que “generó la primera jurisprudencia relativa, específicamente, a los derechos colectivos indígenas [...] en relación con el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales”⁴.

A partir de esta sentencia, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia que sitúa a los territorios indígenas bajo el amparo del artículo 21 apoyándose sobre tres reglas de interpretación: (1) carácter evolutivo de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, (2) sentido autónomo de dichos instrumentos, que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno, y (3) principio *pro homine*, reflejado en el artículo 29.b de la CADH, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos. Tomando en consideración estas normas de interpretación, en el citado Caso Awas Tingni llegó a la conclusión de que el derecho a la propiedad comprende igualmente los derechos de los miembros de las comunidades indígenas sobre la propiedad comunal⁵.

En otras sentencias, la Corte se adecuó al sistema dentro del cual se inscribe (tanto a ordenamientos internos como internacionales) y, en un ejercicio de interpretar la CADH a la luz de los instrumentos internacionales en los cuales los países son parte, acudió en varias ocasiones al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, concretamente a los artículos 13 –“los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores

4 L. Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, pág. 164.

5 CortelDH, 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, párr. 148.

espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”–, y 14 –“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

En el Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, no habiendo firmado éste el Convenio No. 169, pero sí el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Corte consideró que el derecho de propiedad comunal era aplicable a la luz del artículo 1 (común a ambos Pactos), en virtud al derecho de autodeterminación, y del artículo 27 del PIDCP, teniendo como referencia observaciones tanto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como del Comité de Derechos Humanos. De acuerdo a estos criterios concluyó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos garantiza el derecho al territorio comunal⁶. Incluso en el Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador se refirió a la práctica internacional para determinar que el derecho de consulta (que desarrollaremos más adelante) es un principio general del Derecho Internacional⁷. Actualmente, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DPI) sirve como base de interpretación y como medio eficaz para asegurar

6 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 93 y 95-96.

7 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y reparaciones). Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 163.

este derecho⁸ debido a su alto número de votos a favor⁹ y a que casi un tercio del articulado hace referencia a los derechos sobre las tierras indígenas¹⁰.

Un elemento característico del derecho comunal indígena es su reconocimiento como derecho *colectivo, cuyo ejercicio corresponderá a la comunidad en su conjunto, aunque los beneficiarios finales sean cada uno de los individuos pertenecientes a la comunidad. Como dice el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en la sentencia de reparaciones del Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala*, los derechos comunitarios son fuente de derechos individuales y son a su vez derechos humanos con el mismo rango que cualesquiera otros¹¹. Se trata por lo tanto de uno de los pocos derechos que gozan de un carácter colectivo (sin entrar en discusiones doctrinales). Ello es debido a que tradicionalmente los pueblos indígenas han tenido una visión comunal de la propiedad en el sentido de que la pertenencia a la tierra no se centra en los individuos sino en la comunidad¹².

8 A diferencia del Convenio 169, la DPI no tiene rango de tratado internacional jurídicamente obligatorio. Por lo tanto no es vinculante u obligatorio para los países miembros de la ONU, sino que es declarativo u orientativo; no genera obligaciones jurídicas. No obstante, puede usarse para guiar las decisiones judiciales sobre asuntos indígenas, tal y como hace la Corte.

9 Aunque cuatro Estados votaron en contra de su adopción, posteriormente cambiaron su posición.

10 Concretamente, los artículos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que hacen referencia a tierras, territorios y/o recursos son: 8.b, 10, 12, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 36 y 37.

11 CorteIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Reparaciones). Sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 13.

12 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 149.

La relación *especial* (así es como lo define la Corte) de las comunidades indígenas con sus territorios va más allá de la posesión y la producción; comprende elementos culturales, de integridad e incluso espirituales. El disfrute de los territorios es una condición esencial para asegurar la vida individual de los miembros de la comunidad y la supervivencia de la comunidad como tal. Por un lado, la tierra es el medio de subsistencia primario de los indígenas al ser grupos comúnmente cazadores, pescadores o recolectores y por ofrecerle los recursos materiales empleados tradicionalmente por la comunidad. Por otro lado, es signo de su identidad cultural que han transmitido de generación en generación, que les diferencia de la sociedad nacional y que debe ser respetada acorde con el artículo 1 de la CADH¹³. Las tierras ancestrales no pertenecen a sus ascendientes si no a la comunidad indígena en sí. Es por ello que para las comunidades indígenas la relación con la tierra “es un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁴. En el Caso Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte es aún más explícita:

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados

13 Art. 1 de la CADH. Obligación de respetar los derechos: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

14 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 149.

con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas¹⁵.

Por ofrecer los recursos necesarios para su subsistencia y por asegurar su identidad cultural, la Corte le otorga la protección del artículo 21 tanto sobre los *territorios y tierras*¹⁶ tradicionales como sobre los *recursos naturales* que allí se encuentran, así como “los elementos incorporales que se desprendan de ellos”¹⁷.

De la misma manera que son titulares de sus tierras tradicionales, y también como consecuencia de ello, tienen derecho al control y uso de los recursos naturales tradicionales y propios de su cultura y sus costumbres. Esto no quiere decir que estarán protegidos todos los recursos naturales que se encuentren en esas tierras, sino aquellos que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo¹⁸.

La interpretación evolutiva de la Corte ha hecho extensivo a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad privada. La Corte, cuando se refiere al artículo 21, define el derecho a

15 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo Reparaciones y Costas). Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 154.

16 M. Berraondo hace una interesante comparativa de los conceptos de tierra y territorio en “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”, en M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 369-487.

17 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 137.

18 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 122.

la propiedad privada como “un derecho que integra todos los bienes materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de la persona, comprendiendo todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor; cobrando especial relevancia estos últimos, y caracterizado por el carácter predominantemente colectivo de los bienes”. Para Rodríguez-Piñero, la vinculación del derecho a la propiedad con las tierras tradicionales indígenas “desborda la concepción agrarista-distributiva del derecho a la tierra definido en función de las necesidades de reproducción material”. Considera que “la interpretación evolutiva del derecho fundamental a la propiedad” definido en el artículo 21 “va más allá del texto”¹⁹. El juez H. Salgado Pesantes hace referencia en su *Voto razonado concurrente del caso Awas Tingni* a lo dicho por la Corte en el sentido de que la concepción de los territorios indígenas desborda el concepto tradicional de propiedad, y encuentra justificación en que esta concepción “cumple de mejor manera con la exigencia insoslayable de la función social”²⁰ intrínseca al artículo 21.

2. Condiciones para el reconocimiento y ejercicio del derecho a la propiedad comunal

El derecho de propiedad comunal va acompañado de un correlativo derecho de las comunidades a la reivindicación de la titulación formal y efectiva de sus tierras tradicionales como propias. Surge la duda: ¿en qué supuestos tendrán derecho a reivindicar la titulación de sus tierras? En este punto daremos respuesta a esta pregunta.

19 L. Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, págs. 187-188.

20 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, Voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pasantes, párr. 2.

Aunque la posesión es un elemento importante para determinar el título de propiedad, no es imprescindible. Es importante porque, como estableció la Corte en el Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, según el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, la mera posesión es equivalente al dominio de las tierras y debería bastar para que las comunidades que no poseen título real soliciten el reconocimiento oficial y el registro de la propiedad²¹. Rodríguez-Piñero, al igual que la Corte, postula que la propiedad indígena “no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el propio uso y posesión tradicional de las comunidades y pueblos indígenas”. Continúa diciendo que “la posesión de hecho no debe ser entendida como una irregularidad jurídica, [...] sino como un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad”²².

En el Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam, sin embargo, no gozaban de la posesión al haber sido desplazados como consecuencia de actos violentos contra su pueblo y la posterior falta de diligencia de las autoridades para esclarecer los hechos y garantizar un regreso pacífico de la comunidad a sus tierras. Pese a la ausencia de posesión, la Corte les consideró dueños legítimos de sus tierras tradicionales²³. En el Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador también se vieron imposibilitados de usar sus territorios, en esta ocasión por una concesión ilegal a una empresa privada pero manteniendo, igual que en el caso anterior, el derecho de reivindicación sobre

21 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 151.

22 L. Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, pág. 189.

23 CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 134.

las mismas²⁴. Por otro lado, también ha podido juzgar casos en los que la propiedad de la tierra ha sido traspasada a terceros adquirentes de buena fe, como es el Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. En este caso, pese a que la propiedad se encontraba en manos privadas y la comunidad no tenía la plena disposición de la misma, la Corte consideró que también tienen derecho a solicitar que sean devueltas sus tierras tradicionales y, en caso de que no sea posible, a obtener otras tierras de igual extensión y calidad²⁵.

Con razón a lo anterior, la Corte concluye una serie de principios en relación a la posesión y el dominio:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad²⁶.

24 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 111.

25 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra*, párr. 130.

26 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra*, párr. 128.

En cuanto al derecho a reivindicar las tierras tradicionales cuya posesión se ha perdido, la Corte se cuestionó si es un derecho sujeto a límite temporal o si permanece indefinidamente en el tiempo. En respuesta dictaminó que las comunidades conservan el derecho a la reivindicación mientras conserven una relación única con sus tierras tradicionales, al considerar que esta relación es la base espiritual y material de su identidad como pueblos indígenas. En el momento en que deje de existir la relación desaparecerá el derecho a la reivindicación. Además estableció dos condiciones para determinar la existencia de la relación única: (1) puede interpretarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las condiciones concretas en que se encuentre, y (2) debe ser posible.

En relación a la primera, la Corte concretó que la relación “puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.

En cuanto al segundo, se refiere a que se vean impedidos a realizar alguna de las actividades anteriores por causas ajenas a su voluntad, como actos de violencia o amenazas o, como por ejemplo ocurrió en el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek, porque el Estado declaró como reserva natural privada parte de su territorio tradicional, impidiendo el uso y disfrute de su propiedad. En el caso de que la relación no sea posible, el derecho a la reivindicación se mantendrá hasta que desaparezca el impedimento²⁷.

En el concreto Caso de la comunidad Moiwana, la Corte consideró que, pese a que no podía conocer de los supuestos

27 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *spura*, párr. 131 y 132.

actos violentos que significaron el desplazamiento de la comunidad, sí podría hacerlo sobre la vulneración del artículo 21 como consecuencia de la falta de investigación de los hechos continuada en el tiempo y por no garantizar el Estado su regreso a sus tierras ancestrales en unas condiciones seguras. Consideró que se trataba de un *desplazamiento* continuo que hizo imposible a la comunidad mantener una relación ancestral con sus tierras, por lo que conservaban el derecho a la reivindicación²⁸.

Merece la pena hacer un inciso en el Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá, cuya sentencia nos trae a 2014. Los pueblos no reclaman el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales, sino sobre las tierras alternativas entregadas por el Estado. Tienen imposible el acceso a sus tierras ancestrales porque fueron inundadas y ahora reclaman estas tierras que no han ocupado ni poseído tradicionalmente; por lo tanto, no es el supuesto de ninguno de los principios numerados anteriormente. La Corte consideró que en este caso el Estado debe garantizar el derecho a la propiedad comunal de la misma manera que en los casos en los que la recuperación de las tierras ancestrales es todavía posible por haber sido decisión de las propias autoridades la reubicación de los pueblos y por ocupar éstos desde entonces las tierras alternativas permanentemente. Concretó que el derecho a la propiedad de las tierras alternativas se adquiere desde el momento en que éstas le son asignadas por el Estado²⁹.

Aunque en un principio el derecho a la propiedad comunal era propio de los pueblos indígenas, cuando en 2005 llegó a

28 CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana, *supra*, párr. 126.

29 CorteIDH, 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. 121 y 122.

conocimiento de la Corte el Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, decidió aplicar el derecho a los miembros de dicha comunidad, siendo un pueblo tribal no indígena de la región³⁰. A la misma conclusión llegaron en los Casos del pueblo Saramaka³¹ y de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica³². Considera que estos pueblos comparten características similares con las comunidades indígenas en la manera de relacionarse con la tierra. Por lo tanto, el derecho de propiedad comunal es también aplicable a los pueblos o comunidades tribales que tengan una relación especial con sus tierras tradicionales. Es el caso, por ejemplo, de las comunidades afrodescendientes que fueron llevadas a América, o de los pueblos indígenas que fueron desplazados dentro de América en época de la colonización y que con el tiempo se asentaron en diversos territorios conservando desde entonces hasta nuestros días una forma propia de relacionarse con dichos territorios y que es símbolo de su identidad cultural.

Por último, también se pronunció a favor de conceder el derecho a la propiedad comunal a un pueblo con carácter tradicionalmente nómada. Fue en el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek, que seguía un patrón de recorrido por sus territorios tradicionales radial o circular, si bien la parte reclamada era sólo una porción de esos territorios que consideraban más idónea por incluir puntos importantes en su vida, cultura e historia. La Corte estudió el caso concreto y determinó que las tierras reclamadas sí constituían sus territorios tradicionales y por lo tanto están protegidas por el artículo 21³³.

30 CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana, *supra*, párr. 133.

31 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 95.

32 CorteIDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2013, Serie C No. 270, párr. 358.

33 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 107.

3. Deberes de las autoridades públicas para garantizar el derecho a la propiedad comunal

El derecho a la propiedad comunal es un derecho peculiar y, como tal, requiere medidas especiales para garantizar su uso y disfrute. Como hemos visto, no hay una sola forma de entender el derecho de propiedad, y aplicar medidas especiales que supongan un trato desigual a personas (o comunidades) en condiciones desiguales es un acto aceptado por el DI.

Las comunidades tendrán la facultad de usar y disfrutar de sus territorios y recursos naturales sin injerencias del Estado, tal como recoge el artículo 21. Sin embargo, la propiedad privada en ciertas ocasiones también va a requerir de obligaciones positivas del Estado para garantizar su pleno ejercicio. Obligaciones positivas entendidas como medidas necesarias para proteger el derecho a la propiedad allí donde las comunidades legítimamente las esperen. Estas obligaciones del Estado son, como veremos a lo largo de este punto, un elemento fundamental para el ejercicio del derecho a la propiedad comunal indígena.

Es un primer deber de las autoridades públicas reconocer el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras comunales. Éste debe ser un reconocimiento formal. No basta con el reconocimiento de ciertos intereses de propiedad o con el reconocimiento mediante proceso judicial, tal y como lo garantizaba el ordenamiento interno de Surinam, sino que tiene que ser un reconocimiento real dentro del sistema normativo nacional. De forma contraria, con el simple reconocimiento de un interés o privilegio, el disfrute de sus tierras se podría ver opacado por derechos de terceros o por la intervención del Estado. Según la Corte en el Caso del pueblo Saramaka vs.

Surinam, la falta de reconocimiento no satisface el artículo 2 de la CADH³⁴ respecto del artículo 21 de la misma³⁵.

Aunque es necesario un reconocimiento formal de la propiedad comunal indígena, no es suficiente para garantizar el pleno ejercicio del artículo 21;

“el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”³⁶.

Las comunidades tienen derecho a que el Estado cumpla con dos obligaciones para asegurar el derecho normativamente reconocido:

1. Delimitar, demarcar y titular el territorio de propiedad de la Comunidad.
2. Abstenerse de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad³⁷.

34 Art. 2 de la CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

35 CortelIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 106.

36 CortelIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 143.

37 CortelIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 153.

Solo de esta manera se garantizaría el pleno ejercicio del derecho a la propiedad. Esta obligación estatal se debe a la situación de incertidumbre permanente que genera a la comunidad indígena la falta de delimitación y demarcación de sus territorios. Desconocer hasta dónde se extienden geográficamente sus tierras conlleva una inseguridad jurídica de no saber con certeza hasta dónde poder usar y gozar de los bienes. Para el Estado también es necesario conocer hasta dónde alcanza físicamente el derecho de las comunidades para conocer así dónde está su límite de actuación y poder garantizar la no intromisión en el disfrute de la propiedad. De esta forma se expresó la Corte en el Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, llegando a la conclusión de que el Estado, pese a que reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas y no se había opuesto a que la comunidad Awas Tingni fuera declarada propietaria, había violado el derecho al uso y disfrute de sus bienes al no delimitar y demarcar su propiedad comunal y al haber otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a comprender parcial o totalmente el territorio a demarcar³⁸.

En relación a la primera obligación, en las *Reparaciones* del caso *supra* la Corte aludió al artículo 2 de la CADH para impeler a las autoridades públicas a “adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas”. Además, este mecanismo debe ser “acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres” de las comunidades, y requiere su consenso³⁹. Es decir, el

38 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 152 y 153.

39 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 164.

derecho interno debe adoptar este mecanismo para asegurar el reconocimiento real de la propiedad, y la comunidad debe participar en el proceso de adjudicación de tierras.

Se trata de una tarea cuya iniciativa corresponde a las propias autoridades, sin que sea necesaria la solicitud por parte de la comunidad. Es igualmente necesario que la administración actúe con la diligencia debida (reconocida en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH) para no dilatar innecesariamente la incertidumbre. El artículo 8.1 de la CADH establece como requisito para garantizar el debido proceso que el procedimiento se haga dentro de un plazo razonable⁴⁰. De acuerdo a este artículo, la Corte consideró incompatibles con el principio de plazo razonable los procedimientos de delimitación de tierras de 11, 13 y 17 años de duración en los Casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek, respectivamente, todas ellas contra Paraguay⁴¹. En las mismas tres sentencias, la Corte consideró que el mecanismo incoado por Paraguay también vulneraba el derecho a la propiedad comunal al no establecer un recurso efectivo con las garantías de debido proceso (artículo 25.1 de la CADH), ya que éste es otro principio necesario para que el procedimiento de reivindicación pueda ser considerado adecuado.

La segunda de las obligaciones (abstenerse de realizar actos que puedan afectar al uso y disfrute de la propiedad comunal antes de la delimitación, demarcación y titulación) debe ser respetada igualmente tras la titulación y entrega de las tierras y de los recursos que allí se encuentren y que sean propios de la identidad cultural de las respectivas comunidades, tal y como garantiza el punto 1 del artículo 21.

40 La Corte ha considerado en su jurisprudencia cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto, ii) conducta de las autoridades, iii) actividad procesal del interesado y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

41 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 137 y 138.

El Estado podrá realizar actos que afecten a recursos naturales que se encuentren en el territorio indígena siempre que estos no sean los utilizados tradicionalmente por la comunidad y, por lo tanto, no sean propios de su cultura. Todo recurso natural utilizado tradicionalmente por la comunidad goza de la protección del derecho a la propiedad. Sin embargo, tal y como se desprende del artículo 21, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y puede ser limitado. La prohibición del artículo 21 no implica una prohibición absoluta que impida al Estado, por ejemplo, realizar concesiones que restrinjan el uso y disfrute de la propiedad comunal y los recursos naturales; se podrán restringir bajo ciertas condiciones. Dada la distinta naturaleza de este derecho, que protege elementos necesarios para la supervivencia de los indígenas, la limitación del derecho a la propiedad comunal debe someterse a unos requisitos especiales.

Varios de los casos relativos a la propiedad comunal indígena que han llegado al conocimiento de la Corte le han permitido pronunciarse sobre la idoneidad de la emisión de concesiones a empresas privadas para la explotación de recursos naturales dentro de los territorios indígenas, pudiendo así sentar jurisprudencia sobre limitaciones a la propiedad comunal con carácter general.

Refiriéndose a la injerencia en el disfrute del derecho a la propiedad con carácter general, la Corte determinó el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido establecidas por la ley; b) sean necesarias; c) proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. La Corte precisó en el Caso Saramaka que al afectar a los recursos naturales que se encuentran en el territorio de la comunidad indígena, además de estos cuatro criterios propios de la propiedad privada en sentido estricto, es necesario un quinto criterio: que la restricción

no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de algún modo que ponga en peligro la propia *subsistencia* del grupo y de sus integrantes. Considera que la subsistencia como pueblo es un “factor crucial” a la hora de considerar si la restricción es acorde con el derecho de propiedad⁴². Posteriormente, la Corte, de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH, estableció que para garantizar que las restricciones al derecho a la propiedad no impliquen una denegación de la subsistencia como pueblo, a la hora de emitir concesiones que signifiquen una restricción a la propiedad comunal, el Estado debe cumplir con tres garantías:

- Primero, debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio de la comunidad;
- segundo, debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental, y
- tercero, debe garantizar que los miembros de la comunidad se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo en su territorio⁴³.

Cumpliendo con estas tres obligaciones, toda restricción al derecho de los pueblos indígenas de disfrutar del uso de sus tierras tradicionales satisfaría el triple objetivo de preservar, proteger y garantizar la propiedad comunal y, por consiguiente, garantizaría su subsistencia como pueblo. Fue en el Caso del

42 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 128.

43 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 129.

pueblo Saramaka donde la Corte definió por primera vez este mecanismo, y lo hizo apoyándose tanto en el artículo 32 de la DPI⁴⁴ como en la interpretación que hizo el ComDH del artículo 27 del PIDCP en el Caso Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda⁴⁵. Ambos hacen referencia a la necesidad de que los miembros de la comunidad que vayan a ver limitados sus derechos participen en un proceso con todas las garantías, y que la restricción del derecho no produzca una afección económica.

Además, en las *Reparaciones* del Caso Saramaka decidió que el Estado debería revisar todas las concesiones otorgadas dentro del territorio del pueblo Saramaka con anterioridad a

44 Art. 32 de la DPI: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

45 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5: “especialmente en el caso de poblaciones indígenas, el disfrute del derecho a la propia cultura puede requerir medidas jurídicas positivas de protección por un Estado Parte y medidas para garantizar la efectiva participación de los miembros de las comunidades de minorías en las decisiones que les afecten. En la jurisprudencia que ha ido sentando con respecto al Protocolo Facultativo, el Comité ha insistido en que la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o se interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional”.

dicha sentencia. Esto para evitar que cualquier proyecto de explotación ya existente pudiera estar poniendo en peligro la subsistencia del pueblo indígena y, en ese caso, valorar la modificación de los derechos de los concesionarios⁴⁶. Se deduce que estos tres requisitos, que pasaremos a detallar a continuación, serán exigibles tanto para concesiones futuras como para las concesiones que ya se hayan producido.

En cuanto al primer requisito, efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho de consulta, debe basarse en un procedimiento culturalmente adecuado, respetando las tradiciones de la comunidad y sus métodos de deliberación. La consulta debe realizarse de buena fe, permitiendo a la comunidad el acceso a toda la información relevante en cuanto a los riesgos, y con la voluntad real de llegar a un acuerdo favoreciendo una atmósfera adecuada para el diálogo. Además, el procedimiento debe asegurar que la comunidad participa desde la etapa más temprana, y no solo en el concreto momento de tomar una decisión. Por último, es necesario que la consulta sea hecha por alguna institución u organismo del Estado, y no la misma empresa a la que se vaya a otorgar la posible concesión o cualquier otro ente o persona que tenga otros intereses que vayan más allá de una pura valoración de sus derechos⁴⁷. Si la restricción del derecho a la propiedad responde a un plan de desarrollo o proyecto a gran escala, en razón del mayor impacto que supone al territorio, la Corte considera que no sólo es necesaria la consulta, sino que también es obligatorio el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) según sus costumbres y tradiciones, haciendo valer así las exigencias del Relator Especial⁴⁸. Para cumplir

46 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 194.a).

47 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 129 y 135.

48 ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66: “[e]s esencial el

con este requisito deberán adoptar las normas e instituciones internas necesarias para crear un mecanismo adecuado para la participación de la comunidad⁴⁹.

El derecho de participación y de consulta de los pueblos indígenas, que ya había sido positivizado en el Convenio No. 169, ha adquirido gran relevancia a partir de la entrada en vigor de la DPI⁵⁰. Además, como ya dijimos, el derecho de consulta de los pueblos indígenas se considera principio de DI. La Corte expresa que “el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁵¹. Adquiriendo tal relevancia, la consulta es un mecanismo que también debe acompañar al derecho de propiedad en los procedimientos de demarcación y titulación y de restitución, compensación e indemnización⁵², los cuales deben ser, según la Corte, consensuadas con los pueblos interesados.

Al definir el segundo requisito, la realización de un estudio de impacto ambiental, la Corte se apoya sobre el artículo 7.3 del Convenio No. 169⁵³. Exige que el estudio sea previo a la consulta

consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.

49 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, *supra*, párr. 166.

50 El derecho a la consulta se encuentra recogido en los artículos 15, 17, 19, 30, 32, 36 y 38 y el derecho a la participación en los artículos 18, 23, 27 y 41 de la DPI.

51 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, *supra*, párr. 159.

52 Véase M. Berraondo López, “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, en F. Gómez Isa y M. Berraondo López (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pág. 199.

53 Art. 7.3 del Convenio No. 169 de la OIT: “3. Los gobiernos deberán velar por

y/o consentimiento de la comunidad, para que puedan tener en su posesión todos los datos relevantes antes de tomar una decisión, y que sea realizado por un experto o grupo de independientes bajo la supervisión del Estado. Este estudio deberá tener en cuenta la posible incidencia social, espiritual y cultural que podrían tener las actividades en la comunidad y tendrá que valorar la implementación de medidas o mecanismos adecuados para asegurar la no afectación a las tierras y recursos tradicionales. Hay que tener en cuenta que aunque ciertas concesiones de explotación de recursos naturales no recaigan directamente sobre la explotación de los recursos propios de la población indígena, en la práctica éstos pueden verse afectados por daños colaterales de las actividades propias de la explotación, por lo que es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la viabilidad de la concesión.

Por último, el tercer requisito exige compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales. Adquiere relevancia la interpretación que hace la Corte de este requisito, ya que lo deriva de la exigencia del segundo punto del artículo 21: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa [...]”. Considera que el concepto de repartir beneficios es inherente al derecho de indemnización. Se llega de este modo a la consideración de que el derecho al pago de una indemnización no es únicamente propia de la privación de un título de propiedad (como podría sugerir una interpretación estricta del artículo 21), sino que responde también a la necesidad de reparar la limitación que se hace al uso y goce de la propiedad. Además, será la propia

que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

comunidad la que resuelva quiénes son los beneficiarios de la compensación según sus costumbres y tradiciones⁵⁴. La Corte no especifica, sin embargo, qué debería ser considerado como *razonable* en relación a los beneficios derivados de la restricción o la privación.

Como vimos, estas obligaciones responden a un triple objetivo de preservar, proteger y garantizar la propiedad comunal.

Cuando el Estado no cumple con todas estas obligaciones inherentes al artículo 21 puede resultar que, en los casos más graves, las tierras tradicionales pierdan las condiciones necesarias que garantizan la subsistencia del pueblo de acuerdo a su costumbre y cultura o que, simplemente, la comunidad pierda la posesión de las mismas. Tales consecuencias pueden derivar, entre otros motivos, de concesiones realizadas a personas físicas o jurídicas de naturaleza privada (como en el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku), de planes públicos de desarrollo o infraestructuras sobre las tierras comunales (como en el Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros), o actos de violencia contra los miembros de la comunidad (como en el Caso de la comunidad Moiwania).

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha querido garantizar el principio de *restitutio in integrum* a la hora de fijar las reparaciones. Así, en los casos en los que se ha impedido el disfrute de la propiedad comunal y los pueblos indígenas han perdido su posesión por causas ajenas a su voluntad o no se les ha permitido el uso y disfrute de sus bienes, la devolución de las tierras tradicionales es la reparación que más se ajusta a este criterio. Pero puede darse el caso de que dichos actos hayan supuesto la pérdida de las condiciones idóneas de la tierra que permitirían el normal desarrollo de la comunidad, obligándoles

54 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 138 y 139.

a desplazarse y haciendo muy difícil su reasentamiento en la zona. La Corte ha determinado que cuando el Estado no pueda asegurar el retorno de la comunidad indígena debe “entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión”⁵⁵. En caso de que la devolución no sea posible, el criterio que más se acercaría al principio de *restitutio in integrum* sería la entrega de tierras alternativas de igual valor, en el que la comunidad pueda desarrollar sus actividades tradicionales de la manera más similar posible a como lo venía haciendo. También es la mejor forma de garantizar que la compensación otorgue valor al especial significado que tienen las tierras tradicionales para sus pueblos; más de lo que lo haría una indemnización pecuniaria. A este criterio hace referencia el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT⁵⁶.

En el Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, como ya vimos, la comunidad se veía imposibilitada de regresar a sus territorios debido a que éstos se encontraban inundados como consecuencia de la construcción de una presa hidroeléctrica. La Corte decidió que la mejor forma de reparación era delimitar, titular y entregar a la comunidad tierras alternativas de igual valor y de suficiente extensión para garantizar el mantenimiento y desarrollo de

55 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra*, párr. 135.

56 Art. 16 del Convenio No. 169 de la OIT: “4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

la propia forma de vida, electas con la participación de la comunidad en las negociaciones y respetando sus costumbres. Este último es un elemento importante: si bien la entrega de tierras alternativas debe ser la solución primaria, no se les puede negar una posible indemnización pecuniaria o cualquier otra alternativa que la Comunidad considere adecuada. Por ello la solución debe ser negociada y consensuada con la comunidad, garantizando también así que las tierras van a ser las más idóneas.

4. Colisión entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunal

El territorio y los recursos naturales indígenas se pueden ver afectados por injerencias externas. El derecho a la propiedad comunal indígena se puede ver afectado mediante la adquisición de un título privado sobre las tierras indígenas o mediante una concesión de explotación o uso a un ente privado. El resultado es que la propiedad que en principio debería pertenecer a la comunidad indígena con el pleno uso y disfrute de sus recursos naturales, pasa a manos privadas. Es común la situación de particulares que han adquirido la propiedad de las tierras en épocas muy tempranas y, en el momento de delimitar y entregar las tierras, el Estado se encuentra con que éstas pertenecen a personas privadas.

Cuando la propiedad indígena ha pasado a manos privadas adquirentes de buena fe, éstos también han adquirido un derecho protegido por el artículo 21. Cuando los adquirentes no adquieren de buena fe, la solución será la restitución del pleno derecho de propiedad a sus legítimos dueños. Sin embargo, cuando adquieren de buena fe, generan unas legítimas expectativas de que su propiedad va a ser protegida por la CADH, y más si, como en el caso de muchos particulares, poseen estas propiedades desde

largo tiempo atrás o, incluso, desde hace varias generaciones. En estas circunstancias, el Estado debe realizar una ponderación de derechos.

Cuando se producen, como define la Corte, “contradicciones reales o aparentes”, ésta provee que los requisitos para justificar la restricción de cualquiera de los dos derechos en conflicto serán los propios de una restricción del derecho a la propiedad con carácter general, presididos por la necesidad de buscar un *interés social imperativo*. Como vimos, las restricciones deben cumplir una serie de pautas: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias, c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. La proporcionalidad de la intromisión en el uso y disfrute del derecho debe ajustarse a un objetivo legítimo, interfiriendo en la menor medida posible en el derecho restringido⁵⁷, y lograr respetar así el requisito de *justo equilibrio* entre ambos derechos. Por lo tanto, el garantizar uno de estos dos derechos de propiedad por encima del otro debe responder a una justificación sustentada en el *interés social imperativo*. Al tratarse de derechos que por lo general protegen el mismo contenido sustancial, garantizar el pleno ejercicio del derecho de una de las partes va a significar prácticamente la total privación del derecho de la otra. En este punto deben adquirir un peso importante las medidas resarcitorias.

A la hora de ponderar ambos derechos, dice la Corte que los Estados deben acudir al caso concreto para valorar los efectos que supondrían las restricciones. Sin embargo, el Estado debe valorar el especial significado que tienen las tierras tradicionales para su comunidad, que constituye un elemento indispensable para garantizar su supervivencia como pueblo indígena y para que

57 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 144 y 145.

sus miembros conserven su patrimonio cultural. Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio de propiedad, y eso debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar ambos derechos. Más aún

“la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”⁵⁸.

La necesidad de preservar las identidades culturales, propia de las sociedades que constituyen los Estados parte de la CADH, se coloca como *interés social imperativo* y justifica la restricción del derecho a la propiedad privada en base al *interés social* y la *utilidad pública* reflejados en el artículo 21, consiguiendo de este modo mantener un *justo equilibrio* entre el interés perseguido y el derecho a la propiedad restringido. Podemos decir que la privación del derecho a la propiedad privada es posible cuando vaya encaminada a preservar las identidades culturales dentro de la realidad nacional, y cuando los particulares sean indemnizados por tal injerencia de acuerdo al artículo 21.2. Y siempre, cuando existan “contradicciones reales o aparentes”, el Estado deberá tener en cuenta el especial significado de la relación entre las comunidades y sus tierras.

Además, como vimos, cuando la restricción se produce sobre una propiedad comunal indígena la Corte exige que se cumpla un quinto requisito –que la restricción no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de algún modo que ponga en peligro la propia *subsistencia* del grupo y de sus integrantes–, el

58 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 148.

cual no es exigible cuando la limitación se refiere a una propiedad privada.

Se puede considerar por lo tanto que existe más exigibilidad a favor de la propiedad comunal indígena a la hora de realizar una ponderación de los derechos.

Por todo ello, cuando el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo dentro de una sociedad democrática. No cabe duda que la expropiación en estos casos estaría justificada, siempre respetando el derecho a obtener indemnización.

En palabras de M. Berraondo, “la Corte deja entrever que se podría primar el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre el derecho de propiedad de los terceros que adquirieron sus títulos de buena fe, argumentando que las consecuencias del no ejercicio de su derecho sobre los territorios son muy graves, dada la especial relación que une a los pueblos indígenas con sus territorios y la relevancia de estos en el desarrollo de sus culturas y en el ejercicio de otros derechos básicos”⁵⁹.

Sin embargo, ello no significa que cada vez que haya un conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad indígena prevalecerá el segundo sobre el primero. Puede que el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, a devolver las tierras a los miembros de la comunidad. Es un requisito imprescindible que el Estado

59 M. Berraondo López, *Territorios indígenas: Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho*, IPES-ELKARTEA, Grupo Intercultural Almaciga, CEJIS, pág. 126.

argumente su decisión detallando los motivos que, dado el caso, impedirían la devolución de las tierras⁶⁰. Sin embargo, el que se encuentren en manos privadas no constituye *per se* un hecho que justifique el impedimento de garantizar el derecho a los pueblos indígenas. De no ser así, carecería de sentido el derecho de reivindicación de las tierras; no constituiría un derecho real ya que se sometería a la voluntad de los particulares de si están dispuestos o no a devolver sus tierras⁶¹.

En los casos en que el Estado no pueda devolver las tierras, y siempre detallando las razones concretas y justificadas que se lo han impedido, deberá entregarle tierras alternativas de igual extensión y valor para que la comunidad pueda disfrutar de su derecho de la forma más similar posible, y realizarlo contando con el consenso de la propia comunidad⁶² (tal y como vimos al final del punto anterior).

La Corte ha establecido como criterio para analizar la ponderación de derechos que la cuestión de la propiedad no se debe ver desde la esfera de la productividad, ya que ello implicaría no entrar a valorar otras circunstancias que deberían tener peso en el momento de la ponderación de ambos derechos a la propiedad, como la especial significación que tienen las tierras para los pueblos indígenas.

En el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek, la Corte consideró que la remisión que hacía el Estado al Estatuto Agrario suponía una limitación de las posibilidades de asegurar el derecho

60 L. Rodríguez-Piñero Royo argumenta que el Estado tiene la carga de la prueba: “los Estados asumen la carga de justificar las razones concretas y justificadas que impiden el reconocimiento y titulación de la propiedad comunal” (“El sistema interamericano...”, *op. cit.*, pág. 194.).

61 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 138.

62 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 149.

de reivindicación al permitir únicamente la entrega de aquellas tierras que no estuvieran siendo explotadas racionalmente⁶³. Ello podría, además, comprometer la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituir un trato discriminatorio⁶⁴. También hay que tener en cuenta que un tratado de carácter supranacional como es la CADH tiene mayor relevancia jurídica que acuerdos comerciales bilaterales o similares. Es decir, los segundos se deben adecuar a la CADH y, por lo tanto, deben respetar el derecho al uso y disfrute de las tierras indígenas. La existencia de alguno de estos acuerdos no implica que la propiedad no pueda volver a manos de la comunidad indígena⁶⁵.

La Corte no puede decidir en un caso concreto de ponderación entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunal qué derecho vale más, porque pertenece al margen de apreciación de los Estados. Sin embargo, sí es de su incumbencia si el Estado ha valorado debidamente el derecho indígena en el momento de ponderar ambos derechos. En este sentido, también es relevante que, si bien la Corte no es competente para conocer las compra-ventas o concesiones previas a la aceptación de competencia del Estado por la norma *ratione temporis*, sí lo es para conocer si el Estado ha hecho, a partir de la aceptación de la competencia, una ponderación de derechos adecuada.

Vamos a centrar la atención en el último caso que ha conocido la Corte en relación a la propiedad comunal indígena, de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros. La Corte llegó a la conclusión de que no era válido el título de propiedad privada adquirido de buena fe por un particular sobre parte de las tierras de la comunidad indígena, aunque en ese momento éstas aún no se encontrasen tituladas.

63 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 146.

64 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 149.

65 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra*, párr. 140.

Según estableció, no podría un tercero adquirir de buena fe un título privado sobre las propiedades indígenas, sin perjuicio de los particulares que ya tenían un título de propiedad con anterioridad a la ocupación de los pueblos indígenas. Obligó al Estado a dejar sin validez el título de la concesión y a devolver la plena titularidad a los pueblos indígenas⁶⁶. Para ello argumenta que la normativa de varios países de la región, por ejemplo Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son inalienables e imprescriptibles⁶⁷.

Esta es la primera ocasión en que la Corte establece que una adquisición privada sobre un territorio indígena, aunque sea de buena fe, sólo es válida si se efectuó con anterioridad a la ocupación de los pueblos indígenas. Si el título de adquisición no es *válido*, no ha habido una adquisición real de un derecho. Hasta

66 CorteIDH, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros, *supra*, párr. 142, 145 y 233.

67 Argentina: Constitución de la Nación Argentina de 1994, artículo 75.17; Constitución de la Provincia del Chaco de 1994, artículo 37; Constitución de la Provincia del Chubut de 1994, artículo 34; Constitución de la Provincia de Salta de 1986, artículo 15.I; Ley No. 4086 de 1966, Provincia de Salta; Constitución de la Provincia de Formosa de 1957, artículo 79; Ley 2727 de 1989, Provincia de Misiones. Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado de 2008, artículo 394.III; Ley No. 1715 de 1996, “Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria”; Brasil: Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 231.4; Chile: Ley 19.253 de 1993 “[e]stablece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena” (reformada 25 de marzo de 2014). Colombia: Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 63 y 329; Decreto 2164 de 1995. Costa Rica: Ley 6172 de 1977, “Ley indígena”. Ecuador: Constitución del Ecuador de 2008, artículo 57.4. Honduras: Decreto No. 82-2004, “Ley de propiedad” de 2004. Paraguay: Constitución Nacional del Paraguay de 1992, artículo 64. Perú: Decreto Legislativo No. 295 de 1984, “Código Civil”; Decreto Ley No. 22175 de 1978, “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva”. Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 119; Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de 2005.

esta última sentencia no hizo referencia a la validez o invalidez de la adquisición, pero sí que reconocía que los particulares tenían un derecho a la propiedad privada que debería ser tenido en cuenta. Ello se deduce de la reiterada jurisprudencia de la Corte, que nombra distintos criterios sobre el derecho a la propiedad comunal (que ya hemos visto) y cuyos números tres y cuatro dicen:

3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad⁶⁸.

En este fragmento se observa que los terceros adquirentes de buena fe tienen un derecho que debe ser respetado por el Estado, criterio que no se mantiene en esta sentencia. Es cierto que el caso presenta ciertas peculiaridades. Es el único caso en el que se pronuncia la Corte sobre una venta realizada con posterioridad a la aceptación de la competencia por parte de un Estado, siendo la concesión en el año 2012, en el cual ya hay una base jurisprudencial e instrumentos internacionales protectores de la propiedad comunal indígena frente a concesiones o ventas. Además, se trataba de tierras alternativas entregadas por el Estado y éste se había comprometido a nivel interno a respetar los territorios y no realizar concesiones a terceros. Habrá que

68 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra*, párr. 128.

ver si la postura de la Corte es debida a estas peculiaridades o, en cambio, si es mantenida en futuros casos y crea cierta base jurisprudencial.

Conclusiones

La propiedad puede alcanzar formas muy diversas de uso y disfrute dentro de una misma sociedad democrática, y el Estado deberá proteger todas ellas frente a injerencias de terceros. Tal protección debe garantizar tanto la posesión como el uso y disfrute sin injerencias, salvo algunas excepciones.

La interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del concepto de propiedad es extensiva. Esta interpretación ha permitido situar a la propiedad comunal indígena bajo la protección del artículo 21 de la CADH.

La Corte refiere que hay diversas formas de entender el derecho a la propiedad, y a la necesidad de que todas sean respetadas en una sociedad democrática. Si bien la propiedad comunal indígena no responde al concepto “tradicional” de propiedad, sí lo hace respecto a la necesidad de protección de comunidades y pueblos cuyos vínculos tradicionales con sus tierras ancestrales garantizan la supervivencia de su identidad cultural.

Es interesante citar uno de los criterios más representativos citado por la Corte a la hora de juzgar este derecho, y que trasluce a lo largo de su jurisprudencia: no se debe afrontar el derecho de propiedad indígena desde una visión de productividad.

La Corte, acudiendo a tratados como el PIDCP, el Convenio No. 169 o la DPI, se ha apoyado en los principios de interpretación

necesarios para garantizar la protección de los territorios indígenas y los recursos naturales que allí se encuentren.

Las comunidades mantienen una relación especial con la tierra que trasciende de lo material a lo espiritual por medio de un vínculo que han conservado ancestralmente. Además, la propiedad comunal indígena se caracteriza por el carácter colectivo conferido por la Corte, que le permite disfrutar de su derecho de acuerdo a sus costumbres y cosmovisión.

Los pueblos indígenas podrán reclamar la titulación mientras conserven una relación única con sus tierras tradicionales, aun cuando no tengan la posesión de las mismas. Esa relación única puede interpretarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las condiciones concretas en que se encuentre, y debe ser posible, sin impedimentos. En caso de que la relación no sea posible, mantendrán el derecho a reivindicarlas hasta que desaparezca el impedimento. Cuando los impedimentos imposibiliten la devolución de sus tierras tradicionales, el Estado deberá entregarle tierras alternativas de igual extensión y valor.

Los Estados tienen una doble obligación respecto a la propiedad indígena. En primer lugar, delimitar, demarcar y titular el territorio indígena; en segundo lugar, no conceder permiso ni permitir a terceros la intromisión en el disfrute de estos territorios. Es decir, las autoridades no sólo deben reconocer el derecho a los territorios indígenas, sino que deben cumplir con unas obligaciones positivas necesarias para hacer efectivo el derecho.

Sin embargo, en muchas ocasiones los Estados incumplen estas obligaciones por medio, por ejemplo, de concesiones de explotación de recursos naturales o ventas a entes privados sin tener en cuenta la voluntad de las comunidades. En estos casos, las comunidades tendrán derecho a recuperar sus tierras.

En el caso de que las propiedades hayan pasado a manos de personas privadas adquirientes de buena fe, nos encontramos ante una colisión de derechos que deberá resolver la Corte por medio de una pura ponderación de derechos. La Corte no podrá determinar qué derecho tiene más peso, pero sí si el Estado ha actuado adecuadamente a la hora de ponderar los derechos. Sobre el Estado cae la carga de la prueba. Si concluye que deben permanecer en posesión de la persona privada debe justificarlo debidamente, no siendo justificación *per se* el que se encuentren en manos privadas. Aunque la Corte no concede explícitamente más importancia a la propiedad indígena que a la privada, de su jurisprudencia sí se puede interpretar tal criterio. Considera que el Estado debe de tener en cuenta el especial significado que tienen las tierras para su comunidad, elemento indispensable para su subsistencia. Justifica la restricción de la propiedad privada en la exigencia de lograr el objetivo legítimo de preservar las identidades culturales, objetivo propio de sociedades democráticas. También matiza que este criterio no significa que siempre prevalezca la propiedad comunal sobre la privada, puede darse el caso que el Estado encuentre razones justificadas para no poder devolverla.

El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, y por lo tanto el Estado puede realizar concesiones a terceros para el uso de los recursos naturales de los territorios indígenas. Para ello deberá cumplir los requisitos exigibles para cualquier restricción al derecho a la propiedad tradicional, más un último requisito que revela la importancia de la propiedad para los pueblos indígenas: ninguna restricción debe denegar la subsistencia del grupo y de sus integrantes. Para que la intromisión garantice este requisito, se deberá informar y asegurar la participación de la comunidad, se realizará un informe previo sobre impacto del proyecto, y se garantizará que la comunidad vaya a participar de los beneficios del proyecto.

Para concluir, destacaremos que pese a que el reconocimiento de este derecho nos acerca a un pasado muy reciente, ha venido a proteger una realidad ancestral de los pueblos indígenas. La Corte ha dado respuesta a un derecho que fue opacado primero por el derecho ultramarino y después por el orden jurídico que ampara el liberalismo. Ha supuesto la recuperación del derecho original situándolo, cuanto menos, al mismo nivel que el concepto de propiedad que hasta ahora considerábamos “tradicional”.

Como decimos, es un derecho reciente, y seguramente sea objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial, pero por el momento ha sentado las bases de un reconocimiento esperanzador para las comunidades indígenas americanas, y quién sabe si para aquellas comunidades que traspasan las fronteras americanas.

El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo

*Marta González Domínguez**

Vos tenés la bala... yo la palabra. La bala muere al denotarse. La palabra vive al replicarse.

Berta Isabel Cáceres

Introducción

Esta reflexión tiene como objetivo evidenciar la importancia que reviste el reconocimiento de la existencia autónoma e independiente del derecho a defender los derechos humanos. Ello, en atención a la relevancia que para la sociedad en su conjunto tiene la labor ejercida por las y los defensores de los derechos humanos, dado que mediante la misma, se ha logrado el permanente avance en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, de los cuales todos somos titulares.

Así, la labor de defensa de los derechos humanos ha existido siempre a lo largo de la historia en pos de la consolidación y crecimiento del horizonte de los derechos que hoy disfrutamos. Dicha labor se ha enmarcado en permanentes luchas sociales – colectivas e individuales– que han tenido como fin la creación de mecanismos para la real satisfacción de las necesidades básicas

* Nacionalidad española. Licenciada en Administración y Dirección de Empresas y Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en Derechos Humanos y Gobernanza por la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente se desempeña como abogada para el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

del ser humano, en aras del desarrollo de un proyecto de vida en condiciones dignas.

Uno de los resultados de estas constantes luchas ha sido la instauración de la democracia, en la idea del Estado constitucional de Derecho, configurada idealmente como el sistema apropiado para garantizar la convivencia pacífica en nuestras sociedades y nuestros derechos humanos fundamentales.

Así las cosas, es en virtud de la relación existente entre democracia, derechos humanos y la actividad de defensa de los mismos (o luchas sociales), que se explica la necesidad de crear un mecanismo jurídico que dote de contenido el derecho a defender derechos humanos y, consecuentemente, de la autonomía que le corresponde en virtud de la importancia del mismo, en aras de maximizar la protección que las y los defensores requieren para poder ejercer su labor libres de intromisiones indeseadas.

En primer lugar, se hará referencia a la importancia de la labor de defensa de los derechos humanos para el fortalecimiento de los sistemas democráticos, según ha sido ampliamente reconocido por diversos organismos e instrumentos jurídicos, pertenecientes tanto al ámbito universal como al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Seguidamente mencionaremos algunos obstáculos que las personas defensoras de los derechos humanos afrontan en el desempeño de su importante labor y cuya existencia a su vez explica la necesidad precisamente de reconocer de forma autónoma el derecho de defensa. Ello, a efectos de lograr que el mismo despliegue sus efectos protectores a plenitud respecto de las personas que lo ejercen.

Estudiada la importancia del ejercicio de la defensa de los derechos humanos y el contexto en que la misma se desempeña, a lo largo del cuarto acápite del presente documento, se abordará el reconocimiento internacional de este derecho a defender los derechos humanos en algunas declaraciones e interpretaciones realizadas de parte de diversos organismos de protección de los derechos humanos que, si bien no son estrictamente vinculantes, presentan ya el derecho en comento como un derecho humano emergente que va adquiriendo autonomía e importancia global.

En quinto lugar, nos referiremos al contenido de otros derechos interrelacionados y estrechamente vinculados con el derecho a defender los derechos humanos debido precisamente a que no existe un reconocimiento expreso y autónomo del mismo. Así, observaremos su relación concreta con otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión, reunión, libertad de asociación, el ejercicio de derechos políticos o a disponer de recursos eficaces.

Por último, en sexto lugar, y a la luz de las argumentaciones y explicaciones abonadas a lo largo del documento, se realizarán una serie de consideraciones y conclusiones finales.

1. La importancia de la labor de defensa de los derechos humanos en el fortalecimiento de la democracia

Tal y como ya estableció la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* (en adelante, “Declaración sobre Defensores”), toda persona tiene, ya sea individual o colectivamente, el derecho a promover y procurar la

protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional¹.

Tal y como la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, “OACNUDH”) ha determinado; y como ha asimilado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la CIDH” o “la Comisión”), lo que permite atribuir a una persona o grupo de personas la condición o estatus de defensor de derechos humanos, viene determinado por la actividad misma de promoción por ellos y ellas realizada, independientemente de si dicha labor se ejerce a cambio de una remuneración o de su pertenencia a alguna organización².

Tal y como se introdujo supra, las personas defensoras de derechos humanos contribuyen al fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho, lo cual redundará en un beneficio de la sociedad en su conjunto³, la cual y en parte gracias a ello, se beneficia de un nivel de vida más digno.

1 El artículo 1 de la Declaración establece que “[t]oda persona tiene derecho individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”. Declaración aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución A/RES/53/144, de 8 de marzo de 1999. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument).

2 CIDH, Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II., 31 de diciembre de 2012, párr.12, citando a: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Folleto informativo No. 29: Los Defensores de Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos, Ginebra 2004. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>.

3 CIDH, Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., 31 de diciembre de 2012, párr.13.

Así es que, ante el incumplimiento por parte de los Estados de su deber de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁴, y “crear las condiciones necesarias para el efectivo goce y disfrute de los derechos establecidos en la Convención”⁵, se asienta “la importancia del papel que cumplen”⁶, en tanto que actúan ejerciendo un constante reclamo, monitoreo, visibilización y denuncia de aquellas situaciones en que dicho goce y disfrute no se encuentra garantizado o es incluso violentado, según el caso.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “Corte Interamericana”) ha determinado que: “(...) las defensoras y los defensores de derechos humanos contribuyen de manera esencial a la observancia de los derechos humanos, pues **actúan como garantes contra la impunidad**. De esta manera se complementa el rol, no tan solo de los Estados, sino del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su conjunto”⁷.

De ahí que, a través del ejercicio de este derecho, las y los defensores de derechos humanos contribuyen “a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos”⁸.

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 1.

5 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. Párr. 87.

6 *Ibid.*

7 Énfasis añadido por la autora. Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. Párr. 88.

8 ONU. *Declaración sobre Defensores*, Op. Cit. Supra nota 1, artículo 1.

En efecto, la importante labor que realizan contribuye a la promoción, respeto y protección de los derechos y libertades fundamentales, alertando y documentando abusos a los derechos humanos, acompañando a las víctimas de éstos, “fortaleciendo el Estado de Derecho, cuestionando la impunidad y activando los mecanismos que mantienen vivos los sistemas democráticos”⁹, aportando a la democracia y a la paz en nuestras sociedades.

Y es tal la importancia del reconocimiento de la democracia que la propia Corte Interamericana ha señalado que es “uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención [Americana] forma parte”, cuya relevancia además ha sido reafirmada por los Estados en la Carta de la OEA en cuyo articulado se establece dicho sistema como uno de sus principios esenciales¹⁰.

Sería poco menos que ignorante o desacertado mantener de forma absoluta que la mera existencia de un sistema democrático garantiza de por sí la efectividad de los derechos humanos.

Así, tal y como la Corte IDH determinó en el Caso Gelman vs. Uruguay, lo que hace que exista verdadera y plenamente un régimen democrático en los términos en que idealmente fue creado, es que en el confluyan dos atributos fundamentales e indispensables.

El primero de ellos atiende a la dimensión formal de la democracia, que responde al clásico principio del respeto a las

9 OACNUDH en México. *Informe sobre la situación de las y los defensores de Derechos Humanos en México. Defender los derechos humanos: entre el compromiso y el riesgo*. Noviembre de 2009, disponible en <http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/informepdf.pdf>, pág. 9.

10 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 149 citando a: Artículo 2.b de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

mayorías y a los procedimientos que ordenan la creación de las leyes de una determinada forma. El segundo se refiere al aspecto sustancial de la misma, el cual limita y condiciona al primero, así como las decisiones susceptibles de ser adoptadas por las mayorías, ubicándose en la esfera de lo “susceptible de ser decidido”¹¹.

Se trata entonces de un modelo en que, al menos de manera ideal, las leyes, para ser válidas sustancialmente, además de ser creadas bajo los procedimientos y las formas establecidas, se apegan a los principios constitucionales, entendidos como derechos humanos fundamentales¹².

Esta dimensión sustancial es la que está sujeta a los principios constitucionales, y se relaciona con el contenido de las normas creadas por el poder político, de tal forma que su validez sustancial está condicionada a la real garantía de los derechos fundamentales¹³.

De igual forma, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC 8/87 de 30 de enero de 1987, puntualizó que: “El 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

11 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. Párr. 239.

12 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. 4ta ed. Editorial Trotta. Madrid, España. 2004. Pág. 24.

13 Ferrajoli, Luigi. *La crisis de la democracia en la era de la globalización*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada, España. 2005. Págs. 37–51. Al respecto: Un “derecho sobre el derecho”, que no sólo se limita a establecer las formas para la creación de legislación y desarrollo del derecho, sino que vincula los contenidos a las normas que enuncian derechos fundamentales.

una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”¹⁴.

En conclusión, existe una relación intrínseca entre los derechos humanos, su garantía y la democracia en tanto que los primeros se desarrollan y consolidan en el marco de su sistema, al tiempo que establecen sus márgenes limitándolo por el efectivo ejercicio de los mismos.

2. Obstáculos que enfrentan las personas defensoras de los derechos humanos

Pese a la importante labor que las y los defensores realizan, esta no se encuentra exenta de riesgos. Lastimosamente América Latina es la región más peligrosa del mundo para ejercer este derecho. Datos recopilados en el año 2015 por la organización *Front Line Defenders* dan cuenta de que, por ejemplo, más de la mitad de asesinatos de personas defensoras de los derechos humanos, ocurre en la región. Así, a noviembre de dicho año se registraron 87 asesinatos de personas defensoras, de los cuales el 60 % tuvo lugar en Colombia¹⁵.

Concretamente, las personas defensoras que afrontan mayores riesgos en el desempeño de su labor, son aquellas que defienden los derechos de los pueblos indígenas, la tierra y el medio ambiente, quienes concentran el 40 % del total de estos asesinatos referidos¹⁶.

14 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. Párr. 26.

15 Front Line Defenders. *Informe Anual 2016: Basta de asesinatos de defensores/as de derechos humanos*. Pág. 12. Disponible en: <https://www.frontlinedefenders.org/es/resource-publication/2016-annual-report>.

16 Front Line Defenders. *Informe Anual 2016: Basta de asesinatos de defensores/as de derechos humanos*. Pág. 12.

Si bien los asesinatos representan la forma más grave de obstaculización al ejercicio del derecho a defender los derechos humanos, definitivamente no es la única. También ocurren persecuciones, amenazas, hostigamientos y represalias por la exposición que se realiza de los abusos existentes en el mundo por parte de actores no estatales, con o sin aquiescencia del poder público, y siempre con el propósito de silenciarlos y e impedir que lleven a cabo el destacable trabajo que desempeñan.

La misma CIDH ha señalado que los asesinatos, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, son uno de los obstáculos más graves para la labor de defensa y promoción de los derechos humanos¹⁷.

Hay que prestar también atención al fenómeno de la criminalización de las y los defensores, un fenómeno que la misma Comisión Interamericana ha observado que no solamente persiste, sino que se ha intensificado, y al que se ha referido como una “sofisticación de las acciones dirigidas a impedir, obstaculizar, o desmotivar la labor de defensa y promoción de los derechos humanos”¹⁸. Esto implica una creciente manipulación del derecho penal o aplicación indebida del mismo con, finalmente, el ánimo de producir idéntico resultado, pero de forma más sutil, si se quiere.

En definitiva, tal y como la propia OACNUDH ha determinado, la gravedad de las represalias sufridas por ellos, constituyó una de las principales razones que explicaron la aprobación de la Declaración sobre los defensores de los

17 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr. 22.

18 CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15 31 diciembre 2015. Párr. 11.

derechos humanos y la definición del mandato de la Relatora Especial para los defensores de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas¹⁹.

Dada la gravedad de esta situación, es imprescindible que exista un reconocimiento de su figura en tanto que ello impactaría positivamente tanto en su situación, como en la forma en que son tratadas por las autoridades o por terceros y, finalmente, protegidas en el desarrollo de su actividad.

Así es que su reconocimiento les reafirma como actores legítimos con reivindicaciones válidas de derechos humanos, frente a aquellos que tratan de deslegitimar su labor exponiéndoles a un mayor riesgo de sufrir abusos y violencia en tanto que reproducen un discurso que les estigmatiza y tilda de “alborotadores”²⁰.

En este mismo sentido, la CIDH ha señalado que lo más grave de estas situaciones es que se envía un mensaje intimidatorio a toda la sociedad que causa un temor generalizado en la misma, desanima al resto de las personas defensoras a continuar ejerciendo su labor de denuncia, silencia a sus víctimas, perpetúa la impunidad e imposibilita la plena realización del Estado de Derecho y la democracia²¹. Ello porque los hechos en contra de las personas defensoras de los derechos humanos, tales como los asesinatos y la criminalización de que son víctimas, tienen un efecto amedrentador que trasciende a la persona defensora que

19 OACNUDH. *Violaciones cometidas contra defensores de los derechos humanos y otros problemas que éstos han de afrontar*.

20 Amnistía Internacional. AI. *Transformar dolor en esperanza defensoras y defensores de derechos humanos en América*, págs. 11 y 12.

21 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr. 21. También: CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15 31 diciembre 2015. Párr. 102.

los sufre. También afecta a la sociedad en su conjunto (en una suerte de censura indirecta) y a la democracia, en el marco de la cual ejerce sus reivindicaciones y su lucha²².

Es debido a la gravedad del efecto causado por la existencia de estas injerencias en su actividad, que los Estados han de adoptar todas las medidas que resulten necesarias, tanto para evitar que las y los defensores sufran algún perjuicio en su vida e integridad y protegerles cuando sean amenazados, como para favorecer que puedan llevar a cabo su labor e investigar diligentemente los atentados cometidos en su contra, para evitar que los hechos persistan en la impunidad²³, configurándose la investigación eficaz de los actos en su contra, como el medio más poderoso para garantizar su protección²⁴.

3. El reconocimiento internacional del derecho a defender derechos humanos

El reconocimiento internacional de la defensa de los derechos humanos comienza en el año 1998, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre Defensores. Ello supuso un primer avance en el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de la importancia de la labor que desempeñan, la cual justificó –y justifica– una especial protección

22 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr. 25.

23 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr. 28, citando a: Corte I.D.H., *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 145.

24 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr. 233.

de sus derechos y de ellos, en tanto que actores principales y titulares de los mismos²⁵. Esta declaración, además, constituyó el primer paso para la definición del derecho a defender los derechos humanos como un derecho en sí mismo²⁶.

También en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (en adelante, “OEA”) se ha reconocido el derecho a defender derechos humanos.

De hecho, dadas las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana en su Informe Anual de 1998 sobre la necesidad de adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad de las personas defensoras de derechos humanos²⁷, la Asamblea General de la OEA, en la primera sesión plenaria celebrada el 7 de junio de 1999, adoptó la Resolución 1671 mediante la cual se reconoció la importante tarea que desarrollan y se exhortó a los Estados Miembros a perseverar en sus esfuerzos para otorgar a las personas defensoras de los derechos humanos las garantías para que puedan seguir ejerciendo su tarea de libremente²⁸.

25 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr.14. Ver también: Declaración aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución A/RES/53/144, de 8 de marzo de 1999. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument).

26 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66, 31 de diciembre de 2012, párr.15, citando a: 7 Representante Especial del Secretario de la ONU, señora Hina Jilani, Folleto 29: Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>.

27 CIDH, *Informe Anual 1998, Capítulo 7, Recomendación 4*.

28 OEA. AG/RES. 1671 (XXIX-O/99). “Defensores de los derechos humanos

Además, anualmente, dicha Asamblea ha venido respaldando dicha labor y exhortando a los Estados a que implementen la Declaración sobre Defensores²⁹.

Otra de las manifestaciones de la necesidad en el ámbito interamericano de proteger y monitorear de forma específica a las personas defensoras de los derechos humanos en las Américas se dio con la creación, en diciembre de 2001, de una “Unidad de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos”³⁰, la cual en el marco del 141 Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana (2011), se convertiría en la actual Relatoría de Defensoras y Defensores de la CIDH.

Por su parte, también la Comisión Interamericana ha considerado que este derecho no se puede restringir en atención a consideraciones geográficas e implica la posibilidad de promover y defender libre y efectivamente tanto aquellos derechos indiscutidos, como aquellos cuya formulación aún se discute y se encuentra en desarrollo, por ejemplo, aquellos derechos y libertades contenidos en la propia Declaración de Defensores³¹.

en las Américas”. Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas, resolutorios 1 y 2.

29 OEA, AG/RES. 2036 (XXXIV-O/04), punto resolutivo 8°; AG/RES. 2067 (XXXV-O/05), punto resolutivo 9°; AG/RES. 2177 (XXXVI-O/06), punto resolutivo 9°; AG/RES. 2280 (XXXVII-O/07), punto resolutivo 10°; AG/RES. 2412 (XXXVIII-O/08), punto resolutivo 10°; AG/RES. 2517 (XXXIX-O/09), punto resolutivo 9°; AG/RES. 2579 (XL-O/10), punto resolutivo 11°; AG/RES. 2658 (XLI-O/11), punto resolutivo 11°; AG/RES. 2715 (XLII-O/12), punto resolutivo 12°; AG/RES. 2789 (XLIII-O/13), punto resolutivo 5° (i).

30 CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas* OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006, párr. 9.

31 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr.16.

Por su parte, dicha Declaración reconoce en su artículo 7 que el derecho a defender derechos humanos implica “desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos y a preconizar su aceptación”³². Ello, de forma coherente y relacionada con la interpretación y desarrollo evolutivos del derecho internacional de los derechos humanos, el cual, en palabras de la Corte IDH, se explica en tanto “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”³³.

Sobre este punto, cabe recordar que pese a que la CADH no impide la interpretación de los preceptos en ella contenidos, su artículo 29 la limita para evitar que se produzcan restricciones en los derechos que garantiza, de forma coherente con el denominado principio pro persona³⁴. Así es que, al interpretar cualquier precepto convencional, ha de elegirse siempre la

32 ONU. Declaración sobre defensores. Op. Cit. Supra nota 1, artículo 7.

33 Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Párr. 114. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 106.

34 CADH. Cuyo artículo 29 establece que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

El *pro homine* o *pro persona*, obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos del individuo. Cf. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales. Buenos Aires, del Puerto, 1997, p. 163.

alternativa más favorable para los derechos protegidos por dicho tratado o la que prevé una restricción menor³⁵.

A modo de ejemplo, podemos observar como la Corte Interamericana, a través de una interpretación evolutiva y dinámica del derecho a la propiedad privada consagrado en su artículo 21, dotó de contenido y existencia al derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, al entender que esto constituye una condición necesaria a efectos de garantizar su supervivencia cultural³⁶.

Las consideraciones anteriormente realizadas nos permiten concluir que el derecho a defender los derechos humanos abarca todo derecho humano protegido en el marco de la CADH –a la luz de su artículo 1.1– y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. También abarca todos aquellos que se encuentren en desarrollo y construcción, en atención a la interpretación evolutiva de la mano del desarrollo evolutivo de los derechos consagrados en la propia CADH, tal y como lo ha hecho la Corte IDH en sus interpretaciones a partir, por ejemplo, de lo expuesto con respecto al artículo 24 del mismo instrumento.

4. Contenido y ejercicio del derecho a defender los derechos humanos

Una vez que se ha hecho referencia al reconocimiento del derecho a defender los derechos humanos, y ante la falta de

35 Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180.

36 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, párr. 146.

reconocimiento del mismo por las normas internacionales, corresponde determinar de qué formas puede ser ejercido sin que ello implique renunciar a su carácter autónomo.

Ello se debe a que él o la defensora, en el desempeño de su labor, realiza una amplia gama de actividades al momento de ejercitar su derecho a defender los derechos y libertades fundamentales, ya sean propias o ajenas.

Al respecto, cabe recordar que, tal y como se introdujo supra, son las actividades que realiza una persona o grupo de personas, las que permiten atribuirles la calidad o condición de defensor o defensora de los derechos humanos³⁷.

Son estas personas las que, ejerciendo el derecho a defender y promover los derechos humanos, ejercen simultáneamente otros derechos tales como la libertad de expresión³⁸, el derecho de reunión pacífica³⁹, la libertad de asociación⁴⁰, los derechos políticos⁴¹ o el derecho a disponer de recursos eficaces⁴², entre otros.

37 Corte IDH. Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. párr. 129; Corte IDH. Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269. párr. 122.

38 OACNUDH, *Folleto informativo No. 29: Los Defensores de Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos*, Ginebra 2004. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>, pág. 23.

39 ONU. *Declaración de Defensores*, Op. Cit. Supra nota 1, artículo 5.

40 Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. Párr. 143.

41 ONU. *Declaración de Defensores*, artículo 8.1. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe especial sobre el derecho humano a defender derechos humanos en la ciudad de México 2011*. Disponible en <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/informe-defensores-dh.pdf>, pág. 28.

42 OACNUDH, *Folleto informativo No. 29: Los Defensores de Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos*, Ginebra 2004. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>, pág. 23.

El reconocimiento del derecho a defender derechos humanos a partir de su integración por otras actividades mediante las cuales el mismo se ejerce, fue realizado por la ex Representante Especial sobre el tema, Hina Jilani, en el peritaje que rindió en el Caso Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala⁴³, donde estimó que la Declaración sobre Defensores, le da una perspectiva diferente a estos derechos, al transformarlos en actividades propias del derecho a defender derechos humanos⁴⁴, que posibilitan y forman parte del mismo⁴⁵.

43 Hina Jilani. *Declaration before the Interamerican Court of Human Rights. Case Gudiel Ramos y otros vs. Guatemala*. 5th february, 2014. Pág. 3. No disponible públicamente.

44 Hina Jilani. *Declaration before the Interamerican Court of Human Rights. Case Gudiel Ramos y otros vs. Guatemala*. 5th february, 2014. Pág. 3. No disponible públicamente. En ese mismo sentido: Hina Jilani. *Declaration before the Interamerican Court of Human Rights. Case Adan Guillermo López Lone y otros vs. Honduras*. 7th january, 2015. Pág. 7.

45 ONU. *Declaración sobre Defensores*, artículos 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 y 13.

Artículo 5. A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional:

- a) A reunirse o manifestarse pacíficamente;
- b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos;
- c) A comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales.

Artículo 6. Toda persona tiene derecho, individualmente y con otras:

- a) A conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales, con inclusión del acceso a la información sobre los medios por los que se da efecto a tales derechos y libertades en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos;
- b) Conforme a lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos y otros instrumentos internacionales aplicables, a publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- c) A estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a formarse y mantener una opinión al respecto, así como a señalar a la atención del público esas cuestiones por conducto

de esos medios y de otros medios adecuados.

Artículo 7. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos, y a preconizar su aceptación.

Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a tener la oportunidad efectiva, sobre una base no discriminatoria, de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos.

2. Ese derecho comprende, entre otras cosas, el que tiene toda persona, individual o colectivamente, a presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos, críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 9. 1. En el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidas la promoción y la protección de los derechos humanos a que se refiere la presente Declaración, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a disponer de recursos eficaces y a ser protegida en caso de violación de esos derechos.

2. A tales efectos, toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido presuntamente violados tiene el derecho, bien por sí misma o por conducto de un representante legalmente autorizado, a presentar una denuncia ante una autoridad judicial independiente, imparcial y competente o cualquier otra autoridad establecida por la ley y a que esa denuncia sea examinada rápidamente en audiencia pública, y a obtener de esa autoridad una decisión, de conformidad con la ley, que disponga la reparación, incluida la indemnización que corresponda, cuando se hayan violado los derechos o libertades de esa persona, así como a obtener la ejecución de la eventual decisión y sentencia, todo ello sin demora indebida.

3. A los mismos efectos, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, entre otras cosas, a:

a) Denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas internas o ante cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, las cuales deben emitir su decisión sobre la denuncia sin demora indebida;

b) Asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones y los compromisos internacionales aplicables;

c) Ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y

asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales.

4. A los mismos efectos, toda persona tiene el derecho, individual o colectivamente, de conformidad con los instrumentos y procedimientos internacionales aplicables, a dirigirse sin trabas a los organismos internacionales que tengan competencia general o especial para recibir y examinar comunicaciones sobre cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales, y a comunicarse sin trabas con ellos.

5. El Estado realizará una investigación rápida e imparcial o adoptará las medidas necesarias para que se lleve a cabo una indagación cuando existan motivos razonables para creer que se ha producido una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier territorio sometido a su jurisdicción.

Artículo 10. Nadie participará, por acción o por el incumplimiento del deber de actuar, en la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y nadie será castigado ni perseguido por negarse a hacerlo.

Artículo 11. Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho al legítimo ejercicio de su ocupación o profesión. Toda persona que, a causa de su profesión, pueda afectar a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales de otras personas deberá respetar esos derechos y libertades y cumplir las normas nacionales e internacionales de conducta o ética profesional u ocupacional que sean pertinentes.

Artículo 12. 1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a participar en actividades pacíficas contra las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. El Estado garantizará la protección por las autoridades competentes de toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la presente Declaración.

3. A este respecto, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a una protección eficaz de las leyes nacionales al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a actos de violencia perpetrados por grupos o particulares que afecten el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 13. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a solicitar, recibir y utilizar recursos con el objeto expreso de promover y proteger, por medios pacíficos, los derechos humanos y las libertades fundamentales, en concordancia con el artículo 3 de la presente Declaración.

Al respecto, ya la Corte Interamericana ha reconocido que existe un consenso internacional sobre las actividades realizadas por las defensoras de derechos humanos, que incluyen las de promoción y protección de los derechos humanos, entre otras, aludiendo específicamente a la definición que de ellos ha establecido la Declaración sobre Defensores⁴⁶.

Entonces, el derecho a defender derechos humanos conlleva el ejercicio de distintos derechos que se interrelacionan entre sí, en atención a los principios, ampliamente desarrollados, de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos⁴⁷. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión resulta imprescindible para la defensa de los derechos y libertades fundamentales; es por ello que, a criterio de la Relatoría especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, la Declaración sobre Defensores procura proteger las funciones de vigilancia y promoción de defensores y defensoras, “reconociendo su derecho a obtener y difundir información relativa al disfrute de los derechos humanos”⁴⁸.

46 Corte IDH. Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283. Párr. 129.

47 Corte IDH. Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Párr. 129.

Además, cabe señalar que el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 señala: “[t]odos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos de manera global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. Ver: ONU. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. “Declaración y Programa de Acción de Viena”. 25 de junio de 1993. Párr. 5. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

48 OACNUDH. Relatora especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. *Comentario a la Declaración sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos*. Julio de 2011, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/HRDCommentarySpanishVersion.pdf>, pág. 85.

Además, según ha señalado la Representante Especial, la falta de respeto del derecho de los defensores a la libertad de expresión implica un efecto de autocensura, “puesto que esas personas consideran que no tienen suficientes garantías para publicar información sobre derechos humanos”⁴⁹.

Por su parte la Corte Interamericana ha reconocido que la libertad de expresión, consagrada en el artículo 13 de la CADH, específicamente sobre asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”, por lo que se precisa que sea garantizada de forma efectiva pues, de lo contrario, se debilitaría el propio sistema democrático⁵⁰.

Ello además, por cuanto la libertad de expresión posee dos vertientes o dimensiones, una individual y otra social, en tanto que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir de forma individual ideas e informaciones de todo tipo, así como también el derecho colectivo de toda la sociedad de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por otras personas⁵¹.

Al respecto, la relatoría fue constituida en 2008 sucediendo el mandato de Representante del Secretario General sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos creado en el año 2000.

- 49 ONU. *Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos*. Asamblea General, A/58/380, párr. 20.
- 50 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 165. Citando a: *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 140.
- 51 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 166.

De forma similar, resulta especialmente relevante tener en cuenta lo destacado en su oportunidad por la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, en cuanto a que la Declaración sobre Defensores reconoce la libertad de reunión como un elemento importante del derecho a defender derechos humanos y se convierte en generador de legitimidad de la participación en actividades pacíficas para manifestarse en contra de violaciones de los derechos humanos⁵².

Este derecho, además, se encuentra reconocido en el artículo 15 de la CADH que ampara el derecho de reunión pacífica y sin armas, el cual, según la Corte IDH, abarca la posibilidad de realizar reuniones públicas o privadas al tiempo que constituye una de las formas más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión y de reclamar la protección de otros derechos. Por ello, también es fundamental en una sociedad democrática⁵³.

Igualmente la Comisión Interamericana ha sostenido que: “[...] a través del ejercicio del derecho de reunión las personas pueden intercambiar opiniones, manifestar sus posiciones respecto de los derechos humanos y concertar planes de acción, bien sea en asambleas o en manifestaciones públicas”⁵⁴.

52 ONU. *Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos*. Asamblea General, A/58/380, 18 de septiembre de 2003, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=5800, párr. 24.

53 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 167.

54 CIDH. *Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*. 2006. Párr.52.

Por otro lado, la Representante Especial observó también que la libertad de asociación “sirve de base para el trabajo de los defensores de los derechos humanos”⁵⁵ y es por ello que este derecho está recogido por el artículo 5 de la citada Declaración. En efecto, existe un vínculo entre la libertad de asociación y el trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos.

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que:

[...] el artículo 16 de la Convención Americana comprende también el derecho de toda persona a formar y participar libremente en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales orientados a la vigilancia, denuncia y promoción de los derechos humanos. Dada la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos en las sociedades democráticas, el libre y pleno ejercicio de este derecho impone a los Estados el deber de crear condiciones legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función⁵⁶.

Además, para el ejercicio de la defensa de los derechos humanos, las personas defensoras requieren del acceso a un recurso judicial eficaz no solo para denunciar violaciones en contra de sus propios derechos, sino también, porque es esencial e indispensable para la defensa de los derechos fundamentales de terceros⁵⁷. Por ello, el artículo 9 de la Declaración sobre Defensores recoge este derecho que, a su vez, se encuentra reconocido por el artículo 25 de la CADH⁵⁸.

55 CIDH. *Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*. 2006. Párr. 21.

56 Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. Párr. 146.

57 OACNUDH, *Folleto informativo No. 29: Los Defensores de Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos*, Ginebra 2004. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>, pág. 23.

58 El artículo 25 de la CADH, concretamente establece que: 1. Toda persona tiene

En este mismo sentido, resulta también preciso recordar que la forma más eficaz para garantizar la protección de las personas defensoras de los derechos humanos cuando son objeto de actos de agresión, asesinato, amenaza, hostigamiento o criminalización, es la realización de una *investigación eficaz y diligente* de los hechos⁵⁹.

Este derecho que, de por sí se encuentra recogido en los artículos 8 y 25 de la CADH⁶⁰, implica que, en el caso de las

derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

59 *Supra* nota 24.

60 *Supra* nota 58. Además, el artículo 8 de la CADH, determina que: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de

investigaciones que han de desarrollarse cuando los actos de agresión se producen en contra de personas que defienden derechos humanos, los Estados deben “tomar en cuenta la actividad de éste para identificar los intereses que podrían haber sido afectados en el ejercicio de la misma y así poder establecer líneas de investigación e hipótesis del delito”⁶¹.

A modo de ejemplo, en el caso concreto del sometimiento de una persona defensora de los derechos humanos a un proceso de criminalización, la misma Comisión Interamericana ha determinado, respecto de las y los operadores de justicia que, ante una denuncia, al aplicar la norma penal en su contra, deben considerar “si el acusado tiene la calidad de defensor o defensora de derechos humanos, así como el contexto de los hechos”. Ello, en tanto que “permitiría identificar si la denuncia fue empleada como un mecanismo para obstaculizar” su labor⁶².

La consideración de la calidad de defensor o defensora de los derechos humanos como eje central de las investigaciones que los Estados han de llevar a cabo para esclarecer los actos en su contra, permiten un abordaje integral y completo de los hechos de que han sido víctima, estableciéndose desde los primeros

la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

61 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66. 31 de diciembre de 2012. Párr. 236.

62 CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15 31 diciembre 2015. Párr. 287, recomendación 19.

momentos, líneas de investigación sólidas que permitan, por último, la completa identificación de los autores intelectuales y materiales de los mismos.

Otro de los derechos inherentes al ejercicio de la defensa de los derechos humanos es aquel que se despliega mediante la participación política en la gestión de los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23.1 de la CADH⁶³, y que por ello precisamente encuentra también su reconocimiento en el precepto 8 de la Declaración sobre Defensores⁶⁴.

Este derecho, según el mismo Tribunal Interamericano además de ser “un fin en sí mismo”, constituye un medio elemental en las sociedades democráticas para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención Americana⁶⁵.

63 El artículo 23.1 de la CADH establece, refiriéndose a los Derechos Políticos, que: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

64 ONU. *Declaración sobre Defensores*, supra nota 1. El artículo 8, en su tenor literal establece que: “1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a tener la oportunidad efectiva, sobre una base no discriminatoria, de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos. 2. Ese derecho comprende, entre otras cosas, el que tiene toda persona, individual o colectivamente, a presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos, críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales!”.

65 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 163. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 143, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas.

Esta participación política puede incluir amplias y diversas actividades, realizadas por personas de forma individual o agrupadas, “para intervenir en asuntos de interés público, como por ejemplo, la defensa de la democracia”⁶⁶.

Es debido a su importancia para el fortalecimiento de la democracia, que los Estados deben de garantizar que los titulares del mismo puedan ejercerlo plena y realmente, y no solo de manera formal⁶⁷.

Además, los derechos *supra* expuestos, han sido recientemente comprendidos por la Corte Interamericana, en conjunto, como componentes necesarios del “derecho a defender la democracia”⁶⁸.

De hecho, la Corte Interamericana ha configurado concretamente el derecho a participar en los asuntos públicos, como una “específica concretización” del “derecho a defender la democracia”, el cual “comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión”⁶⁹.

Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233. Párr. 108.

66 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 163.

67 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 162.

68 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 164.

69 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 164.

Así las cosas, existe un estrecho vínculo entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, los cuales además revisten de una enorme importancia para posibilitar “el juego democrático”⁷⁰.

Tal y como se comprobó *supra*, se trata de actividades que ejercen en el día a día de su labor, las personas defensoras de los derechos humanos que, en tanto se configuran como “manifestaciones y expresiones relacionadas a favor de la democracia [,] deben tener la máxima protección posible”⁷¹.

Así, se puede observar que, pese a que el derecho a defender los derechos humanos no ha sido aún establecido como derecho único y autónomo⁷², el mismo está emergiendo hacia dicho reconocimiento.

5. El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo

Pese a que el derecho a defender los derechos humanos no se encuentra reconocido expresamente por las normas interamericanas, el mismo se encuentra protegido, entre otros,

70 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 163, citando a: Caso Castañeda Gutman vs. México, *supra*, párr. 140.

71 Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 163.

72 CIDH. *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, Op. Cit., párr. 35.

por los artículos 13.1⁷³, 15⁷⁴, 8, 25, 16.1⁷⁵, 23.1.a⁷⁶ y 25.1⁷⁷ de la Convención Americana.

Sin embargo, supeditar dicho derecho al contenido de estos otros, supondría limitar su concreción a los mismos sin definirlo en base a su significado particular y específico.

Además consideramos importante tener en cuenta que la Corte Interamericana, en otras ocasiones, ha reconocido la existencia de derechos que inicialmente no están contemplados en dicho instrumento a partir de lo dispuesto en distintas disposiciones de la Convención Americana y otros instrumentos aplicables en los Estados de la región⁷⁸.

73 Artículo 13.1 CADH. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).

74 Artículo 15 CADH. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

75 Artículo 16.1 CADH. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole (...).

76 Artículo 23.1(a) CADH. (...) 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (...).

77 Artículo 25.1 CADH. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

78 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. Párrs. 121 y ss.

Así, por ejemplo, la Corte IDH en el Caso Gelman vs. Uruguay, reconoció y analizó de manera independiente el derecho a la identidad, el cual fue posible determinarlo según las circunstancias del propio caso y el análisis que se realizó sobre la base de otros instrumentos internacionales⁷⁹, determinando con ello los atributos y características del mismo. En ese sentido, la Corte IDH concluyó que el derecho a la identidad “comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”⁸⁰. Para llegar a dicha conclusión, la Corte IDH también hizo alusión a lo desarrollado por distintos organismos de la OEA⁸¹.

79 *Ibid.*, párr. 121. Al respecto, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

80 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Párrs. 121 y 122.

81 *Ibid.*, párr. 123. Al respecto, la Asamblea General de la OEA señaló “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Asimismo, estableció que “la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su conjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los

Con respecto al derecho a defender derechos humanos, la Corte IDH en su reciente sentencia sobre el Caso Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala⁸², hace referencia expresa al derecho en cuestión, en relación con las actividades del defensor, reconociendo en ese sentido que: “[...] existe un consenso internacional respecto a que las actividades realizadas por las defensoras de derechos humanos son las de promoción y protección de los derechos humanos, entre otras. En este sentido se han pronunciado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Consejo de la Unión Europea, la Asamblea Parlamentaria de la Unión Europea y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”⁸³.

De esta manera, cita de forma textual el derecho expresamente contenido en el artículo 1 de la Declaración sobre Defensores, el cual establece que: “[...] toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”⁸⁴.

Así, se desprende del análisis realizado por la Corte IDH, que la calidad de defensor conlleva el ejercicio de un derecho que ha sido reconocido ampliamente por la comunidad internacional. De esta forma, en sus consideraciones, la Corte IDH relaciona el reconocimiento de este derecho con la garantía del derecho a la integridad personal y el derecho a la vida; tomando en cuenta,

casos previstos por la Convención Americana”.

82 Cabe aclarar que esta sentencia es del 28 de agosto de 2014, por lo que no se había emitido al momento de presentar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas en el Caso López Lone y otros vs. Honduras, cuyo plazo vencía el 29 de junio de 2014.

83 Corte IDH. Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283. Párr. 129.

84 *Ibid.*

para ello, las particularidades de la situación del defensor y defensora de derechos humanos del caso en cuestión, que fueron asesinado y amenazada, respectivamente, por sus labores de defensa. Al respecto, menciona que: “[...] de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, del artículo 1.1. de la Convención derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”⁸⁵.

En ese sentido afirma que:

[...] en determinados contextos, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida, libertad personal e integridad personal de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de éstos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo⁸⁶.

Así, bajo este análisis, la Corte IDH establece algunos estándares con respecto a la garantía del derecho a defender derechos humanos, tomando como presupuesto los derechos a la integridad y vida de las personas que lo ejercen. En ese sentido, la Corte IDH determinó que:

(...) la defensa de los derechos humanos sólo puede ejercerse libremente cuando las personas que la realizan

85 *Ibid.*, párr. 141; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 111; Corte IDH. Caso Castillo González vs. Venezuela, párr. 123.

86 Corte IDH. *Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 142.

no son víctimas de amenazas ni de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento. Para tales efectos, es deber del Estado no sólo crear las condiciones legales y formales, sino también garantizar las condiciones fácticas en las cuales los defensores de derechos humanos puedan desarrollar libremente su función. A su vez, los Estados deben facilitar los medios necesarios para que las personas defensoras de derechos humanos o que cumplan una función pública respecto de la cual se encuentren amenazados o en situación de riesgo o denuncien violaciones a derechos humanos, puedan realizar libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; generar las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad. En definitiva, la obligación del Estado de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas se ve reforzada cuando se trata de un defensor o defensora de derechos humanos⁸⁷.

El reconocimiento de las garantías se desarrolla en concordancia con la Declaración sobre Defensores, la cual, según Hina Jilani: “[...] *lays on the responsibility of the state to protect activities for the advancement of human rights, provides the foundation for the evolving framework for the protection of human rights, who have become integral to the definition of the right to defend human rights*”⁸⁸.

87 *Ibid.*

88 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Expert

Así, la ex Representante consideró en su peritaje sobre el mismo caso que, “*the states duty to protect the rights of defenders is derived from the primary responsibility of the State to protect all human rights as enshrined in (...) article 1.1 of the American Convention*”⁸⁹.

Pese a las consideraciones de la Corte IDH sobre las garantías del derecho –descritas en el apartado sobre los derechos a la integridad y a la vida, dadas las particularidades del caso–, el derecho, como derecho autónomo, es reconocido expresamente por la misma en su análisis sobre la violación del derecho a la participación política, en relación con la obligación de garantizar los derechos. Si bien la Corte IDH decide no realizar el análisis de fondo sobre el derecho a defender derechos humanos en este apartado, sí menciona que el mismo ya fue realizado en lo supra citado, reconociendo con ello la existencia del mismo.

Así la Corte IDH en su sentencia considera que: “Respecto al alegato de las representantes de que la señora B.A. se vio impedida de continuar con el libre ejercicio del derecho a defender los derechos humanos [...] el deber de garantizar *dicho derecho* se encuentra abordado suficientemente en el análisis realizado con respecto al deber de proteger la integridad de la señora B.A. (*supra* párrs. 153 a 160)”⁹⁰.

declaration by Hina Jilani before the Inter-American Court of Human Rights. 5th february, 2014. Pág. 2. El documento no está disponible públicamente. En ese mismo sentido, ver: Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Expert declaration by Hina Jilani before the Inter-American Court of Human Rights. 7th january, 2015. Pág. 9.

89 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Expert declaration by Hina Jilani before the Inter-American Court of Human Rights. 5th february, 2014. Pág. 4. El documento no está disponible públicamente.

90 Énfasis de la autora. Corte IDH. *Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283. Párr. 193.

Es decir, la Corte IDH reconoce que efectivamente existe un derecho autónomo a defender derechos humanos el cual debe ser garantizado como tal.

A pesar de este reconocimiento, la Corte IDH no otorga una calificación jurídica al mismo, sino que lo analiza a la luz de las circunstancias y derechos alegados como violados en el caso en concreto. Sin embargo, consideramos que el derecho a defender derechos humanos debe ser analizado de forma independiente y autónoma, dado su rol con respecto al propio sistema de garantías que ampara la idea de democracia protegida por la CADH y el desarrollo jurisprudencial de la misma Corte IDH.

En ese sentido, pareciera que en la jurisprudencia de la Corte IDH el desarrollo y la calificación jurídica independiente de un derecho no reconocido expresamente en la CADH, responde al contexto en el cual el mismo ha ido surgiendo y a la importancia que este representa para el *corpus iure*⁹¹ del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, para el análisis sobre el derecho a la verdad, la Corte IDH ha considerado en algunos casos la importancia del contexto en relación con el desarrollo de las leyes de amnistía en Latinoamérica⁹², como mecanismos de impunidad frente a las graves violaciones de derechos humanos⁹³

91 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. Párr. 121.

92 *Ibid.*, párrs. 195 y ss. La Corte IDH se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de las amnistías con la Convención Americana en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú (*Barrios Altos y La Cantuta*), Chile (*Almonacid Arellano y otros*) y Brasil (*Gomez Lund y Otros*).

93 OACNUDH. *Estudio sobre el Derecho a la Verdad*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006, párrs. 12-15. Al respecto: La Asamblea General ha tratado cuestiones relacionadas con el derecho a la verdad en numerosas resoluciones aprobadas desde 1974 en relación con las personas desaparecidas o las víctimas de desapariciones forzadas (19). Estas resoluciones se refieren a menudo al “deseo de saber” como una “necesidad humana básica” y dieron lugar a la formulación

además de la necesidad de garantizar a las víctimas el acceso a la justicia a través del conocimiento de la verdad de los hechos.

En ese sentido, la naturaleza del derecho que nos ocupa, como hemos venido insistiendo, es indispensable para la garantía de los derechos humanos y, con ello, para la construcción del ideal de democracia que la Corte IDH ha hecho suyo, por lo que es significativo darle una calificación jurídica independiente desde el *corpus iure* de la CADH. Su análisis como un derecho autónomo e independiente, cobra relevancia debido al contexto de persecución, hostigamiento y violencia que afrontan las personas que ejercen su derecho a defender derechos humanos hoy en día.

Al respecto, en la resolución 60/161 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la resolución 2005/67 de la entonces Comisión de Derechos Humanos de dicha organización y la resolución AG/RES. 2412 de la OEA, entre otras, exponen que los Estados Miembros observaron “con honda preocupación que, en muchos países, las personas y organizaciones que se dedican a promover y defender los derechos humanos y las libertades

del artículo 32 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en el que se codifica el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros (20). Aunque no siempre se ha referido de forma explícita al derecho a saber o al derecho a la verdad, la Asamblea General ha expresado reiteradamente su profunda preocupación por la angustia y el pesar de las familias afectadas. Por este motivo, se ha considerado que esas resoluciones forman parte de la base jurídica del derecho a saber. Otro factor que tuvo una gran influencia en el establecimiento del derecho a la verdad fue la creación de las “comisiones de la verdad” o de otros mecanismos similares al final de un conflicto o de un régimen autoritario en el que se hubieran producido violaciones masivas de los derechos humanos. En varias ocasiones, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General han reiterado que la determinación de la verdad con respecto a los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y las violaciones manifiestas de los derechos humanos es necesaria para consolidar el proceso de paz, y forma parte del proceso de reconciliación.

fundamentales son objeto de amenazas, hostigamiento, acoso e inseguridad como consecuencia de esas actividades”.

Cabe resaltar, como lo ha hecho la propia Corte IDH, que los efectos en la impunidad sobre las violaciones a este derecho “podrían tener un efecto amedrentador sobre otras defensoras y defensores, ya que el temor causado frente a tal hecho podría disminuir directamente las posibilidades de que tales personas ejerzan su derecho a defender los derechos humanos [...]”⁹⁴.

En ese sentido, la Corte IDH ha reiterado que: “[...] las amenazas y los atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad de los responsables por estos hechos, son particularmente graves porque tienen un efecto no sólo individual, sino también colectivo, en la medida en que la sociedad se ve impedida de conocer la verdad sobre la situación de respeto o de violación de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de un determinado Estado”⁹⁵.

De esta forma, destaca la CIDH, “cuando se impide a una persona la defensa de los derechos humanos, se afecta directamente al resto de la sociedad”⁹⁶.

A este análisis se le debe sumar que, en contextos represivos, desiguales o violentos, o frente a los quiebres de hecho o derecho de la institucionalidad y la democracia, la labor de aquellos es aún más crítica⁹⁷, de tal suerte que las y los defensores

94 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. Párr. 96.

95 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. Párr. 96

96 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*. EA/Ser.L/V/II. Doc. 66. 31 diciembre 2011, párr. 13.

97 Tales afirmaciones se desprenden del análisis de los informes de la CIDH desde

contribuyen a “[...] la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la contribución al fomento y progreso de las sociedades, instituciones y procesos democráticos”⁹⁸.

Por todo lo descrito a lo largo de este trabajo, es que sostenemos que el derecho a defender derechos humanos es un derecho autónomo e independiente que, si bien no está expresamente reconocido en el texto de la CADH, se encuentra protegido en su parte sustantiva por el artículo 1.1 de la CADH, así como en su ejercicio formal por los artículos 13.1⁹⁹, 15¹⁰⁰, 16.1¹⁰¹, 23.1.a¹⁰² y 25.1¹⁰³ de la misma. Para llegar a dicha

2009 a la actualidad, que se refieren a la situación de los defensores de derechos humanos en el contexto del golpe de Estado.

98 ONU. *Declaración de Defensores*, artículo 18.2.

99 Artículo 13.1 CADH. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).

100 Artículo 15 CADH. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

101 Artículo 16.1 CADH. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole (...).

102 Artículo 23.1 (a) CADH. (...) 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (...).

103 Artículo 25.1 CADH. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

conclusión, consideramos pertinente que la Corte IDH, como lo ha hecho en anteriores oportunidades, emplee una interpretación evolutiva de la CADH; atendiendo a que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹⁰⁴, aunado a un análisis de la naturaleza y alcances del derecho en cuestión.

De esta manera, concluimos que la defensa de derechos humanos es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, por ello este derecho se debe ubicar en el centro de la tutela de derechos, toda vez que la carencia de la misma contribuye al irrespeto de los demás derechos humanos y por ello, debe ser considerado como un derecho autónomo e independiente.

Conclusiones

A la luz de las consideraciones desarrolladas a lo largo del análisis anteriormente realizado resulta lógico concluir que, i) en virtud de la importancia que la figura de las personas defensoras de los derechos humanos tiene para la construcción y consolidación del sistema democrático, tal y como fue idealmente concebido; y ii) dado el difícil contexto, principalmente latinoamericano, en que estas personas desarrollan su invaluable actividad, es necesaria la consolidación y el reconocimiento ya pleno del derecho a defender los derechos humanos como derecho autónomo.

104Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Párr. 114. Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 106.

Como hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, ya existe un amplio consenso sobre el contenido y la importancia del reconocimiento y la operatividad de este derecho por lo que, al menos en el plano del derecho internacional de los derechos humanos correspondiente al SIDH, no queda más que la Corte IDH lo analice como derecho autónomo mediante el empleo de una interpretación evolutiva de la CADH, tal y como ha hecho en otras ocasiones.

Esto permitirá el desarrollo de la naturaleza y alcances del mismo de forma integral, así como determinar de forma concreta y pormenorizada las obligaciones internacionales que surgen para los Estados a raíz de un eventual incumplimiento del mismo.

En definitiva, este reconocimiento solamente puede redundar en una mayor protección de las personas defensoras que hoy en día son asesinadas, criminalizadas, hostigadas y amenazadas, con el objetivo de detenerlas en el desarrollo de la importante labor que realizan.

Cabe hacer mención de la lideresa indígena lenca Berta Isabel Cáceres Flores quien, pese a ser beneficiaria de medidas cautelares por parte de la CIDH y a contar con un amplio reconocimiento internacional de su labor, fue recientemente asesinada en Honduras por su lucha en contra de la instalación de los mal llamados “proyectos de desarrollo” en el territorio sagrado de su comunidad.

Quizás, por ejemplo, si su derecho a defender los derechos humanos hubiese sido plenamente efectivo, se habría logrado una mayor y más integral protección en vida de su persona. Esto, no solo mediante la instalación de cámaras o el otorgamiento de escoltas que limitan y encapsulan a la persona, apartándola de la sociedad y la comunidad que defiende, sino que habría implicado, entre otras cosas, un reconocimiento público de su trabajo o

una investigación diligente de las amenazas, hostigamientos y agresiones de que fue víctima. Sin duda, de esta forma se habría paliado en gran medida el riesgo que finalmente se actualizó en su reciente muerte.

Seguridad humana y movilidad humana

Lic. Valeria Llamas*

Introducción

“La movilidad de las personas de una ciudad o región a otra dentro de un mismo país, o entre las fronteras de los países y regiones del mundo no es un fenómeno reciente. En toda la historia de la humanidad, en mayor o menor medida y bajo condiciones que pueden ser analizadas a partir de múltiples variables, los seres humanos hemos migrado”¹.

Si bien dicha movilidad se ha analizado desde diversas perspectivas como la política, social, cultural y religiosa, desde el ámbito jurídico lo primero que se debe tener presente es que el migrar es un derecho humano. El mismo se encuentra reconocido en los principales instrumentos regionales y universales de esa

* Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y tesista de la Maestría en Cooperación Internacional. Oficial de Elegibilidad de la Comisión Nacional para los Refugiados de Argentina.

Trabajo académico final del XXXIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, febrero 2016.

1 Castilla, K., *“Migración y derecho a la libertad personal sin discriminación”*, Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: http://www.mufm.fr/sites/mufm.univ-toulouse.fr/files/evenement/symposium/ponencias/karlos_artemio_castilla_juarez.pdf, (consultado por última vez en fecha 18 de abril de 2014).

materia, así como en un amplio número de constituciones y leyes nacionales². Es un derecho humano universal, interdependiente e indivisible como lo son el derecho a la vida, a la propiedad privada, a la salud, la libertad de expresión o cualquiera del mismo orden. Por lo que, al igual que estos, no es absoluto y sólo admite restricciones específicas, que en ningún caso pueden llevar a desnaturalizar el derecho o poner en riesgo su núcleo esencial. El derecho a migrar es un derecho universal reconocido a todo ser humano que, evidentemente, comprende el derecho a emigrar e inmigrar y, por tanto, el deber de la comunidad internacional de garantizar con acciones concretas su ejercicio.

El primer derecho para los migrantes debiera ser el derecho de no emigrar. Esto es, a través de la existencia de condiciones que hagan posible la libertad de elegir. Por eso una verdadera política migratoria debiera empezar por actuar sobre las causas de esa desigualdad³. Tal como sugiere el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, las soluciones para promover el “derecho a no migrar” se deben encontrar en un enfoque integral con énfasis en “la necesidad de respuestas comprehensivas y multisectoriales”⁴.

En esa aportación multidisciplinaria, se debe tener presente que la migración humana puede ser estudiada desde múltiples

2 Artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2 del Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3 De Lucas, Javier. “Tras la conmoción por los refugiados, un riesgo que es una paradoja”. *Al revés y al derecho*. 05/09/2015. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3883>.

4 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *El enfoque de la seguridad humana desde tres estudios de caso / Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*. San José, Costa Rica. IIDH, PNUD, 2011.

aristas. Sin embargo, se podría entender que desde el ámbito jurídico se vincula íntimamente con cuestiones de seguridad. Esto es así, porque dentro de su espacio se encuentra el sustento de la existencia de las fronteras, la ciudadanía, las maneras de ingreso, permanencia y salida de nacionales y extranjeros de los Estados, así como parte central de los alcances, garantía y respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.

Debido a la multiplicidad de aspectos desde donde pueden ser analizadas las migraciones, en el presente trabajo se pretende vincular este concepto desde una perspectiva de seguridad humana, contextualizado en el continente americano. Para ello, vamos a afirmar que ninguna persona migra porque sí, todas las personas lo hacen con el objetivo de lograr satisfacer sus deseos para “asegurar” un mejor porvenir, más allá de la aventura o experiencia de vida positiva o negativa que puede conllevar, y que ejercen su derecho humano a migrar.

El concepto de seguridad humana, definido en 1994 por el PNUD, se refiere a la protección esencial de todas las vidas humanas de forma libre y plena en el ejercicio de sus libertades, de situaciones y amenazas críticas, así como omnipresentes, utilizando procesos que fortalezcan y eleven el ser humano en diferentes aspectos para su supervivencia, sus medios de vida y dignidad. Es decir, se definió un nuevo concepto, llamado seguridad humana, que actualmente está en auge dentro de los organismos internacionales como meta a alcanzar.

La expresión fundamental de la definición es “esencia vital de todas las vidas humanas” dado que esta se vincula con la libertad como derecho a elegir de cada persona su destino, la libertad del miedo, libertad de la necesidad y libertad para vivir con dignidad. Existen dos estrategias: una es la protección del Estado –como principal responsable–, así como desde las

ONG, organismos internacionales y sociedad civil. La segunda es el empoderamiento de las personas para diseñar y ejecutar soluciones.

Con respecto a la primera estrategia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que el Estado está obligado a “generar las condiciones de vida mínima compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁵.

La seguridad humana se sustenta en principios como la centralidad de las personas, su integralidad, contexto, prevención y su multisectorialidad –esto es la interconexión entre las amenazas y las respuestas–.

Migrantes, desplazados y refugiados son el centro del análisis, por lo que consideraremos las condiciones que amenazan con su supervivencia, los medios de vida y su dignidad. Para determinar dichas amenazas, debemos basarnos en la comprensión multisectorial de sus inseguridades desde el punto de vista económico, alimentario, sanitario, ambiental, personal, comunitario y político. Se podría decir que debido a la interconexión de la falta de estas seguridades se originan las diferentes motivaciones de las personas a desplazarse.

En primer lugar, vale mencionar las diferencias entre desplazados internos, refugiados y migrantes. Tres conceptos

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones, Costas).

que son habitualmente utilizados y, cada vez más, se encuentran vinculados pero implican diferentes derechos y circunstancias.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define migración como el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen⁶. La motivación suele tener raíz en diversas causas y dinámicas, que pueden estar entrelazadas o no. La migración voluntaria es motivada por propia voluntad sin presiones externas. Y señala que debido a la gran diversidad de tipos y clasificaciones del concepto, su análisis es cada vez más amplio y complejo.

En principio, un migrante se distingue de un refugiado debido a que no decide salir de su país por un temor fundado de persecución y por esta misma razón, puede reclamar la protección de su país de origen aún fuera de su territorio. Asimismo, un migrante está condicionado por principios y normas que establece el Estado receptor como el derecho a proteger las fronteras, a conceder la nacionalidad, a admitir y deportar extranjeros, a luchar contra la trata y el tráfico de personas y a salvaguardar la seguridad nacional. Por otra parte, desde la perspectiva de los derechos humanos, existen diversos instrumentos internacionales que invocan la protección de los migrantes expresados en forma directa o indirecta.

Por su parte, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), define **refugiado** como una persona que:

6 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). *Derecho Internacional sobre Migración: Glosario sobre Migración*. Ginebra, Suiza, 2006, Pág. 38.

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él.

Es decir, un refugiado es quien cruzó las fronteras de su país de origen por un temor fundado de ser perseguida, refiriéndose a una persona o a un grupo de personas. Los refugiados cuentan con la protección de diversos instrumentos internacionales creados en función al derecho internacional de los refugiados, además del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁷.

Por último, los **desplazados** son personas que se han visto obligadas a huir de sus hogares a causa de conflictos armados, violencia generalizada, abusos de los derechos humanos o desastres naturales o provocados por el ser humano⁸. Dicho término se refiere a personas que no hayan cruzado una frontera, es decir, que se hayan desplazado dentro de los límites de su país. Por ende, se encuentran sujetos a la protección de las leyes nacionales junto al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

7 De Lucas, Javier. “Tras la conmoción por los refugiados, un riesgo que es una paradoja”. *Al revés y al derecho*. 05/09/2015. Disponible en: <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=3883>.

8 Principios rectores de los desplazamientos internos, Doc. ONU, E/CN.4/1998/53/Add.2.

Es importante mencionar que el origen de la necesidad de seguridad que genera la movilidad tiene múltiples causas, que varían según su contexto. Habiendo expuesto los principales conceptos con los que vamos a trabajar, se analizará cuál es la situación de la movilidad humana desde la multisectorialidad de la seguridad humana, si se utilizan procesos que la fortalezcan y eleven al ser humano en diferentes aspectos para su supervivencia, sus medios de vida y dignidad.

Para ello se utilizará el método cualitativo dado que se intenta la aplicación de un concepto asociado a otro para describir la situación de la población específica. Es decir, se pretende abordar la movilidad humana desde una perspectiva de seguridad humana. Si bien se relevan datos cuantitativos, estos constituirán un soporte para sostener la información que surja de la implementación de las herramientas cualitativas.

Se utilizará como metodología de análisis, la revisión del material bibliográfico de organismos gubernamentales y no gubernamentales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el PNUD y otros organismos similares de América, centrándonos en no realizar una estrategia de análisis demasiado extensa. Como fuentes secundarias se utilizarán revistas, recortes periodísticos, libros migratorios e informes anuales como los de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Multisectorialidad

1. Seguridad económica, alimentaria y de la salud

La búsqueda de seguridad económica es una causa que motiva a migrar debido a que los modelos de desarrollo implementados

por nuestros países no han generado oportunidades de crecimiento económico, ni de desarrollo social. Esto ha provocado una brecha cada vez más grande, siendo nuestra sociedad la más desigual del mundo. La brecha se refleja en el desempleo y la precarización laboral, la disminución de trabajadores calificados, estancamiento productivo, inflación y dependencia económica. La falta de oportunidades de desarrollo motiva a las personas a desplazarse internamente; pero cuando esto se refleja de forma generalizada en todo el territorio nacional donde viven, se miran obligados a migrar a otros países, en busca de nuevos horizontes donde sea posible trabajar para vivir dignamente..

No obstante, la perspectiva política que acompañó a los modelos neoliberales fue excluyente desde el discurso e hizo hincapié en concepciones de soberanía nacional vacías de contenido en sí mismas. La consecuencia directa se encuentra en la pobreza y la falta de motivación hacia los proyectos de vida en sus territorios, lo que generó la migración.

Según la CEPAL, la pobreza extrema en América Latina abarcaba a un 12,9 % de la población, cifra que equivalió a alrededor de 71 millones de personas, en el año 2008. Este grupo forma parte de un conjunto más amplio de población pobre, cuyos ingresos son insuficientes para adquirir una canasta básica que incluye tanto productos alimenticios como no alimenticios, y que representa al 33 % de la población de la región, es decir, a 180 millones de personas⁹.

La falta de oportunidades laborales impulsó no sólo la migración de personas en edad productiva sino también la

9 CEPAL. *Objetivos de Desarrollo del Milenio. El progreso de América Latina y el Caribe hacia los objetivos de desarrollo del milenio. Desafíos para lograrlos con igualdad*, Naciones Unidas, Santiago de Chile. 2010.

fuga de cerebros hacia países desarrollados. Se debe tener en cuenta que además de perder mano de obra calificada y con experiencia, se generó el desmembramiento de núcleos familiares dado que uno o ambos padres migraron en busca de mejorar las condiciones de vida y empleo.

Bajo estas circunstancias, los países generadores de migración se vieron beneficiados por las remesas que envían a sus familias los emigrados, lo que se refleja en el consumo privado y tiene incidencia directa en el Producto Bruto Interno (PBI) del mismo. Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la recepción de dinero de inmigrantes en América Latina se ha multiplicado por tres desde 2001 y se ha recuperado de la estrepitosa caída que siguió a la crisis financiero-económica de 2008¹⁰.

A modo de ejemplo, El Salvador tiene 2.7 millones de personas que viven fuera de sus fronteras nacionales, principalmente en Estados Unidos. Las remesas que envían sus nacionales al país varían entre el 16 % y el 18 % del PBI¹¹. Según datos del Banco Central de El Salvador, en el año 2014 esta cifra superó los 4.000 millones de dólares como consecuencia de las mejoras económicas de Estados Unidos.

México también se vio beneficiado en el año 2015 por las remesas enviadas a sus familias por connacionales en el exterior. Según el Banco de México (Banxico), estas alcanzaron 24 mil

10 Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN). Las Remesas a América Latina y el Caribe en 2012: Comportamiento diferenciado entre subregiones. Abril 2013.

11 Según la Ficha Estadística de El Salvador del Banco Centroamericano de Integración Económica, en el año 2010, "(...) Las remesas familiares fueron de US\$3.431 millones, equivalentes al 16.2 % del PIB, habiendo descendido de los niveles máximos que se registraron en 2006 y 2007, cuando superó el 18 % del PIB. (...)". Disponible en: www.bcie.org/uploaded/content/article/1312013223.pdf.

770 millones de dólares, representando un incremento anual de 4.8 %¹².

Teniendo en cuenta esta información, se podría afirmar que las consecuencias económicas para los Estados que generan emigración, no sólo repercute en la cantidad de población económicamente activa, sino que también dependiendo del número de personas en el exterior, quedan atados a las economías de los países receptores.

Por otra parte, los migrantes se encuentran sometidos a las políticas migratorias de los países de destino. En algunos casos, éstas son tan restrictivas que provocan que el migrante quede en una situación irregular o ilegal, dependiendo del país. En consecuencia, está excluido del acceso a derechos fundamentales como la salud y la educación por su condición migratoria. Esta situación no sólo es discriminatoria sino que además forma parte de una violación a sus derechos sociales, económicos y culturales como también de los derechos civiles y políticos.

Según la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, “[...] la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”¹³.

12 *El Universal*. “Remesas registran su mejor nivel en 7 años; suman 24.7 mil mdd”. Leonor Flores. 03/02/2016. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/cartera/finanzas/2016/02/3/remesas-registran-su-mejor-nivel-en-7-anos-suman-247-mil-mdd>.

13 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos*, 2002, Capítulo IV, párr. 45, disponible en: <http://cidh.org/annualrep/2002sp/>

La misma CIDH puntualizó al respecto que:

La violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae consigo una violación de los derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. Una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema (CIDH, 2002).

Se ha señalado la tendencia de asumir que las personas que huyen de situaciones en las que no tienen acceso a derechos económicos y sociales básicos no necesitan ni merecen protección –en términos de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967– porque su posición es el resultado de condiciones naturales (por ejemplo: desastres ecológicos, hambrunas o insuficiencia de recursos para brindar atención sanitaria básica) y no de un accionar positivo por parte del gobierno o de alguna otra persona¹⁴. Sin embargo, si el Estado no brinda protección

cap.4b.htm.

14 Foster, M., *International refugee law and socio-economic rights*. Cambridge University Press, 2009.

adecuada y pone a disposición de la comunidad posibilidades para ser incluido, estaría violando los derechos de las personas a una vida digna por su pasivo accionar.

De esta manera, se podría indicar que la violación de derechos económicos, sociales y culturales configuraría un supuesto de aplicación de la definición de refugiado, no sólo en los casos en que la persona forzada a desplazarse lo hace al verse víctima de hambrunas u otras formas de sometimiento; sino también, cuando se ve privado de acceder a derechos básicos como alimentación adecuada, educación, trabajo, vivienda digna, entre otros, porque no cuenta con la posibilidad de reclamar con el fin de exigir el pleno acceso y goce de sus derechos a las autoridades estatales.

De esta forma, la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, tales como el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”¹⁵ podría constituir persecución en el sentido de la Convención de 1951, cuando dicha violación es lo suficientemente severa¹⁶.

2. Seguridad ambiental

Los desastres naturales y el cambio climático están generando nuevos desplazamientos como consecuencia de sus efectos adversos. Esta situación advierte una amenaza a la vigencia de los derechos humanos.

15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 11.1.

16 Foster, M., *International refugee law and socio-economic rights*. Cambridge University Press, 2009.

Los fenómenos naturales se vienen acrecentando provocando inundaciones y sequías producto del cambio climático, además de la creciente lucha por los recursos naturales como agua o la tierra cultivable, por lo que se espera aumente el número de desplazados por este motivo, como ya está sucediendo en Centroamérica y Caribe, por ejemplo.

De igual modo, en Paraguay 100.000 personas debieron abandonar sus hogares a causa de importantes inundaciones. Según información publicada en el diario *ABC Color*, el desplazamiento se encuentra vinculado con la pérdida de masa boscosa debido a que es el sexto país del mundo con mayor deforestación; esto, junto a la aceleración de los efectos del cambio climático, conforman un cóctel explosivo que agrava las consecuencias de las inundaciones¹⁷.

El desplazamiento de personas como consecuencia del deterioro gradual de las condiciones medioambientales que afectan la subsistencia ha sido erróneamente categorizado como voluntario, soslayando de esta manera las necesidades de protección de los desplazados¹⁸.

Si bien las razones que motivan la migración dependen de diferentes factores, el ambiental es uno de los que viene aumentando en influencia. Está claro que las personas que por dicho motivo se desplacen dentro de las fronteras de su país de residencia quedarán contempladas dentro de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno (1998). Sin embargo, no

17 *ABC Color*. “Instan a seguir en refugios”. 02/02/2016. Disponible en: <http://www.abc.com.py/nacionales/instan-a-seguir-en-refugios-1449542.html>.

18 Terminiello, Juan Pablo, “Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado”. En *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*. Universidad Nacional de Lanús, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2012.

pierden los derechos que habitualmente les corresponden dentro de su Estado, como tampoco éste se libera de su obligación de garantizarlos y respetarlos. Pero las personas que cruzan las fronteras internacionales son las que aún no tienen clara la protección de sus derechos como tampoco están claras las obligaciones de los Estados hacia ellas.

Cuando se habla de derechos a proteger es importante aclarar que la protección es amplia dado que va desde la fase de prevención y concientización, emergencia, asistencia humanitaria a las víctimas, provisión de recursos como el agua, la protección de los damnificados más vulnerables (mujeres, niños, discapacitados, etc.) hasta los derechos vinculados a la subsistencia y soluciones duraderas.

En este sentido, las Directrices Operacionales del IASC (Comité Permanente entre Organismos) sobre la Protección de las Personas en Situaciones de Desastres Naturales ha sido un gran aporte para identificar los grupos de derechos que deben ser tomados en cuenta con los damnificados. Estos incluyen desde la vida, la seguridad e integridad física, la educación, el acceso a la salud, alimentos y alojamiento, la tierra, la propiedad y medios de subsistencia hasta los relacionados con la documentación y la libre circulación en el contexto de soluciones duraderas para los desplazados internos, familiares, políticos y civiles.

La movilidad humana producida por los factores adversos derivados del cambio climático y los desastres naturales, no suele ser considerada como refugiada, a excepción de que además de ser víctima de un desastre natural, tenga temores fundados de ser perseguida. El *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados (1992)* en su párrafo 39 menciona específicamente

que: “(...) Excluye a personas como las víctimas del hambre o de los desastres naturales, a no ser que además tengan fundados temores de ser perseguidas por una de las razones señaladas (...)”.

La discusión con base en la previsibilidad de los sucesos naturales ha aumentado; sin embargo, la adopción de políticas y acciones en pos de la protección de los derechos humanos de las personas desplazadas continúa siendo una materia legal pendiente.

En concordancia con ello, existen formas complementarias de protección que han permitido regularizar la permanencia de las personas desplazadas internacionalmente sin ser reconocidas como refugiadas pero considerando que su retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos¹⁹. Asimismo, esto ha sido contemplado en varias legislaciones nacionales e incluso algunas pueden vincularse con las llamadas visas humanitarias.

Ejemplo de ello fue el caso de los haitianos que como consecuencia del terremoto en el año 2010, se desplazaron hacia diferentes países del continente debido a la grave crisis humanitaria. Así fue que aumentó el flujo de haitianos hacia Brasil, a quienes se les concedieron visas humanitarias y fue visto como buena práctica de protección a las víctimas de desastres naturales. Tal como sugiere la OIM, la política de visas para haitianos de Brasil promovió el diálogo binacional entre las autoridades de ambos países para armonizar acciones que

19 Por ejemplo: Artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, etc.

podieran encauzar estas migraciones a través de mecanismos que ofrecieran garantías a los migrantes y aseguren beneficios para las sociedades de origen y destino²⁰.

3. Seguridad personal

En América Latina, en los últimos años se ha detectado un crecimiento de organizaciones criminales vinculadas al tráfico y trata de personas. Estas aprovechan la vulnerabilidad de las personas migrantes en ocasiones indocumentadas, que abandonaron sus hogares en busca de trabajo, educación, mejores condiciones socioeconómicas o reunificación familiar, o huyen de violencia y políticas excluyentes. Ejemplo de ello es el ataque a migrantes indocumentados que sucedió cuando migrantes que viajaban en el tren carguero conocido como “La Bestia”, fueron secuestrados por una banda criminal²¹.

Muchas personas que huyen de la violencia y pandillas delictivas de América Central, se dirigen a Estados Unidos. En este camino, es cuando miembros de organizaciones transnacionales criminales aprovechan su situación cobrando altos costos para atravesar los obstáculos y riesgos para ingresar sin ser detectado, pero sin tener seguridad de lograr el objetivo. Dependiendo de la modalidad, los migrantes pueden ser sometidos a cruzar desiertos y ríos, o cruzar la frontera

20 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). *La migración haitiana hacia Brasil: Características, oportunidades y desafíos*. Cuadernos Migratorios N° 6. OIM, Oficina Regional para América del Sur. Julio, 2014. Disponible en: <http://argentina.iom.int/ro/sites/default/files/publicaciones/Cuadernos-Nro6-La-migracion-haitiana-hacia-Brasil.pdf>.

21 *El Herald*. “Refugio de indocumentados declara “tragedia humanitaria”. 07/04/2014. Disponible en: <http://www.elheraldo.hn/mundo/605715-217/refugio-de-indocumentados-declara-tragedia-humanitaria>.

con documentos falsos, lo que pone en peligro su integridad y seguridad física. Esta situación se ve agravada cuando existen políticas migratorias restrictivas, dado que las mismas promueven este tipo de delitos que tienen por sujeto a los migrantes. Se podría afirmar que cuanto más abierta es la política migratoria estos delitos son menores o casi inexistentes dado que no hay impedimentos para la libre circulación de personas, excepto que sean engañadas.

En este sentido, es importante destacar que los migrantes en la región no sólo se ven sometidos a atropellos y abusos por partes de actores no estatales, sino también en función de los propios Estados.

Asimismo, las organizaciones criminales operan a través de las fronteras, es decir, son transnacionales. En ocasiones se mal asocia la ruta de migrantes con la de criminales, pero la confusión está en estigmatizar a los migrantes. En realidad, estas organizaciones se benefician de la vulnerabilidad de los migrantes e intentan copiar sus rutas para esconder sus propios negocios sucios. Ejemplo de ello fue la detención de 22 personas en México vinculadas al Cartel del Pacífico; en dicha ocasión se encontró droga y migrantes en cautiverio, estos últimos víctimas del tráfico de personas²².

En ocasiones, este tipo de organizaciones tienen contactos con empresas que contratan migrantes indocumentados y les cobran por prestar este servicio. Por ejemplo, en Estados Unidos para poder ingresar al mercado laboral se debe contar con una constancia de residencia legal a la que una persona

22 *El Universal*. "Caen 22 presuntos integrantes del Cartel del Pacífico". Marcos Muedano. 30/01/2016. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2016/01/30/caen-22-presuntos-integrantes-del-cartel-del-pacifico>.

indocumentada no tiene acceso; este tipo de empresas omite este requisito y las inserta laboralmente bajo situaciones precarizadas y hasta esclavistas.

Mayor es la vulnerabilidad de los migrantes cuando las autoridades estatales “ven a estas personas como sujeto y no como objeto de delito”²³. Las políticas migratorias restrictivas respecto a los migrantes los ponen en una situación de mayor fragilidad. Ejemplo de ello son los centros de detención creados para migrantes indocumentados que si bien son dignos, no dejan de ser una medida discriminatoria debido a que los excluye socialmente y porque existe una privación a la libertad.

En este punto en particular, vale destacar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso Vélez Loor vs. Panamá,²⁴ en la cual se refirió a: “(...) la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados o en situación irregular por ser ‘los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos’ y sufrir, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes”.

Asimismo, observó que: “las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos

23 Herrera-Lasso, Luis; Artola, Juan. *Migración y seguridad: dilemas e interrogantes. Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011, p. 11-34.

24 Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia²⁵.

En la misma sentencia la CIDH hace referencia a:

(...) la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de deportación, y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas.

Es decir, declara la arbitrariedad de las políticas migratorias que se basan en la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin antes analizar cada caso en particular, y de considerar la alternativa de utilizar medidas menos restrictivas.

En la misma sentencia, la Corte señala que cuando se priva de libertad a migrantes por la única causa de su situación migratoria irregular en centros penitenciarios con personas procesadas o sancionadas por la comisión de delitos puede ponerlos en una situación de mayor vulnerabilidad y desprotección ante el resto de los detenidos. Por ello, indica que los migrantes, en caso de ser necesario, “deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales”.

25 Ibidem.

Por otra parte, en cuanto al crimen y violencia generalizada el panorama no es mucho mejor. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), se trata de “otras situaciones de violencia” (OSV), refiriéndose a disturbios civiles, motines, represión estatal, violencia pos-elecciones, violencia de pandillas, manifestaciones, etcétera. Estas situaciones pueden derivar en consecuencias equivalentes a un conflicto armado. En este sentido, el nivel de violencia ha aumentado particularmente en lo que se llama el Triángulo del Norte de América Latina –Honduras, El Salvador y Guatemala– como consecuencia del accionar de pandillas, bandas organizadas de crímenes, narcotraficantes y grupos armados ilegales. Asimismo, las políticas de seguridad como la implementada por México, con la guerra contra las drogas y mano dura en el Triángulo del Norte, provocan que los carteles cambien sus rutas y se expandan hacia los países vecinos donde logran negociaciones facilitadoras para el narcotráfico con grupos que actúan en el territorio. Estos grupos de esta manera aumentan su control en el territorio a través de asesinatos, amenazas y extorsiones.

A nivel estatal no siempre se tuvo en cuenta los desplazamientos que ocasiona la violencia generalizada por el accionar de dichos grupos criminales; esto se refleja también en la falta de acciones estatales, la corrupción y la falta de justicia. Por lo tanto, los desplazados son poblaciones vulnerables que pueden caer en manos de estos mismos grupos para la consecución de objetivos criminales o ser víctimas de prejuicios por parte de la comunidad o por las fuerzas de seguridad.

La vulnerabilidad de los desplazados no sólo se da entre los límites de sus países de origen, sino que también al cruzar una frontera. Al cruzar las fronteras, puede que sean sometidos a políticas migratorias arbitrarias, contrarias a los derechos

humanos e instrumentos internacionales, en el control de fronteras; puede derivar en ser víctimas de intimidaciones, extorsiones, asesinatos, reclutamiento forzoso, explotación sexual de grupos criminales, comunidad o fuerzas de seguridad. Por lo tanto, las políticas migratorias restrictivas ponen a la población migrante en una situación de extrema vulnerabilidad.

Dentro del derecho internacional, no se menciona la migración como un derecho humano. Un Estado protege a sus nacionales que migren, en un sentido amplio. Sin embargo, si un extranjero desea ingresar a su territorio se convierte en cuestión de seguridad nacional. Cada Estado decide a quien se admite, se permite el ingreso, bajo qué condiciones, el tiempo de permanencia y su egreso.

No obstante, la CIDH ha argumentado que: “es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos”²⁶.

4. Seguridad comunitaria

Los Estados tienen la obligación de proteger los derechos de los migrantes; sin embargo, su preocupación central radica en proporcionar seguridad, bienestar y estabilidad social a sus ciudadanos. En ese sentido, la introducción de conceptos de seguridad humana en las políticas migratorias plantea desafíos importantes para la gestión de la migración regular y la prevención de la irregular. Ello implica, sin duda, el diálogo y la cooperación entre países receptores y emisores de migrantes, lo

26 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012.

que necesariamente obliga a adoptar enfoques regionales frente al fenómeno²⁷.

La población migrante se ve enfrentada a amenazas que no sólo implican el desarraigo; al no contar con documentos que le permita regularizar su situación, se le impide acceder a servicios básicos y la somete a subempleo e incluso a trabajo esclavo, además de ser objeto de discriminación y xenofobia.

Las políticas migratorias de los países receptores son más proclives a ser protectoras de perfiles altamente calificados dado que aseguran una útil inserción en las economías locales. Sin embargo, los problemas surgen para los perfiles calificados como bajos, quienes se enfrentan a una serie de amenazas debido a que las políticas migratorias son excluyentes y hasta xenófobas, en algunos casos. Esto impide contar con documentos migratorios y consecuentemente acceder a servicios básicos y precarización laboral, tal como sucede en Estados Unidos, donde la mayoría de los migrantes y desplazados en América Latina desean llegar.

A pesar de no ser vistos como amenaza a la seguridad nacional, los migrantes económicos no son el perfil deseado por la potencia del norte. Sin embargo, los migrantes económicos indocumentados provenientes de Centroamérica y México se insertan en aquella economía en los trabajos calificados como bajos pero necesarios debidos a no poder acceder a un permiso de residencia. Es decir, esta situación provoca una precarización laboral beneficiosa para el empleador. Asimismo, ante una crisis económica, son los primeros a los que se desea expulsar o deportar.

27 Herrera-Lasso, Luis; Artola, Juan. *Migración y seguridad: dilemas e interrogantes. Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011, p. 11-34.

A partir del ataque a las Torres Gemelas en el año 2001, Estados Unidos llamó al mundo a unirse a su lucha contra el terrorismo, lo que conllevó a un cambio en el paradigma de seguridad, en el que quedó subordinada la cuestión migratoria. Toda negociación o cooperación con Estados Unidos quedó subordinada a priorizar su seguridad nacional.

En cuestión de control fronterizo se debe rescatar que aumentaron la seguridad en la frontera con México unilateralmente, sin dejar espacio para cooperar con este país para un control integrado de la frontera, en el que ambos países intervengan. Según el presidente de la Comisión de Asuntos Migratorios de México, en los últimos cinco años Estados Unidos ha deportado a más de cinco millones de migrantes a México, situación que ha ido en aumento de manera arbitraria, violando sus derechos humanos y civiles. Menciona el hostigamiento y violencia de la Patrulla Fronteriza contra los migrantes mexicanos, “provocando muertes a manos de elementos de dicha corporación, y violación sistemática a los derechos humanos durante la detención de nuestros connacionales”. Asimismo, refirió que de acuerdo a experiencias de connacionales deportados, durante el proceso de repatriación las parejas son separadas entre sí y también de sus hijos con ciudadanía estadounidense, violando el debido proceso al transgredir el derecho a la información de los detenidos, tanto del procedimiento migratorio que enfrentan, como de las condiciones en la cuales se dará su expulsión²⁸.

A pesar de que Estados Unidos reforzó su control fronterizo, no regularizó la situación de los migrantes indocumentados dentro de sus fronteras. En este sentido, es importante señalar

28 *La Prensa*. “Mas de cinco millones de migrantes han sido deportados a México por EU”. Organización Editorial Mexicana. 22 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n4060202.htm#sthash.ktC71EbK.dpuf>.

los beneficios que en materia de seguridad trae regularizar la situación de los migrantes dado que permite a un Estado saber la identidad de las personas que están indocumentadas, su nacionalidad y qué hacen en su país. Lo positivo de no haber avanzado en este sentido es que los migrantes no constituirían una amenaza a su seguridad nacional. Sin embargo, la estigmatización y la discriminación hacia la población migrante aumentaron, producto del desarrollo de la industria criminal.

De igual modo, vale destacar que la crisis económica mundial encolerizó una visión negativa de la inmigración en el mundo desarrollado, donde se involucra a las personas en situación irregular. Sin embargo, esta misma visión es opuesta con la de otros países de la región, como Argentina o Uruguay, en los que sigue primando la idea de la migración como una oportunidad de desarrollo para las sociedades de origen y de fomento de oportunidades individuales para las personas migrantes²⁹.

Según la CEPAL, a nivel regional el porcentaje de la población que representan los migrantes es muy pequeño (1 %), si bien hay países en los que supera el 10 %, como ocurre en el Caribe. Cerca del 4 % de la población regional es emigrante; muchos países latinoamericanos tienen más de medio millón de nacionales en el exterior y varias naciones caribeñas tienen más de un 20 % de su población en el exterior³⁰.

De hecho, en la última década se incrementó la migración interregional, entre países receptores, de tránsito y de retorno. Entre los principales países de destino se encuentran Argentina,

29 CEPAL. *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*, Naciones Unidas, Santiago de Chile. 2006.

30 CEPAL. *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*, Naciones Unidas, Santiago de Chile. 2006.

Costa Rica y la República Bolivariana de Venezuela. Según la CEPAL, a comienzos del decenio pasado las personas que se desplazaban entre países cercanos o fronterizos sumaban cerca de 3 millones. En el caso de Argentina, el atractivo lo brindó una nueva política migratoria³¹ basada en una perspectiva de derechos humanos, que facilita su regularización y deja de lado el enfoque securitario.

Dicho enfoque encuentra a las migraciones como un problema y define sus términos con base en los intereses y necesidades propios. Sin embargo, como ya se mencionó, las migraciones están más vinculadas a modelos de desarrollo excluyentes que motivan a las personas a buscar oportunidades y seguridad económica, social y cultural en otros países. La falta de perspectiva sobre las causas que excluyen y motivan a migrar, también los re-victimiza y excluye en los países de destino con políticas migratorias restrictivas; éstas, tanto en teoría como en la práctica, son contrarias a tratados internacionales de derechos humanos y se encuentran representadas en sanciones como la deportación, expulsión o repatriación –dependiendo la terminología–.

Se debe tener en cuenta que incluso desde el discurso político nacionalista colocan a los migrantes en una situación de mayor vulnerabilidad al vincularlos a delitos comunes, es decir, con cuestiones de seguridad pública. De hecho, en muchos países de Latinoamérica los migrantes pueden quedar en prisión efectiva por el solo hecho de tener documentación fraudulenta.

Actualmente en Europa, ante las oleadas de inmigrantes que intentan desembarcar en sus costas, se habla de qué respuesta inmediata dar. Las discusiones variaron en alternativas pero se llegó a plantear la posibilidad de bombardear las embarcaciones

31 Ley de Migraciones N° 25.581, sancionada el 17 de diciembre de 2003.

en sus puertos de origen o incrementar la vigilancia para detenerlas en las aguas del mar para encerrar a los migrantes en centros de detención. Según Mármora, las respuestas “securitistas” no parecerían servir y la discriminación solo provocaría efectos cada vez negativos dado que el objetivo fundamental, “*el derecho a no tener que migrar*”, no se tiene en cuenta. Dicho autor, afirma que: “(...) En este mundo cada vez más desigual, se impone plantear seria y solidariamente una mega acción de codesarrollo social, económico y político con los países de origen de estas migraciones masivas. Organismos internacionales, iglesias, organizaciones de la sociedad civil y gobiernos deben asumir que es el ataque a las causas y no el paliativo a los efectos lo único que permitirá evitar el drama humanitario que se está viviendo”³².

Esta óptica intenta expresar que la gobernabilidad de las migraciones debe ser encarada como un desafío integrador y no como una cuestión de seguridad nacional. Incluso vistas desde este enfoque, las políticas restrictivas no hacen más que provocar el efecto opuesto, aumentando la irregularidad y, como consecuencia, aumentando también las actividades criminales dedicadas al tráfico de migrantes y la trata de personas.

Incluso la Declaración del Alto Comisionado para los Refugiados sobre la crisis de refugiados en Europa, menciona que la falta de una respuesta común europea está beneficiando a las redes de tráfico y trata de seres humanos, quienes están lucrando con la desesperación de personas que buscan seguridad. Indica que apelar a la cooperación internacional para acabar con el tráfico y proteger a las víctimas, no resultará si no se facilitan las oportunidades legales para las personas, cambios

32 Mármora, Lelio. “El triste éxodo de los que no tienen nada que perder”. *Clarín*, Opinión. 07/09/2015. Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/Refugiados-Europa-Racismo-Solidaridad_0_1426657359.html.

fundamentales que permitirán mayores cuotas de reasentamiento y admisión humanitaria, más programas de visados y patrocinio, becas y otras vías de entrada legal en Europa.

Asimismo, vale mencionar que los procesos de regularización o las condiciones de ingreso están siendo más considerados por especialistas en migración con la misma o mayor importancia que el asunto de la integración.

En la región se han formado distintas integraciones debido a que los movimientos migratorios han generado beneficios económicos, tanto para los países receptores como para los emisores. Por ello, es importante analizar qué sucede con las migraciones en este ámbito debido a que si bien la globalización ha ido eliminando diferentes tipos de barreras para maximizar los estándares de seguridad, no ha sucedido lo mismo con las migraciones. En este sentido, se ha logrado muy poco internacionalmente, no existen instrumentos específicos en la materia y los que hay son individuales y de derechos humanos³³. Al contrario, para los movimientos de personas, se han generado políticas y sistemas de control cada vez más restrictivos por cuestiones de seguridad nacional.

33 Los principales instrumentos de derechos humanos relacionados con la protección de migrantes son la Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (1990), el Protocolo contra el Tráfico de Migrante por Aire, Mar y Tierra, y el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. También están la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional (2000), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

No obstante, el Acuerdo de Schengen en la Unión Europea, es un ejemplo de una integración regional, que acuerda el libre movimiento de personas. Asimismo existen concesiones en el marco de acuerdos bilaterales que permite el ingreso de personas sin visa. Este acuerdo es en la actualidad una excepción dentro de las integraciones. Curiosamente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) –Canadá, Estados Unidos y México– no sólo no existe la libertad de movimiento, sino que es una de las áreas del mundo en las que existen mayores restricciones para la movilidad. El esquema de movilización laboral quedó fuera del acuerdo desde la fase de negociación³⁴.

Es importante señalar que a nivel internacional no se ha logrado acordar el movimiento de personas en pos de su seguridad como ha sucedido en el comercio. En este ámbito, se regula, legisla internacionalmente y hasta se asegura el riesgo. Es decir, la comunidad internacional puede acordar seguridad en los movimientos comerciales pero no existe una protección internacional a favor de los movimientos de personas.

Contrariamente, en el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur), los derechos de los migrantes están encontrando lugar en su agenda. En este sentido, se han tomado decisiones a fin de conformar un Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur, que contemplaría entre sus objetivos una política de libre circulación de personas en la región; igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados partes; igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación, y el reconocimiento progresivo de los derechos políticos a “los ciudadanos de un

34 Herrera-Lasso, Luis; Artola, Juan. *Migración y seguridad: dilemas e interrogantes. Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011, p. 11-34.

Estado Parte, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del Mercosur”³⁵.

Según Ceriani Cernadas, es importante no reproducir las lógicas de exclusión y desigualdad de Schengen, en cuanto a la igualdad de derechos para los “nacionales de los Estados parte”. Esto es debido a que se pueden generar medidas discriminatorias e ilegítimas en perjuicio de migrantes de otras regiones, incluyendo otros países latinoamericanos. Desde un enfoque de derechos, la integración regional y la libre circulación son incompatibles con una noción acotada y excluyente de ciudadanía que la confunde con nacionalidad.

5. Seguridad política

Según el ACNUR en el año 2014 se alcanzó el número más elevado de desplazamiento del que se tenga registro, 59.5 millones de personas³⁶ en todo el mundo debido a persecuciones, conflictos, violencia generalizada o violaciones a los derechos humanos. De ellos 19.5 millones eran refugiados, 38.2 millones desplazados internos³⁷ y 1.8 millones solicitantes de asilo.

No obstante, el desplazamiento es una de las principales problemáticas en nuestra región. En este sentido, el representante del secretario general de la ONU para los Derechos Humanos de los Desplazados, Walter Kalin, criticó que ninguna convención

35 Ceriani Cernadas, “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR”. En *Derechos Humanos - Reflexiones desde el Sur*. Buenos Aires, Argentina, 1º Edición – Noviembre 2012, p 83-116

36 ACNUR *Tendencias Globales Desplazamiento Forzado 2014*, Génova, 2015, p. 2.

37 Fuente: Observatorio sobre el Desplazamiento Interno (IDMC) del Consejo Noruego de Refugiados (NRC).

internacional ni agencia de la ONU específica se responsabilice de los desplazados que hay en el mundo³⁸. Teniendo en cuenta la creciente importancia de los desplazados ninguna agencia de la ONU o convención internacional los protege particularmente.

Cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho mención a situaciones que caracteriza como de desplazamiento forzado siguiendo la definición de los Principios Rectores de Desplazamiento Interno de la ONU. En el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador³⁹, indica que “el desplazamiento forzado corresponde en primer lugar a desplazamientos internos para evitar los efectos del conflicto armado, violencia generalizada o violaciones de los derechos humanos, (...) esto es dentro del territorio del mismo Estado, que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida, (...) desplazamientos que en algunos casos llevaron luego a las víctimas a otros países”.

Según Zafra Roldán, existen categorías diferenciales dependiendo la duración del desplazamiento. Hay tres grupos diferenciables: (a) desplazamientos temporales ocasionados por las acciones de los actores del conflicto armado; (b) desplazamientos definitivos en los cuales los campesinos no retornan y prefieren asentarse en ciudades o en otros territorios, y (c) desplazamientos intermitentes en los cuales los campesinos retornan y se desplazan nuevamente en varias oportunidades⁴⁰.

38 DW. Made for minds. “Desplazamiento en América Latina aumenta”. En fecha 17/04/2007. Disponible en: <http://www.dw.com/es/desplazamiento-en-américa-latina-aumenta/a-2445887>.

39 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

40 Zafra Roldán, Gustavo. “Los desplazados internos por la violencia: un problema fundamental en Colombia”. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales. Colombia. Marzo, 2006. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/zafra.html>.

Por lo general, el desplazamiento afecta principalmente a las minorías, grupos indígenas y afro descendientes, principalmente del campo hacia las áreas rurales. Asimismo, afecta a activistas de derechos humanos, periodistas, sindicalistas, dirigentes políticos, indígenas, trabajadores rurales, petroleros y docentes.

En nuestra región, la desigualdad en términos de distribución de los ingresos es una característica que deriva en la exclusión vinculada a la pobreza y con ello, el desplazamiento y la violación a los derechos humanos. Aproximadamente el 25 % de la población latinoamericana vive con menos de dos dólares por día⁴¹. Por ejemplo, en Brasil las persecuciones a la población indígena como consecuencia de proyectos mineros y madereros son una violación de derechos humanos.

La situación de desplazamiento más preocupante en la región es la que se da en Colombia. Según el Consejo Noruego para Refugiados, al menos 6.1 millones de personas han sido víctimas del conflicto armado. Además menciona que de esa cifra, 5.7 millones son desplazadas internas, aproximadamente el 12 % de la población total en Colombia.

Es importante destacar que dicho conflicto lleva 50 años sin resolverse. El conflicto colombiano se ha convertido en un fenómeno naturalizado para la mayoría de su población, los cuales por haber vivido o por testimonio de alguien cercano pueden relatar los actos de violencia cometidos por los actores involucrados en el conflicto. Estos hechos violan constantemente sus derechos fundamentales provocando que estas personas se desplacen internamente o huyan de su país a buscar refugio en países vecinos.

41 Fuente: Consejo Noruego de Refugiado (NRC).

Cabe destacar que Colombia combina un conjunto de factores que se entrelazan y retroalimentan –gobiernos débiles, tráfico de drogas, el auge de actividades delictivas como el secuestro y la extorsión– los cuales perpetúan el conflicto al tiempo que dificultan su resolución⁴². Durante estos años, el país estuvo envuelto en un conflicto armado interno entre grupos guerrilleros –principalmente las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN)–, fuerzas paramilitares –como las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)– y el ejército de Colombia.

De manera paralela, pandillas delictivas y narcotraficantes se han involucrado y relacionado con guerrilleros y paramilitares, además de la delincuencia común. Estos factores, junto con la lucha por la tenencia de la tierra, la ineficacia del sistema judicial, la ausencia de mecanismos eficientes para la solución pacífica de controversias entre ciudadanos, así como las fumigaciones de las plantaciones de coca en la lucha contra el narcotráfico, han aumentado la inseguridad. Este escenario ha impactado en la población civil por la violencia y las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario internacional, provocando el desplazamiento y la búsqueda de refugio fuera de su país.

Si bien las estadísticas indican que hay 6 millones de refugiados, la cifra es estimada dado que se debe tener en cuenta que las personas afectadas en Colombia normalmente se movilizan en grupos pequeños y en muchas ocasiones no se registran como tales, para evitar ser identificados como refugiados o desplazados.

42 Sánchez, Fabio; Díaz, Ana María; Formisano, Michel, *Conflicto, violencia y actividad criminal en Colombia: Un análisis espacial*. Documento CEDE 2003-05 ISSN 1657-7191 (Edición electrónica). Marzo 2003.

Por otra parte, el número de desplazamientos causados por bandas callejeras en América Central, particularmente en Honduras⁴³, Guatemala y Nicaragua, es desconocido. La situación es cada vez más preocupante por la violencia que ejercen estos grupos, que con extorsiones y violencia, obligan a las personas a abandonar sus hogares.

En nuestra región, según datos del Alto Comisionado, se acoge al porcentaje más reducido de refugiados (5 %), lo que equivale a 769.000 personas en dicha situación. El grupo más numeroso dentro del mismo es de colombianos (357.900). Los principales países de acogida son Estados Unidos, la República Bolivariana de Venezuela y Ecuador. Asimismo, en Estados Unidos aumentaron en el año 2014 las solicitudes de asilo individuales presentadas por solicitantes de México, siendo el principal país de origen de solicitudes con 14.000; de los países de América Central, El Salvador cuenta con 10.100 solicitudes. El aumento destaca la importancia de personas que huyen de la violencia y persecución por parte de grupos delictivos transnacionales.

Se debe tener en cuenta que la protección se basa en el derecho internacional para los refugiados, derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional. Asimismo, en las Américas la Declaración de Cartagena de 1984 fue el instrumento que se originó como respuesta a la afluencia masiva de refugiados en Centroamérica. Dicho instrumento fue producto del esfuerzo regional por buscar soluciones para proteger a los refugiados. En este sentido, la

43 Honduras ocupa el cuarto lugar en peticiones de refugio en Costa Rica, las solicitudes se duplicaron durante el año 2014. *El Heraldo*. "Cada mes, siete hondureños piden refugio en Costa Rica". 07/04/2014. Disponible en: <http://www.elheraldo.hn/alfrente/566177-209/cada-mes-siete-hondurenos-piden-refugio-en-costa-rica>.

Declaración extendió el concepto de refugiado, además del definido en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967⁴⁴, y según el principio de no devolución, se considera también como refugiados “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”⁴⁵.

No obstante, se debe destacar que la Declaración Americana incluye el derecho de asilo en su artículo 27: “Toda persona tiene el derecho de buscar y pedir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y convenios internacionales”. Como también el artículo 22.7 (Libertad de movimiento) de la Convención Americana incluye el derecho de asilo: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada estado y con los convenios internacionales”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece un doble requisito ya que el ejercicio de este derecho debe hacerse “de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales –Convención de 1951 y Protocolo de 1967–”. Reconoce que el derecho de buscar y recibir asilo no asegura que debe reconocerse el estatuto de refugiado a

44 El primer instrumento que reconoce “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 14.

45 Esta definición tiene en cuenta el concepto precedente de la convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984).

la persona solicitante, pero si que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías. Es decir, que la CIDH ha reconocido las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos para determinar la condición o estatuto de refugiado, además del principio de no devolución.

Conclusiones

A través del breve análisis multisectorial de la seguridad humana en relación a la movilidad humana, se podría concluir que la protección esencial no se encontraría libre y plena en el ejercicio de sus libertades, de situaciones y amenazas críticas en América. Se necesitan procesos que fortalezcan y eleven el ser humano en diferentes aspectos para su supervivencia, sus medios de vida y dignidad.

La pobreza en la que queda sumida la población en muchos países de la región es violatoria de sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC), dado que no tienen expectativas para poder mejorar su situación; esto los motiva a buscar mejores horizontes en otros lugares y hasta en otros países.

Al migrar existen problemas vinculados con los débiles mecanismos de protección y asistencia desde un enfoque de derechos, esto es así cuando el mismo ejercicio de migrar no está reconocido como un derecho humano.

Las políticas migratorias restrictivas intensifican los problemas. Por una parte, cuando la temática migratoria es vinculada a cuestiones de seguridad nacional, promueven el control migratorio sin tener en cuenta las garantías básicas del debido proceso. Por otra parte, son una barrera para el abordaje de cuestiones migratorias en forma conjunta entre países que comparten fronteras.

Abordar la temática migratoria como si fuera del ámbito de la seguridad nacional motiva discursos xenófobos, estigmatización y discriminación contra la población migrante. Ejemplo de esto es el uso del tema en el debate electoral de la campaña presidencial de Estados Unidos, donde candidatos estigmatizan, rechazan pública y peyorativamente a los migrantes latinos, entre otros. Este tipo de situaciones provoca la invisibilización de la movilidad humana y por lo tanto, provoca la falta de políticas de integración social hacia los mismos en los países de destino.

En síntesis, la “securitización”⁴⁶ de las políticas migratorias no sólo se encuentra representada por sanciones como la expulsión sino que es contraria a tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, incrementa las posibilidades de los migrantes, desplazados y refugiados de ser capturados como víctimas de organizaciones criminales transnacionales y hasta de ser vinculados con la delincuencia común y el crimen organizado.

En este sentido, vale recordar que no se ha alcanzado un marco internacional que regule o proteja la migración, a excepción de los refugiados. Tal como sugiere la Comisión de Seguridad Humana, debería explorarse la viabilidad de un marco de migración internacional, estableciendo las bases para un debate y diálogo amplios, de alto nivel, sobre la necesidad de establecer un cuidadoso equilibrio entre las necesidades de seguridad y de desarrollo de los países y la seguridad humana de las personas que se trasladan. Igualmente importante es asegurar la protección de los refugiados y de las personas desplazadas, así como identificar medios para poner fin a su grave situación⁴⁷.

46 Securitización es entendida como una práctica política que permite a las élites, que actúan en nombre del Estado, reclamar un derecho especial de defensa al señalar algo como amenaza (Wsever, 1995).

47 Comisión de Seguridad Humana (CHS). “La seguridad humana, ahora”. Nueva York, 2003.

A modo de profundizar esta propuesta, se debe mencionar que básicamente se debería tratar de priorizar los derechos humanos de los migrantes como límite a las políticas migratorias basadas en la seguridad nacional, para que el migrante no sea estigmatizado como una amenaza. Los derechos humanos y los principios del derecho internacional son elementos de impugnación o barrera contra ese tipo de políticas restrictivas y autoritarias, por lo que este enfoque debería profundizar la relación entre las migraciones y la igualdad, diferenciando las vulnerabilidades de la población tales como niñez, etnia, género, religión, sexo, pueblos originarios, etc., al igual que la responsabilidad de los Estados ante la violencia y la discriminación, donde los derechos humanos inciden en las políticas de protección, seguridad pública y ciudadanía.

Cabe destacar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está gestando un estándar, que se podría considerar un piso básico importante en el continente para el reconocimiento de los derechos humanos en las políticas migratorias, incluyendo su situación, más allá de su regularidad e irregularidad. Este piso ha fijado los límites a las políticas migratorias y el respeto a derechos civiles esenciales.

Según Victor Abramovich, las ficciones legales pueden llegar a crear situaciones de limbo donde las personas no tienen derechos a tener derechos⁴⁸. En este sentido, es importante mencionar la Opinión Consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados, donde se expresa que la condición no puede ser un impedimento para la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

48 Congreso Internacional sobre Migraciones, *Migraciones Internacionales en el Siglo XXI*. Iguazú, Misiones, Argentina. Septiembre de 2010.

La posibilidad de crear un marco internacional para las migraciones tiene como desafío generar condiciones capaces de direccionar u orientar los flujos migratorios, según las necesidades reales y las capacidades concretas de las distintas regiones de los países. La planificación de la distribución de la población podría orientarse hacia los lugares donde hay demanda laboral, infraestructura adecuada para contener a la población y servicios públicos básicos que no colapsen.

Se debe mencionar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias es un tratado internacional exhaustivo con respecto a la protección de los derechos de los trabajadores migratorios basado en los derechos humanos. Sin embargo, el tratado sólo fue ratificado por 48 países, lo que es un número bajo teniendo en cuenta que casi 200 forman parte del Sistema de Naciones Unidas. Entre los países que ratificaron no se encuentra a los países receptores de migrantes como Estados Unidos o los miembros de la Unión Europea.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se podría considerar como el marco regional por excelencia. Este debería ser promotor dentro del Sistema de Naciones Unidas para generar un estándar internacional del reconocimiento de los derechos humanos para los migrantes. Sin embargo, la falta de voluntad política y de compromiso de los países receptores de migrantes para generar dicho marco ante una crisis internacional como la que se está viviendo, no hace más que alentar a la violación de los derechos humanos de los migrantes y a que sean objeto de sujetos de delitos. Por este accionar, parecería que la cuestión migratoria no estaría dentro de las prioridades en sus agendas, a pesar que hayan ratificado instrumentos de derechos humanos que estarían siendo violados por sus propias políticas basadas en enfoques de seguridad.

Finalmente, si bien en la región existe la posibilidad de activar mecanismos que den cuenta de la situación, que trabajen en pos de la protección de la movilidad humana y a pesar de los avances en la materia, lejos estamos de crear un marco internacional donde se haga un libre ejercicio del derecho a elegir de cada persona su destino, libre de miedo y necesidad y con libertad para vivir con dignidad.

La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural

Constanza Núñez Donald*

Introducción

El derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos desarrollados por la jurisprudencia interamericana, supone que las personas tengan a su disposición un recurso que sea apto y efectivo para remediar las violaciones a los derechos humanos¹. Respecto de ciertos grupos, como pueblos indígenas, privados de libertad, personas LGTBI o migrantes, las necesidades de protección se intensifican en atención al contexto en que se producen las violaciones, o por las particularidades específicas del titular del derecho. En los últimos años hemos visto cómo la respuesta judicial se ha hecho cargo de esta realidad, a

* Investigadora Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, instructora de la misma Universidad. Candidata a Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Universidad Carlos III Madrid. Correo: cnunez@derecho.uchile.cl.

Agradezco especialmente al investigador del Centro de Derechos Humanos, Dr. Claudio Nash, por sus comentarios y aportes para la realización de este texto.

Para una versión ampliada de este estudio, véase: Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en América Latina*. Editorial Ubijus, 2015.

1 Sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito interamericano, véase: Ibáñez, Juana. “Artículo 25: Protección judicial”. En: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Eds.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2014, pp. 606-653.

través de un cambio de paradigma respecto a la función de la respuesta jurisdiccional frente a situaciones que comparten ciertas características comunes: grupos que sufren violaciones estructurales a sus derechos humanos.

El denominado “litigio de interés público” o “litigio estructural” caracteriza el camino seguido por la sociedad civil para demandar transformaciones profundas que alteren las condiciones estructurales que permiten o facilitan las violaciones de derechos humanos de ciertos grupos de la población. Esta nueva categoría de violaciones a los derechos humanos ha exigido respuestas más amplias y complejas por parte de la judicatura. Bajo la premisa de garantizar un recurso judicial efectivo, la reacción judicial desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH) y desde las experiencias locales, ha sido compleja y tiene desafíos comunes.

El presente artículo tiene por objeto indagar en esta respuesta judicial, particularmente en el ámbito de la justicia constitucional, respecto de dos sectores de la población: privados de libertad y pueblos indígenas². El análisis comparado de las experiencias de México, Colombia, Argentina y Costa Rica se centrará en identificar los fundamentos de la respuesta estructural y sus particularidades. Asimismo, se sistematizarán los problemas comunes a estas sentencias, con el objetivo de resaltar la necesidad de “tomar en serio” los límites y alcances de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

2 He elegido estos dos grupos ya que presentan características que son aplicables a otras situaciones: características personales y situacionales relevantes para la interpretación y actuación de los órganos de protección. Además, respecto de ambos grupos se ha desarrollado un acervo jurisprudencial que está construido sobre la base de criterios generales ya asentados.

Para ello este artículo se dividirá en tres partes: en un primer apartado se tratará el concepto de violaciones estructurales a los derechos humanos y se analizará la respuesta que se ha dado a esta situación en el SIDH. En un segundo apartado se describirá la experiencia comparada de México, Colombia, Argentina y México en sentencias estructurales para la protección de derechos fundamentales de pueblos indígenas y privados de libertad. Finalmente, se expondrán ciertos desafíos comunes de la respuesta estructural.

1. Violaciones estructurales y SIDH

Tradicionalmente, el análisis de los sistemas de protección de derechos humanos se ha hecho sobre la base de la siguiente distinción: aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. Mientras que las violaciones masivas y sistemáticas se caracterizan porque obedecen a una política del gobierno que las comete³, las violaciones individuales se cometen en el contexto de un Estado de Derecho, donde el Estado en conjunto no está comprometido en su comisión⁴.

Sin embargo, en los últimos años tanto los sistemas nacionales como internacionales han enfrentado un tipo particular de violación a los derechos humanos: las *violaciones estructurales*. En estos casos, como indica Nash:

3 Medina, Cecilia. *The battle of human rights. Gross, systematic violations and the Inter-american system*. The Neatherlands, Martinus Nijhoff, 1988.

4 Nash, Claudio. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México, 2009, p. 57.

Es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran⁵.

Nash y Abramovich señalan algunos elementos comunes a estos tipos de violaciones⁶:

- a) los/as afectados/as son un grupo determinado de la sociedad;
- b) marginación y exclusión en el goce y ejercicio de derechos respecto de todo un grupo de sujetos que son identificables a partir de ciertas calidades o elementos comunes;
- c) institucionalidad que viola derechos o permite o facilita su violación principalmente por la omisión de la actividad estatal. Rodríguez califica esta situación como un “estancamiento estructural” del poder público y que frustra la realización de los derechos constitucionales⁷;

5 *Ibidem*, p. 108.

6 *Ibidem*, pp. 108-110 y Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista SUR*, Vol. 6, N° 11, 2009, pp. 7-39.

7 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte*

- d) la sociedad invisibiliza la violación o justifica la vulneración (elemento cultural) y;
- e) las medidas para solucionar estas violaciones requieren la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones.

Las violaciones estructurales, por la complejidad y variedad de elementos constitutivos, establecen un desafío desde el punto de vista de la respuesta estatal e internacional. Este tipo de violación de derechos humanos impone a los distintos mecanismos protección el deber de tomar medidas que pueden entrar en tensión con la estructura tradicional de poder o al menos con la interpretación que de ella tenemos. En efecto, si el desafío de los órganos de control será dar efectividad a los derechos, no basta con constatar la violación ni tampoco con dar respuestas parciales, sino que será necesario activar a los distintos poderes para que tomen medidas concretas en el ámbito de sus funciones.

Desde el SIDH la respuesta a este tipo de violaciones se ha dado mediante la disposición de una respuesta integral que va más allá de la simple resolución del caso concreto sometido a su conocimiento⁸. Esta respuesta se basa en tres mecanismos: a) la

Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2010, p. 17.

8 Solo a modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes casos: a) Indígenas: Mayagna Awas Tigni, Yatama, Comunidad Indígena Yakye Axa, Sawhoyamaya, Saramaka, Sarayaku, Norin Catrimán y otros; b) Mujeres: Penal Miguel Castro Castro, González y otras (“Campo Algodonero”), Fernández Ortega, Rosendo Cantú, Veliz Franco; c) Niños/as: “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), “Instituto de Reeducción del Menor”, Niñas Yean y Bosico, Mendoza y otros; d) Privados de libertad: “Instituto de Reeducción del Menor”, Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), Vera Vera y otra, Pacheco Teruel y otros; e) Migrantes: Vélez Loo, Nadege Dorzema y otros, Personas dominicanas y haitianas expulsadas; f) Desplazados: “Masacre de Mapiripán”, Masacre de Pueblo Bello, Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del

reinterpretación del alcance de las obligaciones internacionales del Estado; b) se dota de un contenido particular a ciertos derechos y; c) se disponen medidas de reparación que tienen por objeto transformar la realidad y evitar que las violaciones se repitan. Toda esta construcción jurisprudencial se enfoca desde el principio de igualdad y no discriminación, bajo una noción de igualdad sustantiva⁹. Para la Corte IDH el análisis de la igualdad formal invisibiliza el impacto diferenciado que puede tener para ciertos grupos de la población normas o prácticas aparentemente neutrales¹⁰:

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹¹.

En este sentido, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una idea de igualdad como protección de grupos. Se demanda al Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, lo que “presupone un Estado que abandone

Río Cacarica (Operación Génesis) y; g) Orientación sexual: Atala Riffo y Niñas.

9 Sobre las diversas concepciones de igualdad, véase: Saba, Roberto. “(Des) igualdad estructural”. *Revista de Derecho y Humanidades* N° 11, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

10 Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales”, *op.cit*, p. 18.

11 Corte IDH. OC-16/99, párr. 119.

su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección”¹².

Este enfoque se puede ver con claridad en el *leading case* de la Corte IDH en la materia (Caso Campo Algodonero vs. México). La Corte IDH reconoce explícitamente la existencia de discriminación estructural respecto de las mujeres y justifica medidas especiales sobre la base de dicha conceptualización:

La Corte recuerda que el concepto de ‘reparación integral’ (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de **discriminación estructural** en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una **vocación transformadora** de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma **situación estructural de violencia y discriminación**. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un

12 Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales”, *op.cit.*, p. 18.

daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación¹³.

La disposición de medidas con “vocación transformadora” tiene por objeto que las condiciones que permiten o facilitan las violaciones estructurales desaparezcan, evitando la reiteración de conductas que generan las violaciones. En este sentido, las garantías de no repetición dispuestas por la Corte IDH en casos de violaciones estructurales, dan cuenta de la necesidad de tomar medidas que vayan más allá del caso concreto y que aseguren que la respuesta jurisdiccional sea efectiva para hacerse cargo de las causas que subyacen en las violaciones.

Si la Corte Interamericana sólo dispusiera medidas restitutorias y compensatorias en este tipo de casos, la protección de los derechos humanos se volvería ineficaz, toda vez que permanecerían las circunstancias en las que se produjo la violación, lo que genera no sólo un daño a la víctima –al verse amenazada nuevamente por dichas circunstancias– sino también legitimaría situaciones que dan cuenta de un Estado que no se hace cargo de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esto habilita a la Corte a disponer garantías de no repetición como vía para enfrentar las causas de fondo de este tipo de violaciones. Así lo señaló recientemente la propia Corte IDH en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana:

En casos como el presente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los

13 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párr. 450. El destacado es propio.

derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

A continuación revisaré cómo este enfoque se ha aplicado a casos relacionados con violaciones estructurales de derechos humanos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad.

1.1 El enfoque estructural en casos de derechos de los pueblos indígenas

La Corte IDH, a partir de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, analiza los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas a la luz de las particulares circunstancias propias de estos titulares de derechos, esto es, su situación de hecho (principalmente su situación de pobreza y discriminación) y sus particularidades culturales¹⁴. Esta noción se ha traducido en una respuesta compleja del sistema de protección, que implica una intensificación o especificación de las obligaciones generales, una reinterpretación de los derechos de la CADH y, por último, la adopción de medidas de no repetición.

Acerca de la necesidad de considerar las particularidades de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha señalado:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte

14 “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 63.

considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado¹⁵.

De esta forma, la Corte vincula la obligación general de garantía y de no discriminación, con el derecho a la identidad cultural. Esto es relevante ya que si la mirada de la Corte es desde el principio de no discriminación, para darle contenido a éste, es necesario considerar las particularidades de los titulares de derechos y en ese sentido, la “identidad cultural” es un aspecto especialmente relevante. Al efecto, la Corte ha señalado:

Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos¹⁶.

15 *IBIDEM*, PÁRR. 51.

16 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 213.

De esta forma, al momento de interpretar cada uno de los derechos consagrados en la CADH en un caso donde los titulares de derechos sean indígenas, se debe determinar el contenido y alcance de los mismos y las obligaciones del Estado, a la luz de la situación de discriminación de su titular a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

La Corte IDH reconoce la situación especial de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas, lo que justifica que se tomen medidas especiales por parte de los Estados. En este sentido, la Corte IDH ha indicado que las obligaciones generales del Estado deben ser leídas a la luz del *corpus iure* internacional de derechos de los pueblos indígenas, lo que le ha permitido llenar lagunas o vacíos de los catálogos de derechos que, como consecuencia de su raigambre liberal, generan espacios no cubiertos para una forma de ejercicio de los derechos con un fuerte contenido colectivo:

En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo

1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT¹⁷.

Dentro de las medidas especiales que ha dispuesto la Corte IDH para garantizar los derechos de las comunidades indígenas, se encuentra, por ejemplo, la demarcación de la tierra, como una forma de garantizar el derecho de propiedad de las comunidades de manera efectiva:

La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta¹⁸.

De esta forma, queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los

17 Corte IDH. Caso Yakye Axa, párr. 163.

18 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 138.

aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena. Conclusión que puede ser extrapolada a la obligación que tiene el Estado de asegurar efectivamente los otros derechos de las comunidades indígenas a través de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias del continente.

Pero además de la necesidad de reinterpretar las obligaciones generales a la luz de las particularidades de los pueblos indígenas, la Corte IDH también ha utilizado instrumentos internacionales específicos, como el Convenio 169 de la OIT, para incorporar obligaciones adicionales a las contenidas en la CADH. El derecho a la consulta y a la participación en los beneficios del desarrollo son ejemplos de ello.

En efecto, el deber de realizar una consulta previa, libre, e informada cuando exista una medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas, está contemplado expresamente en el Convenio 169, pero no se reconoce en la CADH. Para incorporar esta obligación, la Corte IDH ha señalado que el reconocimiento del derecho a la consulta, está en la base de la posibilidad de ejercer otros derechos, tales como la identidad cultural, o propiedad:

Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios¹⁹.

19 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 160.

En la CADH no hay normas que se refieran específicamente a los derechos de los pueblos indígenas, por lo que el SIDH ha abordado la temática indígena interpretando los derechos consagrados en la Convención a la luz de la realidad de estos pueblos. En este sentido, el Convenio 169 se ha transformado en el principal instrumento para analizar los casos en que se ven afectados los derechos de los pueblos indígenas, siendo utilizado por la Corte como herramienta para interpretar e integrar las normas de la CADH, considerando las particularidades culturales de los pueblos indígenas.

Uno de los ejemplos más relevantes para ilustrar este proceso, es la interpretación que ha realizado la Corte IDH del derecho de propiedad (artículo 21 CADH). En una primera etapa (Caso Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tigni vs. Nicaragua), la Corte IDH reconoció que entender el derecho de propiedad en el sentido tradicional, no daba cuenta de las particularidades culturales del ejercicio de ese derecho en el caso de los pueblos indígenas. Es por esto, que a través de una interpretación evolutiva, considerando el estado actual del tema en la legislación interna y, atendiendo al objeto y fin de los tratados, es que la Corte IDH entendió este derecho en su dimensión colectiva, recogiendo la importancia de la costumbre indígena. Sin embargo, a partir del Caso Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte complementó esta interpretación, con el contenido y alcance que el derecho de propiedad tiene en el Convenio 169 de la OIT:

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad

cultural y trasmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho [...]

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintitos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰.

Esto ha sido reiterado en los casos *Saramaka vs. Surinam*²¹ y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*²². Pero no solo respecto al derecho de propiedad la Corte IDH ha utilizado el Convenio para interpretar los derechos protegidos por la CADH. En el Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH analizó el derecho a la identidad cultural a la luz del Convenio, resaltando la importancia de este derecho para el goce y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas²³.

Como ilustran los casos precedentes, la Corte IDH ha incorporado los estándares desarrollados en el Convenio 169 de la OIT para interpretar los derechos consagrados en la CADH. Es decir, la lectura de cada derecho y libertad, además de hacerlo bajo las obligaciones generales de los Estados (esto es, respeto, garantía y no discriminación), incorpora un instrumento que está fuera del SIDH, con el objetivo de darle contenido y alcance a

20 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párrs. 124 y 127.

21 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka, párrs. 92 y 93.

22 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párrs. 117-118.

23 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 213.

los derechos, haciéndose cargo de las particularidades culturales cuando se conoce de un caso en que los afectados sean pueblos indígenas.

La consideración de las particularidades del titular del derecho para dar una respuesta efectiva a la violación de los derechos humanos, también se manifiesta en materia de reparaciones. Al respecto, la Corte IDH ha adoptado medidas que tienen por objeto hacerse cargo de la realidad que viven los pueblos indígenas (pobreza y exclusión), pero también sus particularidades culturales.

En el caso Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte dispuso lo siguiente:

En vista de lo anterior, el Tribunal dispone que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos²⁴.

24 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 221.

De esta forma, la Corte IDH ordena al Estado adoptar medidas concretas que se hagan cargo de las violaciones estructurales que viven las comunidades indígenas, relevando la importancia de las particularidades culturales, como lo evidencia las medidas que adopta en materia de educación bilingüe.

Recientemente, la Corte IDH teniendo presente la discriminación de tipo estructural en que viven las comunidades indígenas, dispuso en detalle lo que el Estado debe hacer para garantizar ciertos mínimos en relación con el derecho a consulta previa y así evitar otras situaciones de violación a sus derechos:

[...] como garantía de no repetición, en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia²⁵.

Como se ve, la Corte IDH, no se limita a establecer esta obligación al Estado, sino que señala que los procesos de participación y consulta, deben llevarse a cabo de buena fe, y de acuerdo con los estándares internacionales²⁶.

1.2 Enfoque estructural en casos sobre personas privadas de libertad

El DIDH otorga un amplio campo de regulación y protección para los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Para determinar el alcance de las obligaciones internacionales en

25 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr.299.

26 *Ibidem*, párr. 300.

la materia, la Corte IDH ha recurrido de manera constante a los instrumentos internacionales que consagran normas específicas.

El artículo 5 de CADH contiene normas generales sobre los derechos de las personas privadas de libertad²⁷. Este derecho marca la pauta en materia de privados de libertad, ya que consagra el principio del trato humano, y la obligación del Estado de dar estricto cumplimiento. Al respecto, el Conjunto de Principios Para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o Prisión²⁸ señala: “Principio 1: Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Este se encuentra en concordancia con el principio 5° que señala la excepcionalidad que debe conducir las limitaciones a los derechos humanos de los reclusos:

Principio 5: Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto

27 Artículo 5, CADH: “2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

28 ONU. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

Considerando esta normativa, la Corte IDH ha dado especial énfasis a la obligación de garantía de los Estados en relación con los derechos de las personas privadas de libertad, desarrollando desde el primer caso que conoció por vía contenciosa relacionado con privados de libertad, la denominada “posición de garante” que tiene el Estado respecto de los derechos de las personas privadas de libertad.

En el año 2004, en el Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay²⁹, se planteó que la privación de libertad es una sanción que afecta derechos humanos, más allá del derecho a la libertad personal, es decir, la prisión significa la restricción legítima al goce y ejercicio a ese derecho, pero la sanción no se limita a su sola afectación. Al respecto la Corte indicó: “La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal”³⁰.

Lo intuitivo es que esta restricción de otros derechos, atendida la de privación de libertad, admite un margen amplio de discrecionalidad de la autoridad. Es decir, admite discrecionalidad para determinar cuáles son las formas en que se van a afectar a esos otros derechos, y es justamente aquí donde el sistema cambia el enfoque transformándose en una aproximación *constraintuitiva*: las obligaciones del Estado se hacen más estrictas, amplias y profundas.

29 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor, párr. 154.

30 Ídem.

En este sentido, la Corte IDH señala: “Esta restricción de derecho [...] debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano, solo es justificable ante el derecho internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática”³¹.

Esto deriva en la posición que adopta, a juicio del Sistema Internacional, el Estado frente al individuo, y que se traduce en la mayor exigencia a la hora de restringir derechos que si la persona se encontrara en libertad, justamente la posición que tiene el Estado: una posición de especial garante.

La Corte la denominó “posición de especial garante”, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre las personas privadas de libertad, lo que genera preocupación, por el riesgo a la afectación o violación de derechos, que emana justamente de la posición privilegiada del Estado:

Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna³².

31 Ídem.

32 *Ibidem*, párr. 152.

La posición de garante que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad, significa para el Estado hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia en los centros penitenciarios u otros lugares de detención. Esto quiere decir, en parte, que el Estado debe rendir cuentas y explicar las decisiones y procedimientos que adopta a fin de reducir los espacios de arbitrariedad y, frente a una violación de derechos humanos, realizar una investigación seria y procesar a quienes resulten responsables. De no ser así, se presume que el Estado es responsable de tales violaciones³³.

El sistema internacional ha avanzado en esto y, en los últimos años, (en particular los casos de medidas provisionales), la Corte IDH ya no sólo ha hablado de una posición de especial garante, además se refiere a las particularidades del titular de derechos, razonando desde el caso *Vélez Loo vs. Panamá*, en el siguiente sentido:

[...] que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los Derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de

33 Corte IDH. Caso Baldeón García, párr. 120. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 111; caso Cabrera García y Montiel Flores, párr. 134 y; caso Fleury y otros, párr. 77.

la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes³⁴.

En este caso, la persona privada de libertad, un migrante, se encuentra en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos como consecuencia de las condiciones carcelarias, y la Corte le señala al Estado que ya no sólo por la especial posición que tiene respecto al individuo, sino que además desde la mirada del titular de derechos (sujeto especial), está en una situación de vulnerabilidad, y lo interesante de este enfoque es que además se refirió acerca del debate de la falta de recursos: “[...] En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano”³⁵.

Como garantías de no repetición en el caso de las personas privadas de libertad, la Corte IDH se ha referido, en particular, a la obligación del Estado de garantizar condiciones de privaciones de libertad que sean compatibles con el derecho a la integridad personal, entre otros derechos. La Corte IDH destaca en el caso Pacheco Teruel la importancia de establecer medidas con un enfoque preventivo en casos donde existen patrones estructurales de violaciones a los derechos humanos:

En casos como el presente, en el que se configura un patrón recurrente de siniestros en el sistema penitenciario hondureño, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los

34 Corte IDH. Caso Vélez Loo, párr. 198.

35 Ídem.

derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los reclusos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención³⁶.

La Corte IDH, en este sentido, recuerda las medidas que ya había dispuesto el año 2006 en el caso López Álvarez y ordena al Estado:

[...] adoptar medidas tendientes a crear las condiciones que permitan asegurar a los reclusos de los centros penales de Honduras alimentación adecuada, atención médica y condiciones físicas y sanitarias consecuentes con los estándares internacionales sobre la materia, e implementar un programa de capacitación en derechos humanos de los funcionarios que laboren en los centros penitenciarios, en los términos de los párrafos 209 y 210 de la Sentencia³⁷.

En el caso Montero Aguren, la Corte IDH fue más específica e indicó de manera precisa las condiciones mínimas que debía asegurar el Estado a las personas privadas de libertad:

Como lo ha dispuesto la Corte en otros casos y a título de garantía de no repetición, el Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia.

En particular, el Estado debe asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con su dignidad humana, entre las que se encuentren,

36 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel, párr. 92.

37 *Ibidem*, párr. 93.

inter alia: a) un espacio lo suficientemente amplio para pasar la noche; b) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; c) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; d) alimentación y atención en salud adecuadas, oportuna y suficientes, y e) acceso a medidas educativas, laborales y de cualquier otra índole esenciales para la reforma y readaptación social de los internos³⁸.

En el caso Pacheco Teruel, la Corte IDH rescata que cierto tipo de medidas (como la construcción de recintos penitenciarios) toman mucho tiempo, por lo que de todas formas ordena al Estado a tomar medidas urgentes para no dejar en desprotección a las personas privadas de libertad:

Sin embargo, siendo que los compromisos dispuestos en el acuerdo se ejecutarán a mediano plazo, la Corte dispone que el Estado deberá implementar medidas de carácter inmediato tendientes a garantizar los derechos fundamentales de los reclusos, así como medidas de prevención de siniestros en los diferentes centros señalados en el acuerdo. Para ello, en el plazo de seis meses el Estado deberá remitir a la Corte un informe sobre las medidas urgentes adoptadas para este efecto. Particularmente, deberá informar respecto de las siguientes medidas: i) separar de procesados y condenados; ii) realizar un diagnóstico sobre hacinamiento carcelario; iii) evaluar de situaciones críticas como incendios, iv) mecanismos y equipo para reaccionar frente a incendios³⁹.

38 Corte IDH. Caso Montero Aguren y otros (Retén de Catia), párrs. 145 y 146. En el mismo sentido: Caso Raxcacó Reyes, párr. 134 y Caso Caesar, párr. 134.

39 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel, párr. 97.

La aproximación de la Corte permite hacer efectiva la protección internacional, adoptándose medidas de alcance más general, pero también se disponen acciones concretas que permiten amparar a los/as afectados/as del caso en cuestión.

Finalmente, se ordena una medida que me parece vital como garantía de no repetición en casos estructurales: la capacitación de las autoridades públicas. Las autoridades, en contextos de violaciones estructurales, juegan un rol fundamental para modificar los patrones de conducta que favorecen o permiten estas violaciones. Su capacitación permite alterar estos patrones en la medida en que tienen conocimiento del contexto en que se enmarca su función y están establecidas claramente las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado. La Corte IDH señala:

El acuerdo de solución amistosa indica que el Manual para la Administración de Centros Penitenciarios (supra párr. 98.d) deberá contener: a) programas de capacitación al personal civil y policial de los centros penales, que incluyan formación en materia de derechos humanos, y b) planes de emergencia y evacuación en caso de incendios u otro tipo de catástrofes.

La Corte homologa dicha medida de capacitación y estima oportuno destacar que tales programas deberán incluir, entre otros temas, los referentes a los estándares internacionales en materia carcelaria y la jurisprudencia del sistema interamericano al respecto. Estos programas o cursos deberán ser permanentes y dirigidos a los funcionarios del sistema penitenciario hondureño de todos los niveles jerárquicos. Asimismo, deberán iniciar en el plazo de seis meses luego de la aprobación del Manual para la Administración de Centros Penitenciarios [...]⁴⁰.

40 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel, párrs. 113 y 114.

De esta forma vemos que para la Corte IDH son relevantes dos tipos de medidas para enfrentar violaciones estructurales de los derechos humanos de las personas privadas de libertad: mejoramiento de las condiciones de reclusión y capacitación de funcionarios públicos. Ambas medidas tienen por objeto modificar las circunstancias que permiten las violaciones a los derechos humanos, impulsando cambios profundos que tienen impactos para la población penitenciaria.

13 Conclusiones generales sobre la jurisprudencia de la Corte IDH frente a violaciones estructurales de derechos humanos

En el contexto de la protección a los derechos humanos, uno de los grandes desafíos que enfrenta la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, es hacer frente a violaciones de derechos humanos que adquieren ciertas características especiales: son de carácter estructural. Esto significa que ciertos grupos de la población sufren violaciones a los derechos humanos en un contexto en que es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales y estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos.

En este sentido, el desafío de la tutela internacional ha sido dar respuestas efectivas para cesar las violaciones y evitar que éstas se repitan; por ello, en el caso de la Corte IDH la tutela ha apuntado tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran. Como vimos, la Corte IDH ha resuelto esta problemática a través de tres

vías: reinterpretación de las obligaciones generales del Estado, dar un contenido particular a los derechos de la CADH y disponer garantías de no repetición. Las ventajas de esta aproximación se visualizan con claridad en el abordaje que realiza la Corte IDH en casos relacionados con derechos de los pueblos indígenas y personas privadas de libertad. En ambos casos, a través de la reinterpretación de las obligaciones generales y mediante una lectura particular de los derechos, la Corte IDH dispone medidas que tienen por objeto apuntar a las condiciones jurídicas, pero también situacionales, que permiten o facilitan las violaciones de derechos humanos de las personas que pertenecen a estos grupos.

Esta aproximación supone una nueva forma de tutelar los derechos fundamentales en el marco de la protección jurisdiccional y que permite dar respuestas efectivas y que se hacen cargo del contexto en que se producen las violaciones.

2. Experiencias comparadas de sentencias estructurales

Para dar una visión comparada respecto de la protección internacional, también utilizaré como ejemplo en el ámbito nacional la situación de las personas privadas de libertad y pueblos indígenas.

En el mismo sentido de la jurisprudencia interamericana, el enfoque para la recopilación de jurisprudencia nacional ha sido la selección de casos en que las cortes se han hecho cargo del problema estructural que está en la base de las violaciones de derechos humanos de las personas privadas de libertad y pueblos indígenas, decretando medidas que tienen por objeto transformar las condiciones que permiten o facilitan la violación (en aquellos países en que se han dado estas experiencias), haciéndose cargo de las particularidades de los grupos en cuestión.

2.1 Sobre las sentencias estructurales

Las sentencias estructurales no son una invención de la jurisprudencia de la Corte IDH. El denominado “litigio estructural” o de “interés público” se ha extendido en Latinoamérica ante las cortes nacionales⁴¹ y tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón. En el caso de Estados Unidos, la fuente del litigio complejo inició con casos de discriminación sistémica (racial) y se ha extendido a otros ámbitos como la salud o el sistema carcelario. A través de las *structural injunctions*, las Cortes de EE.UU persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales⁴². En palabras de Citron: “Los remedios estructurales son herramientas de los tribunales de justicia para reformar por completo una institución con el objeto de hacerla compatible con la Constitución”⁴³.

En otras latitudes, destaca la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India o la Corte Constitucional Sudafricana, que han desarrollado el litigio público en materia de derechos económicos sociales y culturales⁴⁴.

41 Véase, entre otros: Bergallo, Paola. “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio público en Argentina”. Ponencia presentada en Seminario SELA (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política), 2005, p. 175; Rodríguez, C. y Rodríguez, D. Cortes y Cambio Social, *op. cit.* y; Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura. *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

42 Bergallo, Paola. “Justicia y experimentalismo”, *op.cit.*

43 Citron, Roger. “(Un) Luckey vs. Miller: The Case for a Structural Injunction to Improve Indigent Defense Services”. *The Yale Law Journal*, N° 101, 1991. La traducción es propia.

44 Gauri, Varun y Brinks, Daniel. (Eds.). *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York, Cambridge University Press, 2010.

Los elementos comunes al litigio de derecho público referido y que culmina con sentencias estructurales son: a) afectar a un número amplio de personas que alegan violación de sus derechos; b) involucrar varias entidades estatales como responsables y; c) dictar órdenes de ejecución compleja⁴⁵. De manera similar, Chayes caracterizaba a las *structural injunctions* en la década de los 70: a) las partes del proceso gozaban de características atípicas; b) los hechos se relacionaban con el funcionamiento de instituciones públicas de gran dimensión y complejidad; y c) donde los remedios requerían de cambios estructurales de largo plazo combinados con planes adecuados para el monitoreo de dichos cambios⁴⁶.

Pero la irrupción de este tipo de medidas en la labor de los tribunales no ha sido pacífica. Todas estas aproximaciones han sido objeto de crítica desde dos perspectivas: desde las teorías democráticas (que cuestionan la legitimidad democrática de la judicatura para intervenir en cuestiones que serían propias de la política y los efectos antidemocráticos de las resoluciones) y desde la efectividad de la respuesta jurisdiccional, como veremos más adelante. En este sentido, las cortes nacionales han debido transitar un camino complejo para fundar sus resoluciones desde el ámbito de sus competencias y diseñar mecanismos de seguimiento de la implementación de las medidas adoptadas.

En la región, como señala Bergallo, no existe una denominación uniforme a este tipo de medidas⁴⁷. Sin embargo, la denominación “remedio estructural” se ha ido extendiendo y se ha adoptado como propia. Siguiendo el esquema de análisis que utilicé respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH,

45 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. *Cortes y cambio social*, *op. cit.*, p. 16.

46 Chayes, A. “The rol of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, N° 89, 1975.

47 Bergallo, Paola. “Justicia y experimentalismo”, *op. cit.*

a continuación veremos ejemplos concretos de este tipo de litigio en la región. Este estudio nos permitirá determinar si la jurisprudencia constitucional, a través de los mecanismos judiciales que otorga la legislación, ha podido dar una respuesta efectiva a la violación estructural de derechos humanos y, por otra parte, identificar las características comunes de la respuesta jurisdiccional, sus aspectos positivos y desafíos. Creo que una visión desde la praxis de los tribunales nacionales evidencia de mejor forma el debate y sus límites.

2.2 Colombia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana constituye un hito en materia de sentencias que se hacen cargo de situaciones de violaciones estructurales a los derechos humanos. La doctrina del “**estado de cosas inconstitucional**” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, le ha permitido analizar situaciones de complejas violaciones de derechos humanos de manera integral, adoptando medidas que se hacen cargo de la realidad que viven ciertos grupos de la población.

Se entiende por un estado de cosas inconstitucional aquella situación en la que se produce una violación reiterada y masiva de derechos fundamentales, obedeciendo dicha violación a causas de tipo estructural, en la que se ven comprometidas varias autoridades del aparato estatal⁴⁸. La Corte constitucional ha señalado:

Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden

48 Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. Editorial Fontamara, México, 2010, p. 212.

estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela⁴⁹.

La Corte ha justificado su procedencia en el contexto de las acciones de tutela, en particular, cuando se está ante una situación que pueda provocar una presentación masiva de acciones de tutela. Normativamente, la Corte ha fundado la procedencia de esta declaración de estado de cosas inconstitucional en las funciones que le han sido asignadas en la Constitución como garante de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional:

[...] Así, teniendo en cuenta el deber de las autoridades de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Artículo 2, CP), así como el deber que tienen las ramas del poder público “de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines” (C.P. art., 113), la Corte, ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución, para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación⁵⁰.

De esta forma, un estado de cosas inconstitucional corresponde a una calificación que da la Corte Constitucional respecto de

49 Corte Constitucional de Colombia. T-024/2004, 22 de enero de 2004, considerando 7.

50 Ídem.

cierta situación que ha sido sometida a su conocimiento mediante los procedimientos para conocer de violaciones de los derechos fundamentales. Esta calificación se da con el objeto de disponer un conjunto de medidas que son dirigidas a distintas autoridades del Estado.

Para la procedencia de la declaración de un estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional ha establecido ciertos requisitos:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁵¹.

Los elementos reseñados por la Corte Constitucional caracterizan a una situación de violación estructural de derechos

51 Ídem.

humanos y, en la misma línea de la Corte IDH (con las garantías de no repetición), han llevado a la Corte Constitucional a disponer medidas que tienen por objeto hacerse cargo de la realidad y movilizar al poder público. A continuación, veremos cómo esta doctrina se concreta en casos de personas privadas de libertad y pueblos indígenas.

a. Personas privadas de libertad

Es precisamente respecto a un caso de violaciones de derechos humanos respecto de personas privadas de libertad, que la Corte Constitucional colombiana emite una de sus sentencias más importantes en materia de estado de cosas inconstitucional. En el año 1998 la Corte Constitucional emitió la sentencia T-153, que declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con las condiciones de hacinamiento y abandono en que las personas privadas de libertad cumplían sus condenas⁵².

La sentencia T-153 se origina con ocasión de dos acciones de tutela que tienen como denominador común la acusación contra las condiciones de hacinamiento en que se encuentran los internos de las Cárceles Bellavista y Modelo, ubicadas en Medellín y Santa Fe de Bogotá, respectivamente. La Corte Constitucional realiza una inspección personal a las cárceles referidas y constata que:

Estaban atestadas de personas acostadas directamente sobre el piso, cubiertas con una simple frazada, y expuestas al frío propio de la noche en la ciudad. Incluso en las zonas de los baños se encontraba un gran número de personas durmiendo sobre el suelo. La congestión de esas zonas era tal que la persona que deseara moverse

52 Un comentario en profundidad sobre ambas sentencias, en: Osuna, Néstor. “Sentencias estructurales. Tres ejemplos colombianos”. En: Nash, Claudio y Bazán, Víctor. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario, 2015 [en prensa].

por allí tenía que poner mucha atención en los pasos que daba para no golpear a los reclusos que dormían. El hacinamiento se evidenciaba también en los pasillos. En los corredores aledaños a las celdas yacían también muchos reclusos, y en las celdas mismas se observaba que dormían, dependiendo del patio, entre 3 y 6 internos, a pesar de que habían sido diseñadas para albergar a una sola persona [...] ⁵³.

La Corte Constitucional, en la misma línea que la jurisprudencia interamericana, inicia su análisis del asunto recordando que el Estado es garante de los derechos de las personas privadas de libertad y, si bien existen algunas restricciones a sus derechos por la situación en la que se encuentran, muchos otros derechos permanecen intactos y deben ser respetados íntegramente:

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos [...]

[...] Ahora bien, esta misma Corporación también ha manifestado que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente

53 Corte Constitucional de Colombia. T-153/1998, 28 de abril de 1998, considerando 5 (fundamentos jurídicos).

que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos –como ocurriría en el caso de la libertad religiosa–, sino también –y de manera especial– que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esta conclusión se deriva de la misma relación especial de sujeción de los penados frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impide que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna⁵⁴.

En atención a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado y que forman parte del bloque de constitucionalidad, se declara el estado de cosas inconstitucional, haciendo énfasis en que la situación de las cárceles no ha sido objeto de preocupación de los gobiernos y destacando el rol del juez constitucional en la solución de este tipo de conflictos:

De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

54 *Ibidem*, considerandos 40 y 41.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención **sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano** y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas⁵⁵.

La Corte Constitucional colombiana realiza una afirmación muy relevante para la argumentación de sentencias estructurales: la magistratura constitucional tiene por objeto la protección de los

55 *Ibidem*, considerandos 50 y 51. El destacado es propio.

individuos y, en ese sentido, tiene una lógica diversa de la regla de las mayorías. Esta aproximación es vital para los casos que involucran personas privadas de libertad, donde las decisiones gubernamentales que favorezcan los derechos de las personas privadas de libertad pueden ser mal evaluadas por la ciudadanía y, en ese sentido, no sean impulsadas por los gobiernos para no ver comprometida su popularidad. La lógica de esta sentencia impulsa al poder público a garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, velando por el cumplimiento de las obligaciones estatales.

Con el objeto de dar solución al problema planteado, la Corte Constitucional ordena la acción mancomunada de diversas autoridades públicas:

[...] Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. Por esta razón, la Corte debe poner en conocimiento del Presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria. Ello con el objeto de que, haciendo uso de sus facultades como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación,

vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos.

Asimismo, la Corte comunicará de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política⁵⁶.

Como medidas concretas, dispone la creación de nuevos recintos penitenciarios y la asignación de presupuesto para satisfacer las necesidades básicas de las personas privadas de libertad, entre otras:

[...] En este sentido, se ordenará que, en un término de tres meses, se elabore un plan de construcciones y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecúen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos [...] El plan deberá ejecutarse en un término máximo de 4 años a partir de la notificación de esta sentencia.

56 *Ibidem*, párrs. 54 y 55.

Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para convertir a las prisiones en centros donde los derechos fundamentales tengan vigencia. La inversión en las prisiones no puede ser objeto de transacciones. Tampoco caben objeciones en contra de ella. El Estado tiene la obligación constitucional de ofrecerle a los reclusos condiciones dignas de vida. El gasto en prisiones –relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva– tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

La Corte es consciente de que el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en la [sic] prisiones.

Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio. Igualmente, estima fundamental recordar que en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones. Al respecto, cabe mencionar que las mismas reglas de Tokio

recomiendan que antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración, “las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima”⁵⁷.

La Corte Constitucional dispone medidas que tienen por objeto solucionar el problema estructural de violaciones de los derechos humanos que afecta a las personas privadas de libertad, ya que las medidas decretadas no solo tienen un alcance para el caso concreto por el cual se solicita tutela, sino que tienen alcances generales. Además, se hace cargo de las situaciones que facilitan o permiten estas violaciones, de índole jurídico, económico y social.

Pese a la importancia de las medidas que dispone, se ha destacado la ineficacia de su implementación⁵⁸. Los efectos concretos solo se manifestaron en los primeros años de su aplicación, pero a partir del año 2003 la tendencia al hacinamiento volvió a reiterarse, lo que se manifiesta en las numerosas sentencias sobre la misma temática que ha dictado la Corte Constitucional⁵⁹. Recientemente, en la sentencia T-861, la Corte constitucional reiteró los criterios indicados, señalando que el estado de cosas inconstitucional en establecimientos penitenciarios declarado en la sentencia T-153/98 por hacinamiento, aún persiste⁶⁰.

57 *Ibidem*, párrs. 56, 57 y 60.

58 Jaramillo, J., Uprimny, R. y Guarnizo, D. “Intervención judicial en cárceles”. *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 12, 2005.

59 Sobre la situación de las cárceles, la Corte constitucional se pronunció en otras oportunidades, reiterando los criterios asentados en la sentencia T-153, véase por ejemplo: T-530/1999; T-256/2000; T-257/2000; T-1291/2000; T-847/2000; T-1077/2001; T-1030/2003; T-1096/2004; T-571/2008.

60 Corte Constitucional de Colombia. T- 861/2013, 27 de noviembre de 2013.

Una de las críticas que se realiza a esta resolución, es que a diferencia de otras declaraciones de estado de cosas inconstitucional (como la T-025 que veremos más adelante), no se utilizó la técnica de los autos de seguimiento que permiten a la Corte visibilizar el proceso de ejecución de la sentencia⁶¹.

Hay cuatro cuestiones que parecen fundamentales del análisis de esta sentencia: a) se utiliza el bloque constitucional de derechos con especial referencia a los tratados sobre derechos humanos; b) se considera el contexto en que se produce la violación: situación de violaciones estructurales; c) se hace referencia a la posición de garante que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad y; d) se disponen medidas que tienen por objeto hacerse cargo de los factores que permiten la violación estructural y no solo de sus manifestaciones.

b. Pueblos indígenas

Respecto de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional se ha referido a tres temáticas: tierras y propiedad; consulta previa y jurisdicción especial indígena⁶². Como mecanismo de protección de derechos fundamentales, la tutela ha permitido garantizar los derechos de los pueblos indígenas considerando sus particularidades culturales, a la luz del bloque constitucional de derechos.

Un primer aspecto relevante, es la consideración de los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos. La Corte Constitucional ha señalado que la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derecho individuales que comparten los mismos derechos:

61 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. Cortes y Cambio Social, *op.cit.*, p. 36.

62 Sobre la materia véase: Semper, F. “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano Fundación Konrad Adenauer Stiftung*, N° 12, 2004, pp. 761-778.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)⁶³.

63 Corte Constitucional de Colombia. T-380/93, 13 de septiembre de 1993, considerando 8.

Al igual que en el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Corte Constitucional analiza el ejercicio de los derechos desde las particularidades de su titular. Esto la lleva a concluir que en el caso de los derechos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural supone otorgarles un estatus colectivo.

Esta aproximación se ha traducido, en concreto, en el reconocimiento y protección de derechos colectivos, como el derecho a la consulta, que adquiere el carácter de derecho fundamental. Así, por ejemplo, ha destacado la importancia del derecho a la consulta y como este derecho es la base para garantizar la **autonomía** de los pueblos indígenas y la conservación de sus culturas. En una sentencia hito en la materia indicó que “el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados previamente se erige como una de las formas de participación democrática previstas en la Carta con destino al aseguramiento de su derecho al territorio y su integridad étnica”⁶⁴.

La Corte Constitucional ha otorgado lineamientos para realizar la consulta, incluso más garantistas que los de la Corte IDH, por ejemplo, ampliando las hipótesis en que no basta con la consulta sino que se requiere el consentimiento⁶⁵. Asimismo, ha dispuesto medidas que tienen por objeto hacer eficaz este derecho en su implementación práctica, como exhortar al Congreso a regular el derecho fundamental a la consulta previa⁶⁶.

64 Corte Constitucional de Colombia. SU-039/97, 3 de febrero de 1997.

65 *Ibidem*. Sobre la materia, véase: Padilla, G. “Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado”. En: *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. La Paz, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

66 *Ibidem*.

Por su parte, la consideración de sus particularidades culturales ha permitido fortalecer la protección respecto de ciertos derechos, como la propiedad colectiva, y entender que respecto de los pueblos indígenas, ciertas violaciones de derechos humanos pueden tener un impacto diferenciado. En el ámbito del conflicto armado colombiano, la Corte Constitucional ha reconocido las consecuencias que tiene para las comunidades indígenas el desplazamiento de sus tierras. La sentencia T-025 de 2004 declaró un estado de cosas inconstitucional por la afectación de los derechos respecto de ciertos grupos desplazados por el conflicto armado colombiano. Dicha sentencia, caracterizada por su enfoque estructural y disposición de medidas concretas, no abordó sistemáticamente los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, el auto de seguimiento⁶⁷ 004 de esta sentencia⁶⁸, se refirió específicamente a la situación de los derechos de los pueblos indígenas. En primer lugar, se reconoce la “afectación aguda y diferencial del desplazamiento forzado sobre los grupos indígenas” en los siguientes términos:

El agudo impacto que ha tenido el conflicto armado sobre los grupos indígenas del país se ha traducido, principalmente, en alarmantes patrones de desplazamiento forzado, tanto masivo como individual, que han incrementado a lo largo de la última década y hoy en día se ciernen como una de las más serias amenazas para la supervivencia a corto plazo de las etnias de Colombia. Por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural de estos grupos, el desplazamiento forzado genera un claro riesgo de extinción, cultural o física, de los pueblos indígenas. Los que ya estaban en riesgo con anterioridad al impacto del conflicto armado,

67 Los autos de seguimiento se dictan con el objeto de medir el nivel de cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte constitucional.

68 Corte Constitucional de Colombia. Auto de seguimiento 004/09 de la sentencia T-025/2004, 26 de enero de 2009.

se acercan al fin; los que no, entran en la categoría de alto riesgo de extinción cultural y física [...].

A este respecto, no puede perderse de vista que la relación de los grupos indígenas con el territorio es crucial para sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material. El desplazamiento genera aculturación, por la ruptura del entorno cultural propio y el shock cultural. Los pueblos indígenas desplazados viven en estado de total desubicación por la ruptura cultural y lingüística que ello conlleva y la inserción abrupta en entornos urbanos y de miseria a los que son completamente ajenos⁶⁹.

La Corte Constitucional destaca que la falta de una respuesta integral por parte del Estado ha agravado la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas. En ese sentido, ordena una serie de medidas que tienen por objeto que el Estado se haga cargo de la problemática, teniendo especial consideración por las particularidades culturales de los pueblos indígenas. Funda estas medidas en las obligaciones del Estado:

Por su deber de garantizar los derechos fundamentales de la población (arts. 1 y 5, C.P.) y por el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural del país (art. 7, C.P.), es claro para la Corte que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere⁷⁰.

E indica, concretamente, las medidas a adoptar:

69 Ídem.

70 Ídem.

Primero, que diseñen e implementen, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos **Indígenas Afectados Por el Desplazamiento**, con el nombre que los responsables gubernamentales estimen aconsejable ponerle. Este programa deberá ser adoptado, junto con un cronograma para su implementación y seguimiento, dentro del término de seis (6) meses, y deberá contener componentes de prevención y atención así como respetar los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas mencionadas en el presente auto y en otros donde se ha ordenado incluir un enfoque diferencial, en este caso en cumplimiento del principio de diversidad etnocultural. En el diseño de este programa se aplicarán los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento. Los responsables de diseñar e implementar esta orden serán los mismos de la orden atinente a los planes de salvaguarda que se enuncia a continuación.

Segundo, que **formulen e inicien la implementación de planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado** para cada uno de los pueblos identificados en la presente providencia.

Estos planes de salvaguarda étnica deben responder, tanto en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzado como de la atención a sus víctimas, a la crítica situación descrita para cada uno de estos pueblos [...] ⁷¹.

En esta situación, nuevamente, la Corte dispone medidas que tienen un alcance general respecto de todas las comunidades indígenas afectadas por el conflicto armado colombiano y tiene un aspecto novedoso: la alusión al necesario “enfoque diferencial”

71 Ídem.

que deben tener los programas que se adopten, el cual ha sido utilizado para abordar la situación de grupos afectados por el desplazamiento forzado. El denominado enfoque diferencial⁷² responde a la lógica que he descrito respecto a hacerse cargo de la realidad a través de una noción sustantiva del principio de igualdad y no discriminación y que permite reinterpretar los derechos y obligaciones a la luz del titular de derechos. En Colombia, este enfoque ha sido adoptado para atender la situación de las víctimas del conflicto armado y, en el caso de los pueblos indígenas, en seguimiento a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional, se concretó en el D.L. N° 1633 de 2011 que dicta medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas y comunidades indígenas.

Como es posible observar en ambas situaciones –privados de libertad e indígenas–, la Corte Constitucional adopta medidas que buscan efectivizar los derechos humanos de aquellos grupos que viven situaciones de violaciones de derechos humanos de carácter estructural. En ambos casos, el elemento clave es que se ordenan medidas que buscan activar la estructura estatal a fin de que las autoridades, en el ámbito de sus funciones y competencias, adopten medidas adecuadas para la protección de los derechos que se encuentran amenazados y violentados por la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

72 El enfoque diferencial se encuentra recogido como principio en el artículo 13 de la ley de víctimas: “El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque”.

2.3 Argentina

En el caso de Argentina, la constitucionalización de los tratados de derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 1994, ha facilitado la labor de los tribunales de justicia para la protección de los derechos fundamentales de grupos históricamente excluidos o discriminados, ampliándose los derechos implícitos y explícitos. Bazán destaca que este proceso ha implicado “la necesidad de asegurar el (remozado) principio de igualdad mediante acciones positivas y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de ‘afianzar la justicia’”⁷³.

De manera similar que el caso colombiano, la situación de las personas privadas de libertad es la que motivó a la Corte Suprema Argentina a dictar uno de los primeros fallos denominados “estructurales” en la jurisprudencia Argentina. En el Caso Verbitsky⁷⁴ fue la primera vez que la Corte admitió un *hábeas corpus* correctivo colectivo en protección de los derechos fundamentales de personas privadas de su libertad, para intentar garantizarles un encierro en condiciones mínimas aceptables⁷⁵.

En este caso, se dedujo una acción de *hábeas corpus* a favor de todas las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos penitenciarios

73 Bazán, Víctor. “Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina”. En: Nash, Claudio y Bazán, Víctor (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 18.

74 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Acción de *hábeas corpus* V.856 XXXVIII, 3 de mayo de 2005. (“Caso Verbitsky”).

75 Bazán, Víctor. *Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales, op.cit.*, p. 21.

sobrepoblados. La acción fue desestimada por la Cámara de Casación Penal, por considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados, ya que no podía tomar una determinación que englobase situaciones plurales. Tras un largo recorrido por diversas instancias procesales, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para acoger la petición, en primer lugar la Corte se refiere a las posibilidades de conocer amparos colectivos e indica:

Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *hábeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad⁷⁶.

Luego, analiza la situación en las que se encuentran las personas privadas de libertad a la luz de las probanzas rendidas en el caso:

76 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Acción de *hábeas corpus* V.856 XXXVIII, 3 de mayo de 2005. (“Caso Verbitsky”), considerando 16.

Que sin embargo, existen hechos no controvertidos en las actuaciones que surgieron en el marco del trámite de las audiencias públicas, y que esta Corte no puede dejar de considerar, pues corresponden a una situación genérica, colectiva y estructural y, además, quedan fuera de las cuestiones probatorias, pues, como se ha destacado, fueron admitidos por el gobierno provincial con encomiable sinceridad.

Que no se ha puesto en discusión la superpoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales. Esta superpoblación, en los niveles alcanzados y admitidos, de por sí acreditan que el Estado provincial incumple con las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad⁷⁷.

La Corte reconoce la existencia de una situación “colectiva y estructural” que afecta los derechos de las personas privadas de libertad y en atención a esta situación es que justifica la adopción de medidas concretas. En específico, destaca la disposición de medidas que requieren un actuar coordinado de diversos actores estatales:

- Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.
- Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.
- Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la

⁷⁷ *Ibidem*, considerandos 23 y 24.

provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

- Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención [...].
- Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.
- Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.
- Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados⁷⁸.

Resulta relevante que la Corte realice un análisis completo de las obligaciones internacionales en la materia, recurriendo a diversos instrumentos internacionales y a la propia jurisprudencia

78 *Ibidem*, puntos resolutive de la sentencia.

interamericana. Así, por ejemplo, utiliza las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁹ y se refiere, entre otros, al fallo Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay⁸⁰.

Otro aspecto interesante de la sentencia, es que la Corte Suprema fija un límite claro respecto a sus competencias: no puede imponer “estrategias específicas”, pero sí puede llamar la atención sobre las necesidades omitidas en la política:

Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión⁸¹.

En este sentido, aclara cuál es la relación de las Cortes con la política en el análisis de casos como los que se le presentan:

Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

79 *Ibidem*, considerando 39.

80 *Ibidem*, considerando 43.

81 *Ibidem*, considerando 26.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.

No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas⁸².

En este sentido, la Corte es clara al señalar que lo que hace es juzgar el actuar de la autoridad bajo un parámetro jurídico, es decir, determinar si una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico; pero no analizar la pertinencia o bondades de una política⁸³.

82 *Ibidem*, considerando 27.

83 Courtis, Christian. *El caso Verbitsky ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actuación de los poderes públicos?* Buenos Aires, CELS, Siglo XXI Editores, 2005.

Las medidas decretadas por la Corte han sido caracterizadas dentro del modelo de “remedios experimentales”, pues supone un modelo flexible de control de las medidas, donde las partes interesadas llevan adelante un proceso participativo para la consumación de los remedios⁸⁴. Los remedios experimentales se caracterizan porque su implementación exige el trabajo conjunto de diversos actores. En el Caso Verbitsky destaca la creación de mesas de diálogo con diversos actores estatales y de la sociedad civil para analizar la legislación y políticas públicas en la materia y la modificación de la legislación procesal penal⁸⁵. Pese a que este modelo ha sido efectivo y valorado positivamente por la sociedad civil, pues implica una participación amplia de ésta en el control de las medidas, uno de los principales obstáculos se ha evidenciado en la falta de información con que cuentan las entidades públicas y el Poder Judicial para analizar su estado de cumplimiento⁸⁶. En este sentido, uno de los principales desafíos para el seguimiento y cumplimiento del fallo Verbitsky ha sido la generación de mecanismos de transparencia en la información y rendición de cuentas⁸⁷.

El enfoque utilizado en Verbitsky ha sido aplicado en otros casos respecto de diversas temáticas⁸⁸. En el tema carcelario, sin

84 Saba, Roberto. “Presentación en audiencia pública sobre cárceles bonaerenses”, 2007. Disponible [en línea] <http://new.pensamientopenal.com.ar/16112007/bsas01.pdf> [consulta: 3 de febrero de 2015], p. 6. Sobre el concepto de remedios experimentales, véase: Sabel, C. y Simon, W. “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”. *Harvard Law Review*, N°117, 2004, pp. 1068-1072.

85 Filippini, Leonardo. “La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación”. En: Pitlevnik, L. (Ed.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 148-175.

86 Saba, Roberto. “Presentación en audiencia pública”, *op.cit.*

87 Ídem.

88 Un estudio completo sobre las sentencias estructurales en Argentina, específicamente sobre derechos económicos, sociales y culturales, en: Bergallo,

embargo, no ha vuelto a ser objeto de un análisis tan profundo y complejo como el que se realizó en este fallo.

2.4 Costa Rica

La Sala Constitucional de Costa Rica es un buen ejemplo de un órgano jurisdiccional que ha asumido un compromiso profundo con la protección de los derechos humanos. El alto impacto social de su actuación se debe precisamente, a la capacidad que ha demostrado la Sala Constitucional de dar una respuesta efectiva frente a las violaciones de derechos humanos que sufre la población. De ahí que sea relevante reseñar cuál ha sido la respuesta de la Sala en materia de violaciones estructurales, particularmente, en casos de privados de libertad y pueblos indígenas.

a. Personas privadas de libertad

En materia de privación de libertad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, a través del conocimiento de acciones de *habeas corpus*, se ha referido a las condiciones de hacinamiento y los malos tratos sufridos por las personas privadas de libertad en recintos penitenciarios.

La acción de *habeas corpus* ha permitido a la Sala Constitucional dictar medidas que tienen por objeto hacer cesar la violación a la integridad física de una persona privada de libertad que sufre malos tratos⁸⁹, pero también disponer medidas que tienen por objeto prevenir que dichas acciones se reiteren en el futuro. En un caso en que había sido utilizado el gas mostaza contra un interno, la Sala destacó que la utilización de la fuerza

Paola. “Justicia y experimentalismo”, *op.cit.*

89 Véase también: Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2013-11401, 27 de agosto de 2013; Sentencia No. 2012-007085, 25 de mayo de 2012; y Sentencia No. 2012-00778, 24 de enero de 2012.

en los recintos penales debe ser acorde a la dignidad humana:

[...] El personal de seguridad penitenciario debe enfrentar la difícil tarea de garantizar el orden institucional con personas que, a menudo demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales, en un medio que es esencialmente violento: el encierro de los seres humanos. No obstante, en cualquier circunstancia, las prácticas de contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad se aplican gases mostaza u otros tóxicos como el gas CN, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹⁰.

La Sala concluyó –aplicando la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura– que la utilización del gas mostaza en este caso había constituido una forma de tortura. Con el objeto de evitar la repetición de estas conductas, dispuso la capacitación del personal penitenciario:

Se declara con lugar el recurso, por vulneración de la dignidad humana y los derechos fundamentales del amparado a la salud y no ser objeto de tratamientos crueles y degradantes; cualquier utilización del gas mostaza (mostaza azufrada) contra una persona y, en particular, su uso para reducir a impotencia a un privado de libertad es violatorio del Derecho de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos; el uso del gas CN es igualmente violatorio de los derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, se ordena al DIRECTOR GENERAL DEL C.A.I. LA REFORMA, Rodolfo Ledezma Ramírez, y al DIRECTOR DEL

90 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 3684-06, 22 de marzo de 2006, considerando 4.

AMBITO DE MÁXIMA SEGURIDAD DE ESE CENTRO, Carlos Benavides Barrantes, o a quienes ejerzan sus cargos, que dispongan lo pertinente a fin de que en ningún caso sean utilizados los gases mostaza y CN y cualquier otro que tenga iguales o similares efectos sobre las personas, en ese centro penitenciario; además, deberán brindar **educación al personal de seguridad del centro penitenciario en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos**. Todo lo anterior, bajo el apercibimiento de que el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados por los hechos que han dado lugar a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.- Testimóniense piezas al Ministerio Público para lo de su cargo [...] ⁹¹.

Debemos recordar que la capacitación a funcionarios públicos, como garantía de no repetición, es una de las formas de reparación que reiteradamente ha dictado la Corte IDH en casos similares⁹².

Llama la atención, asimismo, la advertencia que realiza la Sala Constitucional respecto a las consecuencias personales que puede tener para los funcionarios públicos el incumplimiento de las medidas decretadas por la Sala. Esta es una perspectiva que debe explorarse en los casos en que existan sanciones penales al incumplimiento de obligaciones impuestas judicialmente.

91 *Ibidem*, considerando resolutivo. El destacado es original.

92 Véase, por ejemplo: Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros, párr. 173 y Caso Fleury, párr. 129.

Respecto a la situación de hacinamiento en las cárceles costarricenses, la Sala Constitucional se ha manifestado en diversas ocasiones ordenando a las autoridades a tomar medidas para eliminar el hacinamiento crítico⁹³, destacando que la falta de recursos económicos no constituye una excusa para no garantizar los derechos de las personas privadas de libertad:

Es importante aclarar a las autoridades recurridas que la falta de recursos económicos no justifica la existencia de una situación como la descrita, en donde la lesión de los derechos fundamentales de los privados de libertad se ha vuelto permanente. Sin lugar a dudas, las autoridades penitenciarias debieron prever un crecimiento, tanto de la población en general como de la criminalidad, de tal forma que tomaran, con tiempo, las medidas para evitar la problemática tantas veces reiterada. Así las cosas, lo procedente es ordenar que de inmediato se adopten las medidas pertinentes para eliminar el hacinamiento crítico en el Ámbito de Convivencia D del Centro de Atención Institucional La Reforma, hasta llegar a su capacidad real⁹⁴.

Sin embargo, pese a los reiterados pronunciamientos de la Sala Constitucional en la materia, los amparos sobre hacinamiento carcelario siguen siendo objeto de constante revisión por parte de la Sala. En ese sentido, en la sentencia reseñada, el Ministro Armijo sostuvo que –en atención a los precedentes existentes en la materia– era necesario además ordenar al Ministro de Hacienda “no efectuar recortes en el presupuesto de la Dirección General de Adaptación Social, hasta que se solucionen los graves

93 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 011464-2011, 26 de agosto de 2011; Sentencia No. 2011-008906, 5 de julio del 2011; Sentencia No. 2011-017237, 16 de diciembre del 2011 y; Sentencia No. 2012-01075, 27 de enero de 2012.

94 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2012-12715, 12 de septiembre de 2012, párr.6.

problemas del sistema penitenciario que implican violaciones a los derechos humanos de los privados de libertad”⁹⁵. Sobre la materia, Armijo indica que pese a los esfuerzos de la Sala Constitucional el sistema penitenciario se encuentra colapsado y que las órdenes dadas a la Dirección General de Adaptación Social no se han llevado a cabo en atención a la falta de contenido presupuestario y demás limitaciones impuestas por el Ministerio de Hacienda⁹⁶.

Esta situación plantea la interrogante respecto a la efectividad de las medidas dictadas en estos contextos. Si las medidas no se pueden ejecutar por el órgano directamente aludido por la sentencia en atención a las limitaciones económicas o de ejecución que se imponen desde la administración central, las medidas dispuestas se tornan ineficaces. Por ello Armijo justifica la adopción de medidas más fuertes, como la obligación de no efectuar recortes presupuestarios.

En el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, las medidas estructurales no solo se han extendido a la situación del hacinamiento carcelario, sino también a otros aspectos, como derechos políticos⁹⁷ y derechos de las personas LGTBI⁹⁸.

95 *Ibidem*, voto salvado Ministro Sr. Gilbert Armijo.

96 Armijo, Gilbert. “Comentario de jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de las personas privadas de libertad”. En: Bazán, Víctor y Nash, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Universidad del Rosario [en prensa].

97 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 1717-94, 8 de abril de 1994.

98 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2011-13800, 12 de octubre de 2013.

b. Pueblos indígenas

Las materias resueltas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica son diversas⁹⁹. Siguiendo la tendencia de otros tribunales de la región, destaca la jurisprudencia en materia de tierras, territorio y consulta previa. Sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la Sala ha indicado:

En ese sentido, la Constitución Política, si bien no contiene un estatuto específico respecto de los derechos de las comunidades autóctonas, de su sistema (en especial de las normas contenidas en los artículos 28, 33, 50 y 74) es posible colegir un principio de reconocimiento de tales prerrogativas, basado en la idea de respeto y protección estatales, como deberes ante las comunidades indígenas, velando por la preservación de su cultura y al mismo tiempo el acceso de sus integrantes a los frutos que el desarrollo nacional produce. Lo anterior es reafirmado por el numeral 76 constitucional, que expresamente plantea imponer al Estado el deber de mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas. Así puede la Sala partir como premisa del reconocimiento constitucional hecho a favor de la identidad cultural y protección de los pueblos indígenas que habitan el país. El Derecho Internacional, por su parte, ha sido profuso en el reconocimiento de derechos de estas comunidades, destacando en ese sentido lo establecido en los siguientes instrumentos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 2.1, 7, 17.1 y 27), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (27), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.1 y 2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2, 13 y 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (24 y 26). En forma concreta, ha

99 “Un estudio sobre la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas”, en: IIDH. Costa Rica. *Resoluciones sobre pueblos indígenas 2000-2006*. San José, IIDH.

sido la Organización Internacional del Trabajo la que ha generado la regulación más específica respecto de los derechos de los pueblos indígenas [...]¹⁰⁰.

Conforme a este bloque constitucional que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y que incluye los instrumentos internacionales, la Sala ha reconocido ciertos derechos específicos a las comunidades indígenas:

Entre los derechos que se ha reconocido a las comunidades indígenas está el de que, a fin de que defiendan el entorno natural de sus tierras, se les consulte en los procedimientos relativos a ellas o que de alguna forma puedan afectar su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida, pues de lo contrario se quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política) [...] En ese orden de ideas, cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas, y debe informárseles sobre cualquier solicitud de aprovechamiento, aún cuando se trate de recursos naturales en propiedad privada [...]¹⁰¹.

Este reconocimiento ha implicado que en algunos casos la Sala Constitucional le haya ordenado al Estado demarcar tierras indígenas y, en otros, iniciar procesos de consulta previa conforme a los estándares fijados por el Convenio 169 de la OIT. Sobre la demarcación de la tierra indígena, en el Caso de la comunidad Boruca-Térraba, la Sala destaca la omisión en que había incurrido el Estado y ordena a este a tomar las medidas correspondientes para garantizar el derecho a la propiedad comunal indígena:

100 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2004-09931, 3 de septiembre de 2004.

101 Ídem.

No cabe duda, por ende, que el Estado costarricense ha reconocido en forma amplia los derechos que corresponden a los grupos indígenas que habitan el país. Lo mismo se puede decir respecto del específico derecho de propiedad comunal que corresponde a tales comunidades en razón de su pertenencia tradicional. Los grupos de personas pertenecientes a las comunidades autóctonas tienen el derecho de vivir en las tierras donde históricamente han estado asentados, y el Estado debe garantizar plenamente el disfrute de este derecho fundamental. Para ello, la legislación nacional dispuso el traspaso registral de tales tierras a las respectivas comunidades indígenas (Ley número 6172, artículo 9°, antes transcrito), imponiéndose al Instituto de Desarrollo Agrario el deber de proceder a efectuar todos los trámites necesarios a fin de garantizar la efectiva verificación de dicho traspaso [...].

Así las cosas, estima la Sala que la actuación del Instituto de Desarrollo Agrario ha sido omisa, pues en vez de actuar de conformidad con el orden de fuentes disciplinado en el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública y ordenar el levantamiento de campo de los planos respectivos, simplemente asumió una posición pasiva ante el rechazo de los primeros planos realizado por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Es por lo anterior que este tribunal entiende que la actuación del Instituto recurrido ha lesionado los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en cuestión, razón por la cual el presente recurso de amparo deberá ser declarado con lugar, ordenando al Instituto de Desarrollo Agrario iniciar de inmediato los trámites necesarios para **realizar los levantamientos topográficos necesarios para traspasar (registralmente) a las comunidades indígenas correspondientes, los terrenos pertenecientes a la reserva Boruca-Térraba**. Dichos planos deberán estar concluidos a más tardar seis meses después de la notificación de esta sentencia¹⁰².

102 Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia No. 2002-03468, 16 de abril de 2002. El destacado es nuestro.

En el mismo sentido que la jurisprudencia interamericana en el Caso Awas Tingni¹⁰³, la Sala reconoce en este caso la necesidad de demarcación de las tierras indígenas, con el objeto de que las comunidades puedan usar y gozar sus bienes; fija la violación de derechos en la omisión por parte de las autoridades encargadas de este proceso, y dispone medidas para efectivizar esta obligación de actuación.

Pese a estos avances, llama la atención la falta de argumentación de la Sala Constitucional respecto a la disposición de otro tipo de medidas que puedan facilitar la inscripción y demarcación de tierras, considerando que la falta de garantía del territorio indígena es una cuestión generalizada en Costa Rica.

Un aspecto novedoso en la jurisprudencia costarricense, son las resoluciones que se refieren a los derechos económicos sociales y culturales de las comunidades indígenas. Recientemente la Sala Constitucional, a través de una acción de amparo, ordenó a la autoridad construir un acueducto, para garantizar el derecho al agua a una comunidad indígena. La Sala se refiere a las obligaciones estatales en la materia y a las necesidades especiales de la comunidad indígena en atención a su carácter de grupo vulnerable:

Uno de los servicios públicos de mayor relevancia, es el del suministro de agua potable, pues la relación que el mismo tiene con la protección del derecho a la salud y a la vida de las personas, es incuestionable. De este modo, existe una obligación por parte del Estado de garantizar la pureza del líquido para consumo humano, así como la continuidad en el suministro de éste, como elementos esenciales de la prestación del servicio público, todo ello con el fin de proteger la integridad de los usuarios.

[...] se tiene que en el sitio no existe una red de suministro

103 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 153.

de agua potable, ya sea por medio de tanques cisternas o fuente pública, y mucho menos se ha construido un acueducto que permita tal abastecimiento del líquido fundamental para la vida. Lo anterior, constituye, sin lugar, a dudas una lesión a los derechos de los habitantes de las zonas mencionadas, toda vez que se encuentra de por medio el disfrute de un elemento fundamental para garantizar la salud de las personas, como es el agua potable, más si se toma en cuenta que se está ante un grupo vulnerable, como son las poblaciones indígenas, a quienes generalmente les es más dificultoso poder enfrentar este tipo de situaciones. Por ello, estima esta Sala que la Institución recurrida debe de tener claro que como se indicó supra, el agua es un bien esencial para el mantenimiento de la salud y la vida, razón por la cual no resulta legítimo desatender este servicio público que resulta imperioso para el consumo humano, al extremo que las poblaciones indígenas que interesa ni siquiera lo reciben. En virtud de lo expuesto, no cabe otra cosa que proceder a estimar el presente recurso, como en efecto se dispone¹⁰⁴.

En atención a lo señalado, la Sala ordena:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Yesenia Calderón Solano y a Eduardo Lezama Fernández, en su condición de Presidenta Ejecutiva y Subgerente General del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quienes ejerzan esos cargos, girar de inmediato las órdenes que estén dentro del ámbito de sus competencias para que en el plazo de siete días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, se le suministre a las comunidades de San Vicente, Sibuju y San Miguel, ubicadas en el territorio indígena Cabécar de Talamanca, el servicio de agua potable, ya sea por medio de camiones cisternas, fuente pública o cualquier otro sistema. Lo anterior bajo apercibimiento que, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la

104 Sala Constitucional Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia No. 2014-06065, 9 de mayo de 2014, considerandos 3 y 4.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo, y no la cumpliere o hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese, en forma personal, a Yesenia Calderón Solano y a Eduardo Lezama Fernández, en su condición de Presidenta Ejecutiva y Subgerente General del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quienes ejerzan esos cargos¹⁰⁵.

En este caso la medida restituye los derechos afectados a través de la disposición de una medida urgente, pero respecto de una comunidad aledaña, la Sala va más allá y ordena remedios que tienen efectos futuros, como la construcción de un pozo que suministre de manera permanente agua potable:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Yesenia Calderón Solano, en su condición de Presidenta Ejecutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, o a quien ejerza el cargo, girar de inmediato las órdenes que estén dentro del ámbito de sus competencias para que: a) se ejecuten, en el plazo máximo de seis meses, contado a partir de la comunicación de esta sentencia, las acciones pertinentes a fin de se concluyan los estudios técnicos que determinen la ubicación del sitio más idóneo para llevar a cabo la construcción del pozo que permita suministrar agua potable a la comunidad de Gavilán, poblado ubicado dentro del territorio indígena Cabécar de Taynín en el Valle de la Estrella y b) que en el plazo de siete días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, se le proporcione al poblado referido el

105 *Ibidem*, punto resolutivo.

suministro de agua potable, ya sea por medio de camiones cisternas, fuente pública o cualquier otro sistema [...] ¹⁰⁶.

Esta resolución da cuenta de las posibilidades que tiene la magistratura constitucional de garantizar efectivamente los derechos a la vida e integridad física a través de la disposición de dos tipos de medidas: una de carácter urgente para remediar la situación concreta y una de carácter más amplio, que otorga una solución permanente y futura para toda la comunidad.

2.5 México

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y la nueva ley de amparo en México han dado una fuerza dinamizadora a la jurisprudencia en materia de derechos humanos y de protección de grupos en situación de discriminación. La inclusión de la jurisprudencia de la Corte IDH como vinculante para los jueces y juezas, y la adopción del principio pro persona a nivel constitucional han favorecido interpretaciones más protectoras de los derechos fundamentales ¹⁰⁷. Veremos a continuación cómo esta tendencia se ha concretizado en el caso de los derechos de los pueblos indígenas.

En esta materia, destacan las resoluciones de la SCJN materia de acceso a la justicia. Uno los aspectos que ha sido particularmente destacado por la Corte IDH en varias de sus sentencias condenatorias respecto de México, es la falta de garantía del acceso a la justicia de los pueblos indígenas ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ibidem*, punto resolutivo.

¹⁰⁷ Sobre la materia, véanse: *Boletines de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* N° 1 y N°2, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.

¹⁰⁸ Véase por ejemplo, lo que señaló la Corte IDH en el caso Rosendo Cantú: “La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando

En la tesis de jurisprudencia 60/2013¹⁰⁹ la SCJN se hace cargo de esta problemática e indicó las medidas especiales que debe tomar el Estado para garantizar el acceso a la justicia de las personas indígenas, considerando sus particularidades culturales:

PERSONAS INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉRPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA. Cuando personas indígenas están vinculadas en un proceso del orden penal, el estándar para analizar si existió acceso pleno a la jurisdicción del Estado no es igual al que aplica en cualquier proceso judicial, pues sus especificidades culturales obligan a todas las autoridades a implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades. En ese sentido, el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra a favor de aquéllas

presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poder poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a su esposo que hablaba español. Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento”. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra, párr. 185.

109 Derivada de: amparo directo 50/2012 de 28 de noviembre de 2012; amparo directo 47/2011 de 28 de noviembre de 2012; amparo en revisión 450/2012 de 28 de noviembre de 2012, amparo directo 59/2011 de 28 de noviembre de 2012 y amparo directo 54/2011 de 30 de enero de 2013.

el derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Además, establece que: "... tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura", lo cual constituye un mecanismo óptimo para una defensa adecuada y, por tanto, el pleno acceso a la justicia en favor de este sector históricamente vulnerable, así como la mejor manera de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten determinadas minorías culturales. Ahora bien, la citada porción normativa que prevé el derecho fundamental a que la persona indígena sea asistida por 'intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura', no debe interpretarse en su sentido literal copulativo, ya que el derecho a la defensa adecuada en favor de aquélla no implica que ambas figuras – defensor e intérprete– necesariamente deban conocer la lengua y cultura de la persona a quien representan, pues el único obligado a ello directamente es el intérprete; circunstancia con la cual se logra erradicar el problema lingüístico que padecen estas personas sujetas a proceso penal, atendiendo a que cuentan con el derecho a expresarse en su lengua materna y no en la obligación de hablar otra que les es ajena. Por lo que toca a la figura del defensor –de oficio o privado–, éste no necesariamente deberá contar con conocimiento de la lengua y cultura del indígena, al no ser indispensable tal cualidad en su persona, dado que el inculpado podrá ser escuchado y se hará sabedor de sus derechos a través del intérprete; máxime cuando la designación de defensor efectuada por la persona indígena, en términos del artículo 20, inciso a), fracción IX, constitucional, implica un derecho fundamental.

En la misma línea que la Corte IDH, la SCJN fundamenta la adopción de medidas especiales, considerando los factores de desigualdad que afectan a las comunidades indígenas:

[...] es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a las colectividades indígenas, en condiciones de igualdad real con respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales.

Por tanto, los órganos del Estado deben proveer las medidas de corrección o compensación necesarias para asegurar a los sujetos indígenas, que sufren desigualdades de hecho, su acceso a los derechos fundamentales¹¹⁰.

En el amparo 450/2012, del que deriva la tesis de jurisprudencia precedente, la SCJN indicó que la interpretación que otorga la Corte respecto a la adopción de medidas especiales para el acceso a la justicia, implica profundas transformaciones al sistema de justicia, señalando detalladamente todos los cambios que se deben impulsar:

Ahora bien, esta Primera Sala entiende que el presente pronunciamiento debe tener el efecto de cambiar muchas de las prácticas procesales que aún se mantienen vigentes. Implica, además, el diseño y fortalecimiento de instituciones de defensoría pública que instruyan en el conocimiento de lenguas y cultura indígenas [...] se deberán generar los convenios

110 Primera Sala SCJN. Amparo en revisión 450/2012 de 28 de noviembre de 2012.

interinstitucionales, sobre muchos temas, como pueden ser el aprovechamiento de tecnologías, la capacitación del personal, la logística de traslados de defensores e intérpretes, la certificación de los mismos, etc. Así como de generar las políticas públicas que sean necesarias para tal efecto.

Este cambio, estructural sin duda, es sólo una consecuencia obligada a partir de lo dispuesto en el artículo 2º, apartado A, fracción VIII, de la Constitución. A juicio de esta Sala, es necesario que los tres órdenes de gobierno incurran, dentro del ámbito de sus competencias, en el costo que implica crear y fortalecer esas instituciones; no existe otro camino constitucionalmente admisible si lo que se quiere es procesar, con las debidas formalidades, a las personas indígenas acusadas de cometer un delito.

Es necesario que en cooperación con las instancias competentes, se instrumenten mecanismos para eliminar prácticas de discriminación, sensibilizar y profesionalizar a los operadores del sistema judicial en particular, defensores de oficio, peritos culturales, intérpretes y traductores en materia de derechos indígenas, evitar la subutilización de los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales en materia indígena en las estrategias de defensa, y aprovechar al máximo los recursos tecnológicos entre otras medidas, con el objetivo de que el reconocimiento jurídico de los derechos procesales de los indígenas, señalados en el artículo 2º Constitucional y en el Convenio 169, tenga una correspondencia con el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales justos, equitativos, apegados a derecho y que reflejen la diversidad cultural y jurídica de nuestro país.

Así mismo, el Instituto de la Judicatura Federal, en el ámbito de sus atribuciones de investigación y colaboración institucional, deberá impulsar la investigación y el conocimiento de los sistemas

normativos indígenas, a efecto de que el Poder Judicial pueda identificar y proponer a los poderes legislativos federal y estatales mecanismos y modelos viables para articular los ámbitos competenciales que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga a los pueblos y comunidades indígenas con el sistema de impartición de justicia¹¹¹.

Si bien la SCJN realiza esta argumentación en la parte considerativa de la sentencia¹¹², señala expresamente que su pronunciamiento y las tesis que derivan con posterioridad, deberán tener el efecto de producir las transformaciones reseñadas. La SCJN entiende que la efectividad del planteamiento de acceso a la justicia requiere necesariamente de la coordinación de diversos actores del Estado y de políticas que tengan por objeto realizar cambios estructurales al sistema de justicia. El tribunal argumenta la necesidad de las transformaciones en las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado y que suponen reconocer las particularidades de quienes son llevados a la justicia.

Una de las manifestaciones concretas de este enfoque transformador, es el diseño de un “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas”¹¹³, que tiene por objeto guiar a los operadores de justicia conforme a las obligaciones internacionales y constitucionales del Estado en la materia. La SCJN, al justificar el diseño del protocolo indica

111 dem.

112 En la parte resolutive deja sin efecto el proceso que había sido llevado a cabo sin las garantías de acceso a la justicia en condiciones de igualdad respecto de una persona indígena.

113 SCJN. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personal, comunidades y pueblos indígenas. México D.F., 2014.

que el “reconocimiento de los derechos indígenas, coloca a las y los juzgadores ante la necesidad de que existan interpretaciones judiciales que rebasen la visión formalista y que permitan que el sistema jurídico vigente responda desde un lenguaje de derechos, a viejos problemas de falta de acceso de las y los indígenas a la justicia que imparte el Estado”¹¹⁴.

La sentencia de la SCJN aumenta su potencial transformador cuando su argumentación se transforma en tesis de jurisprudencia, como en el presente caso.

2.6 Conclusiones sobre experiencias comparadas de tutela judicial

Del análisis de la jurisprudencia reseñada en materia de tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y pueblos indígenas, encontramos diversos aspectos que son comunes en la aproximación de la justicia constitucional.

En las características comunes de la jurisprudencia constitucional, destaca la incorporación transversal del DIDH en la argumentación jurídica. Los tribunales han dejado de considerar al DIDH como un elemento normativo más a aplicar, y ha pasado a ser en la mayoría de los casos, la base normativa más relevante para resolver los conflictos. Esta inclusión permite ampliar la base normativa, interpretar las normas nacionales conforme a las obligaciones internacionales del Estado y, en definitiva, hacer más efectiva la protección, evitando al Estado incurrir en responsabilidad internacional. Esta aproximación es relevante, sobre todo en aquellos países en que no existe regulación especial de protección para grupos vulnerables o discriminados, o aquella legislación es incompleta o deficiente.

114 *Ibidem*, p. 9.

Otro aspecto central en la argumentación de las cortes nacionales con jurisdicción constitucional estudiadas, es la consideración del contexto en que se producen las violaciones y las particularidades del titular del derecho. En el caso de las personas privadas de libertad, estas cortes destacan la especial relación de sujeción que tienen los reclusos respecto del Estado y, en el caso de las comunidades indígenas, se destaca constantemente la necesidad de adopción de medidas especiales en atención a sus particularidades culturales y que requieren una relectura a la forma tradicional de entender los derechos.

Finalmente, destaca la disposición de medidas –en el contexto de acciones de tutela de derechos fundamentales– que tienen por objeto hacer cesar la violación, pero también con un enfoque preventivo y transformador de la realidad. Los remedios estructurales comienzan a transformarse en una tendencia jurisprudencial en la región. La argumentación de las cortes, en este ámbito, justifica la adopción de este tipo de medidas en el contexto en que se producen las violaciones, en la eficacia preventiva que pueden tener estas medidas y en las obligaciones del Estado en la materia. Para la adopción de este tipo de remedios, se visualiza una noción sustantiva y no meramente formal del derecho a la igualdad, cuando –por ejemplo– la SCJN indica que “es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a las colectividades indígenas, en condiciones de igualdad real con respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales”¹¹⁵.

115 Primera Sala SCJN. Amparo en revisión 450/2012, 28 de noviembre de 2012.

3. Desafíos comunes a sentencias estructurales

La respuesta de la Corte IDH frente a los casos de violaciones estructurales tiene semejanzas evidentes con la respuesta nacional, particularmente, con la respuesta de la Corte Constitucional Colombiana.

En primer lugar, en ambos casos estamos ante un esfuerzo sistemático de las instancias jurisdiccionales por hacerse cargo de los elementos de fondo que producen las violaciones que han llegado a su conocimiento vía casos aislados. En segundo lugar, en ambas instancias jurisdiccionales se busca generar condiciones mínimas de igualdad que permitan un pleno goce y ejercicio de derechos; de ahí que el principio de no discriminación sea un elemento relevante en ambas sedes jurisdiccionales. En tercer lugar, en ambos casos se hace una interpretación de los derechos y libertades conculcados como una consecuencia de la falta de respuesta eficaz por parte de las autoridades estatales a cargo de dar respuesta ante estos hechos. De ahí que en ambas sedes cobra especial relevancia adoptar medidas que movilicen a los poderes del Estado (medidas complejas en Corte Constitucional y garantías de no repetición en la Corte Interamericana). En cuarto lugar, en ambos casos ha sido esencial el establecimiento de medidas de seguimiento de las instrucciones que se dan para su ejecución por distintas autoridades estatales. En quinto y último lugar, en ambas instancias jurisdiccionales hay una fuerte convicción de que no existen otras alternativas a las cuales puedan recurrir las víctimas.

Pero también, ambas experiencias dan cuenta de ciertos aspectos comunes en términos de desafíos y que son relevantes de analizar a la hora de determinar los parámetros bajo los cuales vamos a analizar la legitimidad de la respuesta constitucional.

El desafío de la efectividad: En gran parte de la jurisprudencia analizada se constata la existencia de críticas hacia la efectividad de las resoluciones, por la falta de implementación de las medidas dispuestas. En algunos casos, la crítica apunta a la inexistencia de mecanismos de seguimiento de las decisiones adoptadas, mientras que en otros (pese a la existencia de estos mecanismos) es la falta de recursos o la inexistencia de voluntad política para llevar a cabo los cambios donde se genera el problema. Por ello afirmo que tan relevante como la argumentación que desarrollen las cortes y las medidas que dispongan, es la generación de mecanismos de seguimiento. En este ámbito, una experiencia positiva son los “autos de seguimiento” de la Corte Constitucional Colombiana, que permiten adoptar medidas después de la dictación de la sentencia, con el objeto de concretizar y actualizar las órdenes dictadas. Por su parte, la falta de implementación de las órdenes dictadas abre el debate acerca de las relaciones entre el Poder Judicial y el resto de las autoridades públicas y la generación de mecanismos de diálogo y entendimiento para favorecer la cooperación. En ese sentido, deben explorarse alternativas como las de Argentina y la creación de mesas de diálogo para facilitar la implementación de las medidas. Los remedios experimentales, que permiten la participación de actores de la sociedad civil y el Estado en la creación y seguimiento de las órdenes dictadas por el tribunal, son un buen mecanismo para afianzar la efectividad.

¿Cómo medimos el cumplimiento? Uno de los desafíos en materia de litigio estructural consiste en contar o generar información para poder diseñar, implementar y evaluar las medidas. Tan relevante como el litigio, es su evaluación. Por ello, íntimamente ligado con la eficacia, está el diseño de mecanismos de evaluación del nivel de cumplimiento. La creación de indicadores de satisfacción, está dentro de los desafíos en la materia¹¹⁶.

116 Sobre el asunto, véase: Filippini, Leonardo. *La ejecución del fallo Verbitsky*, *op.cit.*, pp. 148-175.

¿Hasta dónde? Una pregunta que se encuentra presente en el análisis de casos de litigio estructural, es hasta dónde las Cortes pueden legítimamente disponer medidas que inciden en políticas públicas. Un aspecto común de la jurisprudencia analizada, es que las medidas dispuestas por las Cortes implican la disposición de recursos económicos y el actuar coordinado de diversas autoridades públicas. Sin embargo, el nivel de detalle con que se realiza la “orden” a la autoridad pública es variable. Mientras en Colombia la Corte Constitucional precisa de manera detallada la manera de llevar a cabo la política pública; en el caso de Argentina, la Corte indica que solo se puede limitar a constatar la infracción y decretar la medida, pero no especifica su forma de ejecución. Si bien entregar una respuesta acerca de la legitimidad de la intervención judicial desde la perspectiva del orden constitucional excede el contenido de este trabajo, puedo señalar que en la propia jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los sistemas constitucionales y del internacional se pueden extraer algunos criterios generales para determinar la legitimidad de dicha respuesta dentro de una sociedad democrática regida constitucionalmente. Por ejemplo, en el caso de Colombia la Corte Constitucional justifica en los siguientes términos su intervención:

Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos

asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia¹¹⁷.

Lo central en la figura del “estado de cosas inconstitucional” es que la Corte Constitucional instruye a otros poderes a cumplir con sus funciones, esto es, activa la actuación de los poderes del Estado, articulando una respuesta desde la Constitución –en cuanto instrumento normativo y no meramente programático– frente a situaciones especialmente complejas en cuanto a su solución. En esto es vital tener en consideración que la Corte sólo actúa frente a situaciones especialmente complejas donde concurren una serie de elementos, siendo el central la afectación de derechos fundamentales por la inoperancia de las instituciones del Estado, obligando constitucionalmente a dar solución a la situación de base que provoca o permite dichas violaciones.

En este sentido, la Corte ha señalado que una vez que ha determinado las falencias de la acción estatal frente a una cierta violación de derechos, es necesario tener claro que no todas estas materias son de su competencia y, por tanto, no puede suplir las competencias de otros órganos. Sin embargo, la Corte señala en un caso concreto que está en condiciones de adoptar “correctivos” encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados y a superar “falencias estructurales” que comprometan a diversas instituciones y órganos del Estado¹¹⁸.

117 Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2005, numeral 10.1.

118 “En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática,

En el caso de las medidas de garantía de no repetición, que dicta la Corte IDH, estas también tienen un claro sustento normativo (artículos 1.1., 2, 29, 62 y 63.1) en la Convención Americana. Además, estas medidas han sido validadas por la práctica de los Estados¹¹⁹.

Las sentencias estructurales y las medidas de garantía de no repetición, se basan fundamentalmente en situaciones en que las autoridades no han desarrollado las actividades necesarias para evitar las violaciones de derechos humanos, esto es, no se han tomado las medidas de respeto, garantía y no discriminación a las que estaban obligados. De ahí que las medidas complejas a las que hemos hecho referencia dicen relación, precisamente, con movilizar el aparato estatal hacia el cumplimiento de sus compromisos constitucionales e internacionales.

Este es, sin duda, uno de los desafíos de los sistemas de justicia constitucional y de protección internacional de derechos humanos: ¿cómo generar la mejor forma para activar y redireccionar la actividad del Estado hacia el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos?

la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado”. Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2004, numeral 6.3.1.4.

119 Nash, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007.

4. Reflexiones finales

La respuesta jurisdiccional que se ha dado a las violaciones estructurales en el ámbito internacional y nacional comparte ciertos aspectos comunes: existe una consideración del contexto en que se produce la violación y de las particularidades del titular del derecho (casos de privados de libertad y pueblos indígenas); en ambos casos se aborda el problema desde la perspectiva de una visión sustantiva de la igualdad, para generar condiciones mínimas para el goce y ejercicio de los derechos humanos; dado el contexto se adoptan medidas que tienen por objeto transformar las condiciones que permiten las violaciones (culturales, institucionales, económicas o legales), a través de las garantías de no repetición (en el caso de la Corte IDH) o mediante “remedios” estructurales (en el caso de las cortes nacionales). Finalmente, en ambas sedes jurisdiccionales se crean estrategias de seguimiento de las resoluciones, para velar por su efectiva implementación.

Pese a estos avances, hay tres materias que han estado alejadas del debate y que requieren de solución y profundización. La efectividad de la implementación de las sentencias estructurales, cómo darles seguimiento y la definición de los límites. El peligro de no dar respuesta a estas preguntas recae en que la justicia constitucional se transforme en una solución vacía al no solo estar cuestionada desde el punto de vista de su legitimidad, sino también de su efectividad. La articulación entre los diversos poderes públicos está en la base de los desafíos en la materia. En efecto, como hemos visto, la actuación del Estado debe ser coordinada a distintos niveles para que haya una respuesta efectiva. De ahí que este no puede ser un tema que se resuelva ni con una orden de autoridad, ni con una sentencia (nacional o internacional), ni con una política pública o legislación aisladas. Hacerse cargo de estas violaciones requiere de una actuación coordinada y que involucre a distintas autoridades estatales.

Avanzando en estos tres ámbitos, la función de la tutela judicial para la protección de grupos en situación de discriminación y que sufren violaciones estructurales, se transforma en una gran herramienta de cambio social.

El status jurídico de defensores y defensoras de derechos humanos

*Alan Diego Vogelfanger**

Introducción

Una visión optimista afirmaría que, por suerte, existen muchas personas en el mundo que se dedican a defender los derechos humanos. Una posición más pesimista se lamentaría porque la cantidad no es suficiente y porque se necesitarían más individuos abocados a esta tarea. En cualquier caso, probablemente ninguna de las dos posturas pueda negar, quizás, lo más terrible de esta labor: en muchos lugares, la defensa de los derechos humanos es una actividad de riesgo, que puede redundar en intimidaciones, arrestos, torturas y homicidios.

Lamentablemente, los ejemplos abundan: desde amenazas a activistas por los derechos LGBT en Polonia¹, pasando por detenciones a personas que celebraban el Día de los Derechos Humanos en Camboya² hasta asesinatos de defensores de los

* Abogado argentino. Asesor parlamentario en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y miembro del Plenario del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Ex Visitante Profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Integrante de proyectos de investigación y representante de la UBA en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, en el Concurso Jean Pictet sobre Derecho Internacional Humanitario y en el Concurso de simulación en Derecho Internacional Philip C. Jessup.

1 *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Informe de la Representante Especial de la Secretaría General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Hina Jilani*, A/HRC/4/37/Add.1, 27 de marzo de 2007, párr. 560.

2 *Ibidem*, párr. 104.

derechos de los pueblos originarios en Brasil³, los ataques son sumamente variados. En este sentido, el actual Relator Especial de la Organización de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos explicó que “las amenazas de que son objeto los defensores son multiformes (físicas, psicológicas, económicas y sociales), responden a múltiples factores (mala gobernanza o ausencia de Estado de Derecho, aumento de las intolerancias y fundamentalismos religiosos, y tensiones sobre los desafíos del desarrollo) y proceden de una pluralidad de actores (políticos, económicos, religiosos, estatales o privados)”⁴. Más aún, destacó que “algunos defensores sufren amenazas en razón de su identidad (por ejemplo, las mujeres, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, los integrantes de los pueblos indígenas o los defensores de las personas con albinismo); otros en razón de los temas en los que trabajan (lucha contra la corrupción, defensa del medio ambiente) o de un contexto especialmente delicado (defensores que actúan en zonas de conflicto o que salen de un conflicto)”⁵.

Si bien la comunidad internacional ha aceptado y es consciente de esta situación, aún no está claro cuál es el *status* jurídico de los defensores y defensoras de derechos humanos. ¿Se puede hablar de un derecho autónomo a defender derechos humanos? ¿O quienes se dedican a esta causa son parte de un grupo en situación de vulnerabilidad que cuenta con una protección reforzada hacia sus propios derechos a la libertad de expresión, de reunión y de asociación, más su derecho a la vida, integridad personal y libertad ambulatoria? En otras palabras, ¿se debe hablar del derecho a defender derechos humanos o de

3 *Ibidem*, párr. 86.

4 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Situación de los defensores de los derechos humanos*, A/70/217, 30 de julio de 2015, párr. 36.

5 *Ibidem*, párr. 56.

los derechos de quienes defienden los derechos humanos? Y más aún, ¿pueden convivir ambas posturas o son necesariamente excluyentes?

El propósito del presente artículo es relevar las prácticas más trascendentes en el derecho internacional vinculadas a defensores y defensoras de derechos humanos, en la búsqueda de unificar criterios y a fin de brindar una mayor claridad conceptual en la materia. Esto, en definitiva, redundará en una protección más eficaz para este grupo de personas.

En primer lugar, por cuestiones metodológicas, se procederá a definir los términos de “defensor y defensora de derechos humanos” así como de “grupo en situación de vulnerabilidad”. En segundo lugar, se hará un recorrido por el tratamiento que ha recibido este tema en los distintos órganos de Naciones Unidas, para continuar con un análisis de las posturas adoptadas por los sistemas regionales de protección de derechos humanos, tanto interamericano como europeo y africano. Finalmente, se expondrán las conclusiones.

De qué hablamos cuando nos referimos a “defensores y defensoras de derechos humanos”

La pertenencia a la categoría de defensor o defensora de derechos humanos es una cuestión puramente objetiva y no requiere del reconocimiento expreso de ninguna autoridad ni de la membresía de ningún organismo. Margaret Sekaggya (Uganda), primera Relatora Especial sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos de la ONU, afirmó en su primer informe que “los defensores y defensoras de derechos humanos son aquellas personas que, individualmente o junto a otras, actúan para promover y proteger derechos

humanos. Son sus actividades en la defensa de los derechos humanos lo que los hace defensores y defensoras de derechos humanos”⁶. Más recientemente, el actual Relator coincidió en que “aquellas personas que promueven y defienden derechos humanos son *ipso facto* defensores y defensoras, incluso si no son miembros de ninguna organización”⁷.

Vale destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) también se hizo eco de este concepto amplio. En el Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, el Tribunal adoptó la definición propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y sostuvo que “toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional, debe ser considerada como defensora de derechos de humanos” e incluyó en este grupo a funcionarias y funcionarios de entidades tales como defensorías del pueblo, procuradurías y fiscalías especializadas en derechos humanos⁸. Posteriormente, ha reiterado que “la calidad de defensor de derechos humanos radica en la labor que se realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público”⁹ y también agregó que las actividades de promoción y

6 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/63/288, 14 de agosto de 2008, Anexo.

7 Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, Michel Forst, A/HRC/28/63, 29 de diciembre de 2014, párr. 103

8 *Cfr.* Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 81 y CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 13.

9 Corte IDH, Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 122.

protección de los derechos humanos “pueden ejercerse de forma intermitente u ocasional, por lo que la calidad de defensora de derechos humanos no constituye necesariamente una condición permanente”¹⁰.

Ahora bien, comprendido el concepto de “defensor y defensora de derechos humanos” corresponde definir, al menos brevemente, qué se entiende por “grupo en condición de vulnerabilidad”. No se pretende aquí dar una respuesta definitiva a un tema sumamente amplio que claramente excede el presente artículo, pero al menos se mencionarán algunos puntos relevantes.

Las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” constituyen uno de los instrumentos que mejor define a esta categoría: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”¹¹. Este documento, elaborado durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, incluye como categorías en condición de vulnerabilidad a niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, integrantes de comunidades indígenas, migrantes, mujeres y personas privadas de su libertad, por ejemplo. Obviamente, el propósito de calificar a estos grupos con este *status* es protegerlos a través de reforzar sus derechos y exigirles a los Estados una particular consideración hacia ellos.

10 Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 129.

11 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008).

Por otra parte, hay quienes sostienen que todos los grupos en condición de vulnerabilidad comparten el hecho de que sus integrantes están expuestos a sufrir discriminación por su pertenencia a dicho colectivo y que se encuentran en una posición más débil que otros individuos en la misma situación¹². En este sentido, también podría definirse a los grupos en condición de vulnerabilidad como aquellos que suelen encontrarse frecuentemente con un trato discriminatorio o que necesitan de una atención o protección especial por parte del Estado para evitar malos tratos¹³. Asimismo, otros indicadores de vulnerabilidad pueden ser la estigmatización, la exclusión social o una mayor dependencia del Estado o de otras personas¹⁴.

De cualquier forma, vale destacar que también puede haber diferentes grados de vulnerabilidad para distintos individuos de un mismo grupo¹⁵. En este sentido, el “test” de vulnerabilidad debe implicar dos niveles, uno colectivo y uno individual; es decir, el foco debe estar en cuáles son las circunstancias que vuelven a ciertos grupos e individuos vulnerables y no en cuáles son específicamente los grupos vulnerables porque si no se corre el riesgo de declarar en igualdad de condiciones a cualquier integrante del grupo, cuando quizás la situación no sea idéntica para todos, lo que puede traer aparejado, paradójicamente, un paternalismo excesivo o una estigmatización completamente

12 Cfr. M. Pare, “Why have street children disappeared? – The role of international human rights law in protecting vulnerable groups”, *The International Journal of Children’s Rights*, Volume 11, Issue 1, 2003, p. 6-7.

13 Cfr. T. S. N. Sastry, *Human Rights of Vulnerable and Disadvantaged Groups - Course Book II*, University of Pune, India, 2012, pág. 11.

14 Cfr. L. Peroni & A. Timmer, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, 2013, p. 14.

15 *Ibidem*, p. 15.

opuesta al empoderamiento que se necesita¹⁶. Por eso, además de entender las causas de la vulnerabilidad de los individuos y grupos de personas dentro del Estado (ya sea debido a un acceso limitado a los derechos y a los servicios o debido a elementos ideológicos, políticos y culturales)¹⁷ también es importante tener en cuenta la exposición particular a presiones variables (ya sean por acciones u omisiones)¹⁸ y los grados diversos de sensibilidad ante la amenaza de violación de sus derechos (dependiente de las condiciones físicas o situaciones sociales)¹⁹.

El derecho a defender derechos humanos. Su impulso desde la Organización de Naciones Unidas

Es cierto que los principales tratados de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, no consagran explícitamente un derecho humano a defender derechos humanos. No obstante, ya desde 1999 existe un instrumento que sí lo reconoce: la “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” (en adelante, Declaración sobre Defensores),

16 *Ibidem*, p. 17-18.

17 *Cfr.* R. Estupiñan-Silva, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, en L. Burgorgue-Larsen, A. Maués y B. Sánchez Mojica (Coordinadores), *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 12.

18 *Ibid.*

19 *Ibidem*, p. 17.

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁰. Allí se establece, en el artículo 1, que “*toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional*”.

Asimismo, este instrumento hace hincapié en otros derechos en particular, como la libertad de reunión y asociación, la libertad de expresión y de manifestación, las garantías judiciales, la educación, etcétera. Por otra parte, con respecto a los “deberes”, vale destacar el artículo 16, que señala: “Los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones pertinentes tienen la importante misión de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en esas esferas con el objeto de fortalecer, entre otras cosas, la comprensión, la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre todos los grupos raciales y religiosos, teniendo en cuenta las diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en las que llevan a cabo sus actividades”.

Más allá de que se pueda objetar el valor no vinculante de esta fuente, la Asamblea General también ha emitido numerosas resoluciones en las cuales ha exhortado a los Estados a promover, aplicar y dar pleno efecto a la Declaración sobre Defensores²¹

20 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999.

21 *Cfr.* Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/62/152, 18 de diciembre de 2007, párr. 1; A/RES/64/163, 18 de diciembre de 2009, párr. 1 y A/RES/66/164, 19 de diciembre de 2011, párr. 1.

y ha reiterado “enérgicamente” el derecho de toda persona a defender, en forma individual y en colaboración con otras, los derechos humanos²².

En abril del 2000, un año después de la adopción de la Declaración sobre Defensores, la antigua Comisión de Derechos Humanos solicitó a la Secretaría General de la ONU que nombrara a un representante especial para que informara sobre “la situación de los defensores de los derechos humanos en todas las partes del mundo y sobre los medios posibles de aumentar su protección en plena conformidad con la Declaración”²³. El pedido fue aceptado y, en 2003, esa misma Comisión le renovó el mandato al Representante Especial que había sido designado y reiteró el llamado a los Estados para promover y dar plenos efectos a la Declaración sobre Defensores²⁴.

En el año 2008, el Consejo de Derechos Humanos – reemplazante de la Comisión– modificó el *status* del Representante Especial y le otorgó carácter de Relator Especial. Entre su mandato se destaca específicamente promover la efectiva implementación de la Declaración sobre Defensores y estudiar las tendencias, la evolución y los problemas en relación con el ejercicio del derecho de toda persona a promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁵.

22 Cfr. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Promoción de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos: protección de las defensoras de los derechos humanos y los defensores de los derechos de la mujer*, A/RES/68/181, 18 de diciembre de 2013. párrs. 1 y 6.

23 Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Resolución 2000/61*, 26 de abril de 2000, párr. 3.

24 Cfr. Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Resolución 2003/64*, 24 de abril de 2003, párr.1.

25 Cfr. Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas,

En su primer informe, la flamante Relatora Especial, Sekaggya, consideró que “la implementación de la Declaración es una precondition para la creación de un entorno que permita a los defensores de derechos humanos llevar a cabo su trabajo”²⁶ y, en 2011, la Relatoría publicó un Comentario a la Declaración sobre Defensores²⁷. En 2013, alentó a los Estados a aplicar la Declaración de Defensores a nivel nacional²⁸ y sostuvo que, de conformidad con dicho instrumento, se debe garantizar el derecho de toda persona, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional²⁹. Asimismo, consideró que “la aprobación de leyes que garanticen explícitamente los derechos enunciados en la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos es crucial, por cuanto podría contribuir a crear un entorno propicio y otorgar legitimidad a estos derechos”³⁰. Finalmente, la Relatora Especial reiteró que “la defensa de los derechos humanos no es solo una actividad legítima y honorable, sino también un derecho en sí mismo”³¹.

Resolución 7/8, 27 de marzo de 2008 y *Resolución 16/5*, 24 de marzo de 2011.

26 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/63/288, 14 de agosto de 2008, p. 19.

27 Relatoría Especial de la Organización de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, *Commentary to the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*, julio 2011.

28 *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya*. A/HRC/25/55, 23 de diciembre de 2013, párr. 51

29 *Ibidem*, párr. 54

30 *Ibidem*, párr. 63.

31 *Ibidem*, párr. 128.

En 2014, el actual Relator Especial, Michel Forst (Francia), se propuso como uno de sus objetivos “participar resueltamente en la difusión de buenas prácticas, que pueden ser un factor multiplicador de protección y promoción del derecho a defender los derechos humanos cuando esa difusión es amplia y llega incluso a los defensores más aislados”³² y también alentó a los Estados a implementar la Declaración y traducirla en más idiomas nacionales y locales³³. En su informe anual de 2015, Forst recomendó “impartir a los agentes del Estado, en particular los que están en contacto directo con comunidades de defensores, la formación necesaria sobre la función y los derechos de estos últimos y sobre la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos”³⁴.

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) elaboró un folleto informativo sobre esta temática en el cual indicó que “el reconocimiento del papel decisivo que desempeñan los defensores de los derechos humanos y las violaciones de que son objeto muchos de ellos convencieron a las Naciones Unidas de que era necesario realizar esfuerzos especiales para proteger a los defensores y sus actividades”³⁵. En este sentido, explicó que “lo primero consistió en definir oficialmente la defensa de los derechos humanos como un derecho en sí mismo y reconocer

32 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Situación de los defensores de los derechos humanos*, A/69/259, 5 de agosto de 2014, párr. 88.

33 *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, Michel Forst, A/HRC/28/63, 29 de diciembre de 2014, párrs. 76 y 124.i.

34 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Situación de los defensores de los derechos humanos*, A/70/217, 30 de julio de 2015, párr. 93.i.

35 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Folleto informativo N° 29 - Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos*, 4 de agosto de 2004, pág. 21.

a las personas que trabajan en favor de esos derechos como defensores de los derechos humanos³⁶. Asimismo, el ACNUDH reconoció que la Declaración no es un instrumento vinculante jurídicamente pero aclaró que contiene una serie de principios y derechos que sí están consagrados en otros instrumentos³⁷.

En definitiva, resulta clara la intención de las Naciones Unidas de consagrar un derecho autónomo a defender derechos humanos; a través de sus distintos órganos políticos y técnicos, este sistema internacional de protección de derechos humanos pretende impulsar un reconocimiento independiente antes que consagrar a los defensores y defensoras de derechos humanos como un “grupo en condición de vulnerabilidad”.

Lamentablemente, el Comité de Derechos Humanos no parece acompañar esta tendencia. En su sistema de peticiones individuales, este órgano de carácter cuasi jurisdiccional ha guardado absoluto silencio sobre esta temática, a pesar de recibir casos que le permitían expedirse al respecto. Por ejemplo, en *Mukong vs. Camerún* (arrestos, tratos crueles, inhumanos y degradantes y falta de garantías judiciales hacia un activista político que abogaba por la democracia pluripartidista³⁸), *Njaru vs. Camerún* (amenazas, hostigamientos y agresiones físicas graves por parte de la policía hacia un reconocido periodista y defensor de derechos humanos³⁹), *Evangeline Hernandez vs Filipinas* (homicidio de un defensor de derechos humanos llevado

36 *Ibid.*

37 *Ibidem*, pág. 22.

38 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Mukong vs. Camerún*, CCPR/C/51/D/458/1991, 10 de agosto de 1994.

39 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Philip Afuson Njaru vs. Camerún*, CCPR/C/89/D/1353/2005, 3 de abril de 2007.

a cabo por grupos paramilitares, en un contexto de violencia hacia este colectivo⁴⁰) o Florentina Olmedo vs. Paraguay (asesinato de un manifestante por parte de la policía cuando reprimía una protesta social⁴¹), el Comité se limitó a declarar la violación a los derechos, sin hacer referencia a la condición de defensores de derechos humanos de las víctimas.

En cambio, sí se registran algunas referencias a esta cuestión en las observaciones generales a los países, aunque el organismo no se adentra a analizar si los defensores de derechos humanos son un grupo en condición de vulnerabilidad, si son titulares de un derecho autónomo, si se dan ambas circunstancias o si poseen un status jurídico en particular. En este sentido, en un informe sobre Colombia, el Comité se mostró preocupado por los arrestos y asesinatos de defensores de derechos humanos y también deploró todo tipo de intimidaciones y ataques físicos y verbales contra este grupo⁴². Al analizar la situación en Nicaragua, recomendó tomar las medidas necesarias para hacer cesar los presuntos casos de acoso sistemático y amenazas de muerte contra defensoras de los derechos de las mujeres y para garantizar el derecho a libertad de expresión y asociación a las organizaciones de defensores de derechos humanos en el ejercicio de sus funciones⁴³. Más aún, se mostró preocupado por

40 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Evangeline Hernandez vs. Filipinas, CCPR/C/99/D/1559/2007, 20 de agosto de 2010.

41 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Florentina Olmedo vs. Paraguay, CCPR/C/104/D/1828/2008, 26 de abril de 2012.

42 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Observaciones Generales: Colombia*, CCPR/CO/80/COL, 26 de mayo de 2004.

43 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Observaciones finales: Nicaragua*, CCPR/C/NIC/CO/3, 12 de diciembre de 2008.

los arrestos, intimidaciones y hostigamientos hacia defensores de derechos humanos en Siria⁴⁴ y Túnez⁴⁵, por ejemplo.

El análisis de la temática en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Desde 1999, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó la resolución titulada *Defensores de los derechos humanos: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas*. En ella se ha reiterado que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a solicitar, recibir y utilizar recursos con el objeto expreso de promover y proteger por medios pacíficos los derechos humanos y las libertades fundamentales” y se ha llamado a los Estados a que “promuevan la difusión y aplicación de los instrumentos convencionales y no convencionales del sistema interamericano y las decisiones de sus órganos en materia de derechos humanos, así como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos”⁴⁶.

44 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Observaciones Generales: Siria*, CCPR/CO/84/SYR, 28 de julio de 2005.

45 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Observaciones finales: Túnez*, CCPR/C/NIC/CO/3, 23 de abril de 2008, párr. 20.

46 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Defensoras y defensores de derechos humanos: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas*, AG/RES. 2715 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012; AG/RES. 2789 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013 y AG/RES. 2851 (XLIV-O/14), 4 de junio de 2014.

Por su parte, la CIDH, en su primer informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, entendió que la promoción y protección de los derechos humanos involucra tres dimensiones: 1) la dimensión individual, que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos individuales universalmente reconocidos, donde los Estados deben garantizar que las defensoras y defensores, como todas las personas sujetas a su jurisdicción, no sufrirán violaciones a sus derechos ni sus libertades fundamentales serán ilegítimamente coartadas⁴⁷; 2) la dimensión colectiva, puesto que la defensa de los derechos humanos es de interés público y en ella participan comúnmente distintas personas asociadas entre sí, por lo que abarca el derecho de asociación, el de reunión o algunas dimensiones de la libertad de expresión⁴⁸; y 3) la dimensión social, que se refiere a la intención que tiene la promoción y protección de los derechos humanos de buscar cambios positivos en la realización de los derechos para la sociedad en general, por lo que impedir a una persona la defensa de los derechos humanos afecta directamente al resto de la sociedad⁴⁹.

Ahora bien, la Comisión ha reconocido que “las normas interamericanas no han establecido un único derecho que garantice la labor de promoción y protección de los derechos humanos”⁵⁰ sino que se han establecido “componentes de múltiples derechos cuya garantía permite que se materialice la labor de las defensoras y defensores”⁵¹. Agregó la CIDH que “de acuerdo con estas normas, la sociedad y cualquier persona

47 Cfr. CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc.5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 32.

48 *Ibidem*, párr. 33.

49 *Ibidem*, párr. 34.

50 *Ibidem*, párr. 35.

51 *Ibid.*

tienen el derecho y el deber de buscar a través de distintos medios la promoción y realización de sus derechos”⁵². En este sentido, concluyó que los Estados deben garantizar que las personas bajo sus jurisdicciones podrán ejercer este derecho a nivel nacional e internacional para promover y proteger cualquiera o todos los derechos humanos, incluyendo tanto aquellos cuya aceptación es indiscutida, como nuevos derechos o componentes de derechos cuya formulación aun se discute⁵³.

En un primer momento, el lenguaje y la redacción podrían resultar confusas y no permiten dilucidar con claridad si se está promoviendo un derecho autónomo, si se pretende asegurar los derechos humanos de los defensores y defensoras para que puedan ejercer su tarea sin interferencias o si este colectivo es titular de algún status jurídico determinado. Sin embargo, vale destacar que en las recomendaciones de este primer informe, la CIDH llamó a los Estados a que “promuevan y divulguen ampliamente la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas de Naciones Unidas”⁵⁴ y a que “diseñen un programa de medidas específicas para aplicar la Declaración”⁵⁵. De esta forma, parecería que la CIDH también se inclina a seguir el mismo camino que la ONU, postura que se confirmaría en los años siguientes.

En su segundo informe sobre la temática, la Comisión reiteró que “el ejercicio del derecho a defender los derechos humanos no puede estar sujeto a restricciones geográficas e implica

52 *Ibid.*

53 *Ibidem*, párr. 36.

54 *Ibidem*, párr. 342.3.

55 *Ibid.*

la posibilidad de promover y defender libre y efectivamente cualquier derecho cuya aceptación es indiscutida; los derechos y libertades contenidos en la propia Declaración de Defensores; y también nuevos derechos o componentes de derechos cuya formulación aún se discute”⁵⁶. A su vez, explicó que una afectación a un defensor o defensora en represalia a sus actividades puede conllevar la violación de múltiples derechos expresamente reconocidos por los instrumentos interamericanos, tales como la vida, integridad personal, libertad de expresión, de asociación, garantías judiciales y protección judicial⁵⁷. Y finalmente, la CIDH encomendó a los Estados “adoptar las medidas correspondientes para reconocer jurídicamente el derecho a defender los derechos humanos y difundir su contenido en los sectores gubernamental, educativo y social”⁵⁸.

En abril de 2011, la CIDH decidió crear la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos. Allí se registran, por ejemplo, comunicados de prensa a través de los cuales se condena el asesinato de defensores y defensoras de derechos humanos y en los cuales se sostuvo que “la persistencia de estas agresiones, sumado a la falta de avances sustanciales en cuanto al esclarecimiento, investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos perpetradas en contra de defensoras y defensores, constituyen un obstáculo para el libre ejercicio del derecho a defender los derechos humanos”⁵⁹.

56 CIDH, *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc.66, 31 de diciembre de 2011, párr. 16.

57 *Ibidem*, párr. 19.

58 *Ibidem*, párr. 541.1.

59 CIDH. Comunicado de prensa No. 007/15: CIDH condena asesinato y amenazas contra defensores y periodistas en Colombia, 30 de enero de 2015.

Por último, debe mencionarse que en su reciente informe sobre criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, la Comisión sostuvo explícitamente que “en virtud de la importancia de la labor de las defensoras y defensores, tanto en el ámbito nacional como internacional se ha reconocido la existencia de un derecho a defender los derechos humanos”⁶⁰ y agregó que “mediante sus diversos mecanismos de protección la CIDH ha reconocido la existencia del derecho a defender los derechos humanos de las defensoras y defensores de derechos humanos, el cual también es reconocido en el Sistema Universal y en otros sistemas regionales de derechos humanos”⁶¹.

¿Qué ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto? Si bien no se ha pronunciado específicamente sobre el derecho a defender derechos humanos en sí, en reiteradas ocasiones ha destacado que el compromiso con la protección de los defensores de derechos humanos ha sido reconocido por diversos instrumentos internacionales, incluyendo la mencionada Declaración de Defensores⁶². Asimismo, ha considerado que las actividades de vigilancia, denuncia y educación que realizan las defensoras y los defensores de derechos humanos contribuyen de manera esencial a la observancia de los derechos humanos⁶³.

60 CIDH. *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, pág. 21.

61 CIDH. *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, pág. 17.

62 *Cfr.* Corte IDH, Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 75; Caso Castillo González y otros vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 124 y Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 129.

63 *Cfr.* Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 88 y Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 80.

y que su labor es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho⁶⁴.

Sin embargo, esto no quiere decir que la Corte IDH esté de acuerdo con la existencia de un derecho autónomo a defender derechos humanos; de su jurisprudencia se desprende más bien una intención de considerar a los defensores y defensores como una categoría particularmente protegida. Es decir, los defensores de los derechos humanos son entendidos como individuos y grupos en situación específica de vulnerabilidad, la cual se halla más o menos reforzada según el contexto⁶⁵.

Sobre esto, ha señalado el Tribunal explícitamente que “en determinados contextos, la labor que realizan los defensores de derechos humanos puede colocarlos en una situación especial de vulnerabilidad”⁶⁶. En otras sentencias, también en referencia al trabajo de defender derechos humanos, ha sostenido que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida,

64 *Cfr.* Corte IDH, Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 74; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 87; Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 80; Caso Castillo González y otros vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 124 y Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 128.

65 *Cfr.* R. Estupiñan-Silva, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, en L. Burgorgue-Larsen, A. Maués y B. Sánchez Mojica (Coordinadores), *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 219.

66 Corte IDH, Caso Castillo González y otros vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr 124

libertad personal e integridad personal de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor⁶⁷. En este sentido, la Corte IDH ha reiterado que los Estados deben facilitar los medios necesarios para que las personas defensoras de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlas cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; generar las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad⁶⁸.

Los jueces interamericanos también establecieron que “es deber del Estado no sólo crear las condiciones legales y formales, sino también garantizar las condiciones fácticas en las cuales los defensores de derechos humanos puedan desarrollar

67 *Cfr.* Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 90; Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 123 y Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 141.

68 *Cfr.* Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 77; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 91; Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 145; Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 172; Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 81; Caso García y Familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 179 y Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 123.

libremente su función”⁶⁹ y concluyeron que “la obligación del Estado de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas se ve reforzada cuando se trata de un defensor o defensora de derechos humanos”⁷⁰. Vale destacar que la CIDH, en su informe de fondo del Caso Ana Teresa Yarce y otras vs. Colombia, también hizo referencia al deber de protección reforzado del Estado hacia defensores y defensoras de derechos humanos⁷¹. Finalmente, en el reciente Caso López Lone vs. Honduras, la Corte IDH se enfrentó ante el argumento y la solicitud explícita por parte de los representantes de las presuntas víctimas de declarar una violación autónoma al derecho a defender derechos humanos⁷². No obstante, el Tribunal consideró que no era procedente examinar de manera autónoma y separada los alegatos de los representantes referidos a este punto⁷³.

En conclusión, mientras que la Asamblea General de la OEA y la CIDH parecen encolumnarse detrás de las Naciones Unidas a la hora de consagrar un derecho a defender derechos humanos, la Corte IDH se ha mostrado más reticente en este aspecto y optó por reforzar los deberes de respeto y garantía hacia los defensores y defensoras de derechos humanos (en particular con respecto a los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, derecho a la libertad de expresión, derecho de reunión y derecho a la libertad de asociación) tomándolos como un grupo en

69 Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 142.

70 *Ibid.*

71 *Cfr.* CIDH, Ana Teresa Yarce y otras vs. Colombia, Informe No.86/13, Casos 12.595, 12.596 y 12.621, 4 de noviembre de 2013, párrs. 222, 253, 264 y 322.

72 *Cfr.* Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 284.

73 *Ibidem*, párr. 285.

situación de vulnerabilidad, a quienes les corresponden medidas de protección adicionales.

Las posturas de los sistemas europeo y africano

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no cuenta con un tratamiento expreso sobre esta temática. Si bien ha tenido oportunidades de hacer referencia a esta materia, por ejemplo, en casos en los que el Estado impedía manifestaciones por los derechos de minorías, dicho Tribunal se limitó a referirse a los derechos de asociación o libertad de expresión y no discriminación, pero sin adoptar un enfoque especial sobre defensores y defensoras de derechos humanos⁷⁴. También se puede destacar el Caso Shimovolos vs. Rusia⁷⁵, en la cual la víctima, Presidente de la Unión de Derechos Humanos de su ciudad, aparecía en una especie de “Lista de Vigilancia” bajo el rótulo de “activista de derechos humanos”. Por aparecer en dicha lista, cada vez que la persona compraba un boleto de tren o de avión, el Departamento de Interior y Transporte recibía una notificación. De hecho, durante un viaje mediante el cual supuestamente iba a concurrir a una manifestación, Shimovolos fue demorado tres veces y llevado a una comisaría. La Corte declaró que se violó la libertad personal y que hubo una interferencia en la vida privada y una vulneración a la intimidad por la recolección de datos sobre sus traslados. Sin embargo, en la sentencia no hay ni una mención en particular a la condición de defensor de derechos humanos de la persona.

74 Ver por ejemplo, TEDH, *Bączkowski y Otros vs. Polonia*, Sentencia de 3 de mayo de 2007 (Nro. De Aplicación 1543/06) y *Alekseyev vs. Rusia*, Sentencia de 12 de octubre de 2010 (Nros. De Aplicación 4916/07, 25924/08 y 14599/09).

75 TEDH, *Shimovolos vs. Rusia*, Sentencia de 21 de junio de 2011 (Nro. De Aplicación 30194/09).

No obstante, a pesar de la falta de análisis en la rama judicial, sí se observa un interés al respecto al menos en la fase política. La Unión Europea (en adelante, UE) elaboró unas Directrices sobre los defensores de derechos humanos. Allí se hizo referencia al artículo 1 de la “Declaración sobre Defensores” y se respaldaron sus principios⁷⁶. En particular, la UE adelantó que uno de los objetivos de estas directrices es “apoyar y reforzar la labor de promoción y estímulo del respeto del derecho a defender los derechos humanos que realiza la Unión”⁷⁷. Más aún, dentro de la Comisión Europea se encuentra el Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos, que apoya la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos e incluso cuenta con un fondo para quienes estén en riesgo (por ejemplo, para pagar abogados, para comprar materiales de seguridad para sus casas, para trasladarse a otros países, etcétera).

Por su parte, en el ámbito africano, la Declaración de Grand Bay, adoptada en 1999, consideró que la Declaración sobre Defensores significaba un punto de inflexión y exhortó a los Estados a tomar las medidas necesarias para implementarla⁷⁸. En 2004, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, CADHP) volvió a hacer referencia a la Declaración sobre Defensores y reiteró el llamado a promoverla y darle pleno efecto⁷⁹. Asimismo, creó una Relatoría Especial sobre Defensores de Derechos Humanos, la cual tiene el mandato de promover la implementación de la Declaración sobre Defensores en África⁸⁰. En 2007 y 2011 la CADHP volvió a requerirles a

76 *Cfr.* Directrices de la Unión Europea sobre Defensores de los Derechos Humanos, 2008, párrs. 2 y 4.

77 *Ibidem*, párr. 1.

78 *Cfr.* Grand Bay (Mauritius) Declaration and Plan of Action, 1999, párr. 19.

79 *Cfr.* ACHPR, *Res.69(XXXV)04: Resolution On The Protection Of Human Rights Defenders In Africa*, 4 de junio de 2004.

80 *Ibid.*

los Estados que implementen la Declaración sobre Defensores y cumplir con las obligaciones estipuladas en dicho instrumento⁸¹. La todavía joven Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto.

Por último, vale destacar que en 2012, los Relatores sobre defensores de derechos humanos de la ONU, de la CADHP y de la CIDH emitieron una declaración conjunta repudiando y solicitando el cese de las represalias contra defensores y defensoras de derechos humanos⁸².

De esta forma, por más de que la temática no haya sido tan debatida, queda la sensación de que la óptica política tanto en Europa como en África estaría más cerca de impulsar un derecho autónomo a defender derechos humanos que de considerar a los defensores como un grupo en situación de vulnerabilidad. Ello, debido a la constante referencia y pretendida implementación de la Declaración de Defensores, instrumento por excelencia que consagra explícitamente el derecho a defender derechos humanos.

Conclusión y propuesta

Si bien es cierto que se puede reconocer una preocupación prácticamente universal sobre la situación de defensores y

81 *Cfr.* ACHPR, *Res.119(XXXII)07: Resolution on the Situation of Human Rights Defenders in Africa*, 28 de noviembre de 2007 y *Res.196(L)11: Resolution on Human Rights Defenders in Africa*, 5 de noviembre de 2011.

82 *Cfr.* Declaración conjunta con respecto a las represalias contra personas y grupos que buscan a cooperar con las Naciones Unidas, la Comisión Africana de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 15 de marzo de 2012.

defensoras de derechos humanos⁸³, aún no hay un consenso a la hora de determinar cómo se debe proteger a este grupo de personas o cuál es su *status* jurídico en el derecho internacional.

Por un lado, los órganos más “políticos”, como la Asamblea General de la ONU, su Secretaría General, el Consejo de Derechos Humanos, el ACNUDH, la Asamblea General de la OEA, la CIDH, la Unión Europea y la CADHP tienden a reconocer un derecho autónomo a defender derechos humanos. Por otro lado, los órganos más “jurisdiccionales” se mantienen ajenos a esta postura: o reconocen a los defensores y defensoras de derechos humanos como grupo en condición de vulnerabilidad (caso de la Corte IDH) o ni siquiera se adentran a discutir este tema (TEDH o Comité de Derechos Humanos).

Una posible explicación de esta diferencia reside en la naturaleza propia de los organismos. Mientras los primeros – quizás con la excepción de la CIDH– tienen la misión de impulsar el derecho internacional y lograr que los Estados progresen en sus obligaciones en materia de derechos humanos, los segundos están limitados a la resolución de controversias particulares a través de la aplicación de las fuentes que les corresponden y no tienen la potestad de crear normas jurídicas o consagrar “nuevos derechos”⁸⁴ (por más de que en la práctica esto suceda, no deja de ser cuestionable)⁸⁵.

83 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Situación de los defensores de los derechos humanos*, A/70/217, 30 de julio de 2015, párr. 35.

84 Cfr. G. Moncayo, R. Vinuesa y H. Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalia, 1999, p. 81 y S. González Napolitano, “Fuentes y Normas del Derecho Internacional”, en S. González Napolitano (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 79-80.

85 Cfr. A. Vogelfanger, “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Pensar en Derecho*, Volumen N° 7, 2015.

Ahora bien, uno de los aspectos principales de esta divergencia es que estas dos posturas no son irreconciliables. De hecho, una complementariedad entre la consagración de un derecho autónomo a defender derechos humanos y la consideración de los defensores y defensoras como grupo en condición de vulnerabilidad es el mejor camino para lograr una protección más eficaz.

En primer lugar, sería óptimo poder contar con un criterio unificado al respecto ya que alcanzar un acuerdo significaría contar con una mayor claridad conceptual sobre el tema. En este sentido, si los tribunales no se muestran dispuestos a reconocer el derecho autónomo a defender derechos humanos, es propicio que los consideren como grupo en situación de vulnerabilidad merecedores de una protección adicional. En cualquier caso, es cierto que lo más “prolijo” sería contar con un tratado que consagre este derecho y que sea jurídicamente vinculante, al menos para los Estados Parte. No obstante, hasta tanto eso suceda, sería óptimo que los jueces y juezas se refieran en sus decisiones al carácter incipiente de este derecho y que admitan expresamente que no lo pueden reconocer puesto que excedería sus funciones o, en todo caso, que den los motivos por los cuales no lo reconocen como tal, a fin de impulsar un mayor debate (incluso se podría empezar a explorar la posibilidad de considerar a este derecho como una norma consuetudinaria). Más aún, el TEDH y el Comité de Derechos Humanos deberían prestarle más atención a esta materia; ya que tanto la Unión Europea como la Asamblea General de la ONU se preocupan por la situación, es importante que estos dos órganos trascendentales en el derecho internacional de los derechos humanos se pronuncien expresamente al respecto.

En segundo lugar, el criterio sugerido aquí consistiría en lo siguiente: mientras que la vulnerabilidad de los defensores de

derechos humanos es una cuestión más bien circunstancial, que dependerá del lugar, el momento, la persona y la actividad que se esté realizando, el reconocimiento del derecho autónomo ya ofrece una protección adicional independientemente del contexto. Es decir, el derecho a defender derechos humanos sería la base de esta protección adicional necesaria para este grupo de personas, que se debe considerar en todos los casos en los que intervengan. Si, en la situación particular, además se registran los elementos necesarios para entender a la persona, o al grupo que integra, como especialmente vulnerable –cuestión que suele suceder la mayoría de las veces– entonces los deberes del Estado se verán reforzados aún más.

En otras palabras, si nos limitamos únicamente a concederles el *status* de grupo en condición de vulnerabilidad, esta protección adicional podría no reconocerse en determinadas circunstancias. Por ejemplo, imaginemos el caso de una agresión a un defensor de derechos humanos, basada en su condición y su trabajo, en algún Estado en donde jamás se hayan registrado abusos, hostigamientos, actos discriminatorios, amenazas o limitaciones de ningún tipo hacia los derechos de este grupo de personas. En ese caso, no sería correcto calificar a la víctima como integrante de un colectivo en situación de vulnerabilidad puesto que no se dan los requisitos que fueron mencionados anteriormente. Esto provocaría que, entonces, se desestime su condición de defensor de derechos humanos y no se tenga en cuenta su tan noble y necesaria labor porque, al no caer este aspecto dentro del análisis de vulnerabilidad, no encontraría espacio en ningún otro lugar. En cambio, si reconociéramos un derecho autónomo, esta característica de defensor de derechos humanos siempre será tomada en consideración. Esto es así porque su condición de defensor de derechos humanos estará presente en el momento en que se discuta la violación a su derecho a defender derechos humanos, que es independiente de su condición de vulnerabilidad, que dependerá de cada caso y puede no existir.

Por eso, la mayor protección involucra reconocer a los defensores y defensoras de derechos humanos como titulares de un derecho autónomo y, cuando corresponda (probablemente en la mayoría de los casos), considerarlos también como grupo en situación de vulnerabilidad, prestando especial atención a las circunstancias de cada persona en particular.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2016)

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

James L. Cavallaro
Francisco José Eguiguren Praeli
Margarette May Macaulay
José de Jesús Orozco Henríquez
Paulo Vannuchi
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Enrique Gil Botero

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Roberto de Figueiredo Caldas
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Patricio Pazmiño Freire

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