

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional

Derechos humanos
Derecho internacional humanitario y
Derecho penal internacional

Volumen VII

© Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Primera edición: Bogotá, Septiembre 2012

ISBN

978-958-8558-15-8

Compilador

Alejandro Valencia Villa

Editor general

Alejandro Valencia Villa

Edición

María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación

Taller Gráfico Patricia Díaz

Impresión

Abalon Impresores

Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea.
Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y en ningún caso se debe considerar
que refleja opinión oficial de la Unión Europea.

El contenido de este material se puede reproducir sin necesidad de obtener permiso,
siempre que se cite la fuente y que se envíe una copia de la publicación a la Oficina en
Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
El texto de esta publicación se encuentra electrónicamente en la página www.hchr.org.co

Contenido

Volúmen VII

El derecho a la salud como derecho fundamental

Corte Constitucional

Sentencia T-760/08

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 31 de julio de 2008

El derecho a la salud de las víctimas del conflicto armado

Corte Constitucional

Sentencia T-045/10

Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Bogotá, 2 de febrero de 2010

Derecho al trabajo

El Derecho al Trabajo

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General N° 18, Artículo 6 del Pacto Internacional de

Derecho Económicos, Sociales y Culturales, 6 de febrero de 2006

Derecho a la huelga

El derecho de huelga

Corte Constitucional

Sentencia C-858/08

Demandante: Juan Alejandro Suárez Salamanca.

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, septiembre 3 de 2008

Derechos culturales

El derecho a disfrutar de la vida cultural de la
comunidad a que se pertenece

Comité de Derechos Humanos

Comunicación N° 1457/2006 del 28 de diciembre de 2004

Ángela Poma Poma c. Perú,

Dictamen del 24 de abril de 2009

Derechos culturales: marco conceptual y jurídico

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Informe de la Experta independiente en la esfera de los
derechos culturales,

22 de marzo de 2010, A/HRC/14/36

Derecho a la tierra

Protección de los usuarios de tierras

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación

11 de agosto de 2010, A/65/281

Violencia contra la mujer

La violencia y discriminación contra la mujer

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México

Sentencia de 16 de noviembre de 2009

(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

La violación sexual

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Fernández Ortega y otros vs. México

Sentencia de 30 de agosto de 2010

(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres

para acceder a recursos judiciales cuando son víctimas de violencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Relatoría sobre los derechos de la mujer

Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas

20 enero 2007

La violencia contra la mujer

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Comunicación No. 5/2005

6 de agosto de 2007

Derechos de las parejas homosexuales

El derecho a recibir prestaciones de pensión

entre compañeros del mismo sexo

Comité de Derechos Humanos

Comunicación N° 1361/2005 del 13 de enero de 2001,

X c. Colombia, Dictamen del 30 de marzo de 2007

Derechos de las parejas homosexuales

Corte Constitucional

Sentencia C-029/09

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Bogotá 28 enero de 2009

Derechos de las niñas, niños y adolescentes

Los derechos del niño en la justicia de menores

Comité de los Derechos del Niño

Observación General No. 10

25 de abril de 2007

El castigo corporal contra las niñas, niños y adolescentes

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Relatoría sobre los derechos de la niñez

Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes,

5 de agosto 2009

Los derechos del niño y el servicio militar obligatorio

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe no. 85/09

Caso 11.607, Acuerdo de cumplimiento

Víctor Hugo Maciel c. Paraguay

6 de agosto de 2009

Derechos de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes

El deber de celebrar consultas

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009

La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 19 de julio de 2010, A/HRC/15/37

El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal, los recursos naturales y otros derechos derivados de éstos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam

Sentencia del 28 de noviembre de 2007

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Las obligaciones internacionales del Estado en

8 / **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional**

materia de igualdad y no discriminación, y de eliminación del racismo y la discriminación racial

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Observaciones preliminares tras la visita del Relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia,
27 de marzo 2009

El deber de consulta con las comunidades étnicas y tribales

Corte Constitucional

Sentencia C-030/08

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Bogotá, 23 enero de 2008

Defensores de derechos humanos

Las defensoras y defensores de derechos humanos en una sociedad democrática y su marco jurídico de protección en el sistema interamericano

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas,
7 de marzo 2006

Desplazamiento forzado

Protección de los desplazados internos en situaciones de desastres naturales

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos,
5 de marzo de 2009, A/HRC/10/13/Add.1

La obligación y responsabilidades primarias que incumben al Estado de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos, y los correspondientes derechos de estas personas

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos

11 de agosto de 2010, A/65/282

Impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento

forzado sobre las mujeres. Facetas de género del desplazamiento forzado.

Corte Constitucional

Auto 092/08

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 14 de abril de 2008

Fundamentos constitucionales e internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, de los afrodescendientes y de las personas con discapacidad desplazados de manera forzada

Corte Constitucional

Autos 004/09, 005/09, 006/09

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 26 enero de 2009

Derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario: definición, ámbito de aplicación y composición

Corte Constitucional

Sentencia C-291/07

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 25 de abril de 2007

La protección de menores de edad en el marco de un conflicto armado

Corte Constitucional

Sentencia C-240/09

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

Bogotá, abril 1° de 2009

Derecho penal internacional

La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

Sala Penal Especial

Expediente A.V. 19 – 2001,

Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE

Sentencia del 7 de abril de 2009,

El crimen de genocidio

Corte Constitucional

Sentencia C-488/09

Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Bogotá, 22 julio de 2009

Presentación

Los volúmenes VI y VII de la presente compilación, continúan con la serie de publicaciones que la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos viene realizando desde hace diez años sobre jurisprudencia y doctrina nacional e internacional en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional.

Estos dos volúmenes incluyen cerca de sesenta extractos de pronunciamientos emitidos entre los años 2005 a 2010 por órganos y mecanismos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la Corte Constitucional de Colombia y uno de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Cada uno de los documentos está agrupado bajo un tema general y con el propósito de guiar al lector, se señala a modo de título temático de cada extracto qué aspecto más particular es desarrollado en el mismo. Esta titulación es simplemente ilustrativa puesto que la mayoría de los textos tratan diferentes problemáticas y derechos. Por ejemplo, aunque no aparece un título que haga referencia a las personas con discapacidad, si aparecen tres extractos vinculados con sus derechos en los apartados del derecho a la vida, a la educación y de desplazamiento forzado.

La selección y edición general de ambos volúmenes fue realizada por Alejandro Valencia Villa, consultor en derechos humanos, derecho humanitario y justicia transicional, quien realizó estas tareas en los volúmenes anteriores.

Como información importante para el lector se destaca que se han utilizado puntos suspensivos entre corchetes para indicar cuando el compilador ha suprimido una parte de un texto; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los documentos sin señalarlo en la forma mencionada. No obstante, se ha modificado el formato de algunos de los textos, en particular los encabezamientos, los títulos y las citas, para dar unidad a la edición. Para

presentar los materiales de manera homogénea, se utiliza bastardilla para indicar énfasis en los textos reproducidos, sea cual sea el estilo del documento original (subrayado, bastardilla o negrillas). Las notas de pie de página originales se reproducen con números, conservando la numeración original; cuando excepcionalmente no se reproduce una nota del texto original el compilador lo indica. Las notas del editor se señalan con asteriscos.

Con estos dos nuevos volúmenes, la Oficina aspira a que sean de utilidad para todos y todas aquellos que trabajan por el respeto y la garantía de los derechos humanos.

El derecho a la salud como derecho fundamental

Corte Constitucional

Sentencia T-760/08

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 31 de julio 2008

[...] II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS [...]

3. El derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia.

3.1. Noción de salud

La jurisprudencia constitucional, desde su inicio, ha reconocido que la salud "(...) es un estado variable, susceptible de afectaciones

múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo.”^{1,2} La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona.³ En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al *nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia.⁴

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso se protegió el derecho a la salud de un menor que había sufrido un deterioro en una pierna, en razón a la mala práctica de un servicio de salud que requería (una inyección que se le aplicó), en un primer momento, y a la negativa posterior de la institución (un Hospital) para atender las secuelas causadas a la salud del menor, en un segundo momento.

³ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴ En la sentencia T-379 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), por ejemplo, la Corte decidió entre otras cosas que “*el derecho de las comunidades indígenas a escoger en forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud, del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y tiene por finalidad conservar su integridad y unidad socio-cultural*”. La Corte tuvo en cuenta que de acuerdo con “el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, dispone que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna (artículo 24), para lo cual preceptúa que los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios “*bajo su propia responsabilidad y control*”, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (art. 25.1). || Agrega el Convenio que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a *nivel comunitario*, y que

3.2. El derecho fundamental a la salud

3.2.1. La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud. En la presente sentencia, la Sala de Revisión no entra a analizar el concepto de '*derecho fundamental*'. Esta categoría es objeto de sinnúmero de debates doctrinarios y judiciales que no se pretenden zanjar en el presente proceso. Por ello, no entra a definir qué es un derecho fundamental, en general, ni cuáles son los criterios para su identificación o delimitación, entre otras cuestiones. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha ido delimitando algunos aspectos del concepto, que serán retomados a continuación. En un primer momento, la Corte delimitó el concepto de forma negativa, indicando cómo no debe ser entendido. Posteriormente, aportó un elemento definitorio de carácter positivo. Sin embargo, se reitera, esta caracterización mínima del concepto de derecho fundamental no pretende definir la cuestión en términos generales. Estos elementos se retoman, en cuanto han permitido caracterizar el derecho a la salud como fundamental.

3.2.1.1. Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto a qué es un derecho fundamental "(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de apli-

deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados teniendo en cuenta "*sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales*" (art. 25.2.). Dispone igualmente que el sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria (art. 25.3) y que la prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país (art.25.4.). || En consonancia con este instrumento internacional, el Congreso expidió la Ley 691 de 2001 por medio de la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en salud. Dicho ordenamiento tiene por objeto "*proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los pueblos indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia e integridad*" (art. 1°). Así mismo, allí se establece que para la interpretación y aplicación de dicha ley se debe tener en cuenta, particularmente, el principio de la diversidad étnica y cultural en virtud del cual "*el sistema practicará la observancia y el respeto a su estilo de vida y tomará en consideración sus especificidades culturales y ambientales que les permitan un desarrollo armónico a los pueblos indígenas*" (art.3°)."

cación inmediata⁵ y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona^{6,7}. Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental.⁸ Esta diversidad de posturas, sin embargo,

⁵ Sentencia SU-225 de 1998. En otras oportunidades, la Corte ha señalado que ciertos derechos se trasmutan en subjetivos y, por lo mismo, en fundamentales. Ver, por ejemplo, sentencia SU-819 de 1999.

⁶ Sentencias T-01 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2000.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en este caso se analiza la jurisprudencia sobre la noción de ‘derecho fundamental’, a propósito de la petición de una persona para que se le ordenará a una entidad que le expidiera un certificado laboral, necesario para adelantar los trámites de su pensión.

⁸ Las diversas concepciones sobre el concepto derecho fundamental fueron recogidas por la sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) en los siguientes términos: “En sentencia T-418 de 1992 señaló que *‘los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible’*. || Por su parte, en sentencia T-419 de 1992 señaló que *‘los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. Son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, garantizan su libertad de conciencia, de cultos, de expresión y pensamiento; salvaguardan su honra, le permiten circular libremente, le preservan el derecho al trabajo, a la educación y la libertad de escogencia de una profesión u oficio, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; su juzgamiento debe respetar el debido proceso, se le garantiza el derecho a la libre asociación y a formar sindicatos, etc.’* || En el mismo año 1992, en sentencia T-420 esta Corporación indicó que los derechos fundamentales se caracterizan “porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana”. *Nota al pie*: [En similar sentido T-571 de 1992: “el carácter fundamental de un

sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que *'siendo inherentes a la persona humana'*, no estén enunciados en la Carta.

3.2.1.2. La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión *'derechos fundamentales'* es el concepto de *'dignidad humana'*, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona, como lo dijo el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto dijo la Corte en la sentencia T-227 de 2003,

*"En sentencia T-801 de 1998, la Corte indicó que "es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor". De esta sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana."*⁹

Este concepto, ha señalado la Corte, guarda relación con la *"libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle"* y con *"la posibilidad*

derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana".] || Junto a la idea de que existen elementos materiales, propios o derivados del mismo derecho, que definen el carácter fundamental de un derecho constitucional, la Corte ha señalado que también deben considerarse las circunstancias materiales y reales del caso concreto [Ver sentencias T-491 de 1992, T-532 de 1992, T-571 de 1992, T-135 de 1994, T-703 de 1996, T-801 de 1998, entre otras], así como el referente en el derecho positivo. En sentencia T-240 de 1993, la Corte señaló que *'8. La Constitución como norma básica de la convivencia social y de estructura abierta y dinámica tiene en la comunidad su correlato necesario. Los bienes que la Carta protege y valores que prohija tienen igualmente relevancia social y su existencia o defecto no son ajenos a su realidad fenomenológica. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el Constituyente para poder gozar de él.'*"

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”.¹⁰ Por tanto, a propósito de la relación entre derecho fundamental y dignidad humana, la jurisprudencia, en la sentencia T-227 de 2003, concluyó lo siguiente,

“(...) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

*En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...)”*¹¹

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

¹¹ Al respecto, continúa la sentencia: “Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica). Así, por ejemplo, en la actualidad existe consenso en torno a la absoluta necesidad de que los procedimientos judiciales y administrativos estén fijados normativamente (principio de legalidad) y que prevean la posibilidad de controvertir pruebas, presentar las propias y de rebatir argumentos y ofrecer los propios (derecho de defensa), para que la persona pueda ser libre y activa en sociedad; mientras que serán las circunstancias concretas las que definan si una cirugía estética únicamente persigue intereses narcisistas o responden a una necesidad funcional, para que la persona pueda ser activa en sociedad (v. gr. alteraciones funcionales y dolor que exigen una reducción de senos). Resulta ejemplarizante la discusión en torno el reconocimiento de

En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.

3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.¹² Concretamente, la jurisprudencia constitucional

derechos fundamentales a personas jurídicas, en la cual el consenso logrado únicamente se explica por la necesidad de proteger elementos funcionalmente indispensables para la correcta operación jurídica de estas instituciones. || Lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que *prima facie* dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos *sine qua non* para predicar el respeto por dicho valor.” Sentencia T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

¹² En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas

ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.¹³ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.¹⁴

en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias –, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

¹³ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

El legislador también se ha pronunciado al respecto, al expedir la ley para ‘mejorar la atención’ de las personas que sufren enfermedades ruinosas o catastróficas, en la cual se advierte que el contenido de la ley, y de las disposiciones que las complementen o adicionen, *‘se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona.’* (art. 2, Ley 972 de 2005).

3.2.1.4. Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisiblemente. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,¹⁵ extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.¹⁶ En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer *“(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su*

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino); en este caso la Corte consideró que *“(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional.”*

¹⁶ En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, *‘en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales’*.

*cobertura.*¹⁷ Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, “(...) *elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.*”¹⁸

3.2.1.5. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia (*ver apartado 3.4.2.*).

3.2.1.6. Finalmente, se insiste en que en la presente sentencia la Sala de Revisión no entra a establecer en detalle el alcance y contenido del concepto de derecho fundamental, en general, ni con relación al caso concreto de la salud. Partirá de la decisión de varias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, así como de la Sala Plena, de reconocer el derecho a la Salud como un derecho fundamental. En esta sentencia la Sala se detendrá en las implicaciones que se derivan de reconocer la fundamentalidad del derecho a la salud, en especial en lo que respecta a las fallas en la regulación de su sistema de protección.

3.2.2. Ahora bien, uno de los aspectos en los que la jurisprudencia constitucional ha avanzado, es en el de señalar que reconocer la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables. Primero, por-

¹⁷ En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que “... *dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.*”, tal como lo había considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

que los derechos constitucionales no son absolutos, es decir, puede ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia constitucional. Segundo, porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables.¹⁹

La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud.²⁰ Recientemente, el legislador concedió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver algunos de los conflictos suscitados con ocasión de la prestación de los servicios de salud (Ley 1122, art. 41). Esta decisión legislativa ha sido revisada hasta el momento en dos ocasiones por la Corte Constitucional. En la primera ocasión se resolvió declarar constitucional la norma por lo cargos estudiados en la demanda, *“en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones*

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto); en este caso la Corte señaló que *“(...) una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin.”*

²⁰ Incluso en aquellos casos en los que la afección a la salud fue causada por la ineficiencia del Estado, y se cuenta con acciones contencioso administrativas para reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados, la tutela es el medio idóneo para proteger el derecho a la salud de la persona, en especial, cuando se trata de garantizar el acceso al servicio de salud que se requiera con necesidad. Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en este caso la Corte consideró que *“[la] atención médica inmediata a la víctima de un accidente causado en virtud de la objetiva ineficiencia de la administración en la prestación de un servicio público, en la sentencia con la cual se pone término a una acción de reparación directa, tiene únicamente carácter resarcitorio de los gastos incurridos por ese concepto y es necesariamente posterior a la misma. || Si la condición económica de la víctima y la naturaleza de la lesión sufrida son tales que, sin apoyo externo, no es posible recibir el tratamiento médico o quirúrgico necesario, como ocurre en el presente caso, cabe preguntarse si la pretensión de obtener dicha prestación hace parte del derecho a la salud y debe ser suministrada por la entidad pública cuya acción u omisión que traducen un grado objetivo de ineficiencia fueron causa determinante del accidente.”*

administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control."²¹ En la segunda ocasión, también se declaró constitucional la norma por los cargos analizados en la sentencia,²² pues se consideró que adjudicar funciones judiciales a la Superintendencia Nacional de Salud no implica, en modo alguno, que la acción de tutela deje de ser un medio judicial idóneo para reclamar la protección del derecho a la salud.²³ La Corte también advirtió que los funcionarios de la

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso se decidió seguir la jurisprudencia constitucional acerca de '*las condiciones bajo las cuales puede entenderse que las facultades jurisdiccionales asignadas a una Superintendencia son constitucionales*', a saber, "(i) *las materias específicas deben estar precisadas en la ley*, (ii) *no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y*, (iii) *al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control*. Por lo tanto, *no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios.*" En casos similares, la Corte Constitucional, para asegurar la diferenciación estructural y funcional, ha condicionado la exequibilidad de varias disposiciones acusadas [sentencias C-649 de 2001 y C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett)].

²² Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); en este caso se resolvió declarar exequible el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, con relación al cargo presentado por la demanda, según el cual "*cuando la Superintendencia ejerza las funciones judiciales que le han sido otorgadas a para definir en ciertos casos la cobertura del plan obligatorio de salud (cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario), esta entidad incurrirá en una violación del debido proceso (C.P art. 29), porque sólo los jueces de tutela tienen la competencia para amparar el derecho a la salud inaplicando normatividad de rango legal o reglamentario.*"

²³ La Corte Constitucional dijo al respecto: "(...) *cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la '(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario'*(art. 41, Ley 1122 de 2007), *en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder 'como mecanismo transitorio', en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que 'la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un*

Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones judiciales, están obligados a usar la excepción de inconstitucionalidad, al igual que cualquier otro juez de la República, por lo que no pueden dejar de aplicar la Constitución o de garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental a una persona, so pretexto de aplicar de manera preferente normas regulatorias contrarias a la Constitución, de rango inferior, bien sean legislativas o administrativas (decretos, resoluciones, acuerdos, etc.).²⁴

3.2.3. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal

medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.’ (T-067 de 1998)” Sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁴ La Corte indicó al respecto: “De otro lado, el cargo que se analiza parte también de otro supuesto errado al considerar que sólo el juez de tutela puede inaplicar por inconstitucional la normatividad que consagra los procedimientos, tratamientos y medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS, cuando dichas normas consagran exclusiones que en el caso concreto pongan en riesgo la vida o la dignidad de las personas. Ciertamente, esta inaplicación es una forma de ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que no es una posibilidad reservada a los jueces constitucionales sino que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 4° de la Constitución Política, debe ejercerse por todos los jueces que, al estar llamados a aplicar una disposición jurídica en un caso concreto, encuentren que ésta resulta incompatible con la Constitución. En efecto, el artículo 4° superior indica con toda claridad que ‘en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. (Destaca la Corte). || Así las cosas, cuando en ejercicio de funciones jurisdiccionales la Superintendencia Nacional de Salud encuentre que la aplicación de las normas que definen la cobertura del POS o del POSS, en el caso concreto conlleva la vulneración de derechos fundamentales como el de la salud en conexión con la vida o con la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad.” Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

que al respecto existen en el orden nacional: “en un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.”²⁵

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la *conexidad*: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en *conexidad* con el goce efectivo de un derecho fundamental.²⁶ La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como ‘derechos de aplicación inmediata’, tales como la vida o la igualdad.²⁷

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto).

²⁶ Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos ^{sociales}, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad “*con un principio o con un derecho fundamental*”. Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso la Corte señaló: “*En ciertos eventos - éste es uno de ellos - la atención*

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que “se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida”, “sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”.²⁸ Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el ‘*principio de igualdad en una sociedad*’.²⁹ Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de ‘*un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.*’³⁰

3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la ‘*conexidad*’, casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró ‘*artificial*’ tener que recurrir a la ‘*estrategia de la conexidad*’ para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

“Hoy se muestra artificialmente predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho

médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85).”

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregonan de un sujeto de especial protección constitucional³¹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.”³²

³¹ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

³² Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) en la cual se estudió el caso de una menor que padecía una *lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda* y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: “() en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suuario ni cosmético”

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’.³³ Para la jurisprudencia constitucional “(...) *no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.*”³⁴ La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.³⁵

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud.

3.3. Facetas positivas y negativas derivadas del derecho a la salud; jurisprudencia sobre la protección de los derechos fundamentales, a propósito de las obligaciones de contenido prestacional

³³ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

³⁴ En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) *afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.*” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

³⁵ La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, entre otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

3.3.1. El derecho a la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un inicio, que el Estado, o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona.³⁶ En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales no se deriva la obligación de realizar una acción positiva, sino más bien, obligaciones de abstención, en tanto no suponen que el Estado haga algo, sino que lo deje de hacer, no hay razón alguna para que sean obligaciones cuyo cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado entidad o persona cumple con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

3.3.2. La Corte no considera que las facetas positivas de un derecho siempre estén sometidas a una protección gradual y progresiva. *‘Cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correla-*

³⁶ En la sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional decidió tutelar el derecho de un trabajador independiente que había sufrido una afección a la salud (quemaduras por descargas eléctricas), causadas por cables eléctricos del alumbrado público que se encontraban en mal estado. La Corte Constitucional consideró lo siguiente: *“La empresa pública demandada, circunstancialmente notificada de su propia ineficiencia, finalmente - aunque al principio su conducta fue equívoca y reluctante - y como fruto de la acción de tutela interpuesta, adoptó un comportamiento consistente con el deber de corregir la ineficiencia observada: retiró los postes que soportan el alumbrado público colocando los cables a la distancia requerida y sufragó los gastos de hospitalización de la víctima del accidente. No habría cumplido el mencionado deber de corregir su propia ineficiencia de haberse limitado a retirar los postes y no procurar la inmediata atención médica del peticionario quien en su propio cuerpo portaba la marca indeleble de su infortunada ineficiencia.”* En la sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional protegió el derecho a la salud de un niño, cuya pierna fue afectada gravemente por la acción de un Hospital, en primer término, y por la posterior omisión del mismo, para brindar la atención médica necesaria para minimizar el impacto causado por el Hospital a la salud del menor. Dijo al respecto la sentencia: *“(…) en la actuación del personal hospitalario pueden diferenciarse dos momentos. Uno inicial, cuando se aplicó la inyección - con independencia del juicio de responsabilidad que pueda existir - y uno posterior, cuando se negó el tratamiento. En el primero de ellos se presenta una acción; en el segundo, una omisión. Ambos, con sus respectivas acción y omisión se complementan para determinar el resultado específico de la pérdida funcional del pie del menor. (...)”*.

tivas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado, éste puede reclamar la protección judicial inmediata del derecho. El criterio propuesto por la jurisprudencia para determinar cuándo se está ante tal situación es el de *urgencia*, el cual es expuesto en la sentencia T-595 de 2002 en los siguientes términos,

“(...) La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable. El criterio de la urgencia torna objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación que, de otra forma, permanece dentro de la esfera decisoria del obligado (...).”³⁷³⁸

3.3.3. Para la jurisprudencia constitucional, la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, más no jurídica o conceptual. Según la Corte, *“la creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección*

³⁷ En la sentencia T-1279 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se consideró acerca del derecho a la salud que: *“(...) el legislador determinó que enfermedades que no afectan de manera grave la salud de la persona deben ser costeadas por ella misma o su familia, sin que para ello pueda pretenderse la participación en los recursos destinados a combatir otras enfermedades de mayor entidad para el individuo y de mayor relevancia social, a juicio de los órganos democráticos habilitados para fijar las prioridades de la política pública de salud. Sin embargo, en reiteradas ocasiones la Corte ha sostenido que una persona tiene derecho a recibir una prestación específica así ésta haya sido excluida del POS [Plan Obligatorio de Salud] cuando ello es necesario para evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad del accionante. En esta hipótesis el ámbito de la protección del derecho a la salud se expande más allá de los límites que se le han fijado en virtud del POS. Pero la Corte debe apreciar caso por caso si ello es así.”* [Nota original del texto de la sentencia].

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en la sentencia se da el siguiente ejemplo de ‘urgencia’: *“(...) Por ejemplo, se vulnera el derecho a la libertad de locomoción de la persona que requiere de un tratamiento médico vital al que sólo puede acceder con el transporte público, cuando no se le garantiza inmediatamente el acceso al mismo de forma que se evite el daño grave e inminente que puede sufrir en caso de no recibir la atención requerida. (...)”*

inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no".³⁹ Desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está 'estrechamente' relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan.⁴⁰

3.3.4. No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría 'derechos no prestacionales' o 'derechos negativos'. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.

3.3.5. La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de '*prestacional*' no se predica de la categoría '*derecho*', sino de la '*faceta de un derecho*'.⁴¹ Es un error categorial hablar de '*de-*

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en este caso se tuteló el derecho a la libertad de locomoción de un discapacitado, en una de sus facetas prestacionales. Esta decisión, en especial lo referente al carácter prestacional de algunas facetas de todos los derechos fundamentales (de libertad o sociales), ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-276 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-520 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-680 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-025 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-087 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto),

⁴⁰ En la sentencia T-427 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) consideró al respecto lo siguiente: "*Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del capítulo 2, título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad —derechos civiles y políticos fundamentales— pueden contener un elemento prestacional. En términos generales, el carácter prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y, en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar derivada del mismo texto constitucional.*" Esta decisión ha sido reiterada, entre otras ocasiones, en las sentencias T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto),

⁴¹ En la sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte estudió la acción de tutela de un ciudadano que consideraba que una de las entidades que opera el sistema de transporte público de Bogotá, -Transmilenio S.A.-, violaba su derecho a la libertad de locomoción y desconocía la especial protección que la Constitución le brinda, al no haber garantizado la accesibili-

rechos prestacionales’, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales.

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico),⁴² o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

dad a las rutas periféricas [rutas alimentadoras] del Sistema a las personas con discapacidad –en concreto, personas en silla de ruedas–. La Corte resolvió el caso a favor del accionante. La Corte consideró que el derecho de los discapacitados para acceder al sistema de transporte público en condiciones de igualdad supone una faceta prestacional de la libertad de locomoción de carácter progresivo, por cuanto requiere “*tiempo para diseñar y planificar, así como la necesidad de apropiar y destinar recursos para adecuar las condiciones existentes*”. Por eso, el cumplimiento pleno e integral de esta faceta del derecho no puede ser exigido de forma instantánea. De acuerdo con la Corte, en este campo, como en otros, “*es preciso que gradualmente se vayan implementado las diversas políticas que aseguren a los discapacitados su inclusión a la sociedad.*”

⁴² Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante.⁴³ Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.⁴⁴

⁴³ En la sentencia T-595 de 2002 la Corte señaló al respecto lo siguiente, “*Decidir cuál es la mejor forma de remover las cargas excesivas que pesan sobre este grupo de personas conlleva, necesariamente, el diseño de una política pública mediante la cual se tomen las medidas adecuadas para cumplir el mandato constitucional de proteger especialmente a los discapacitados y garantizar su integración social. Es pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciben los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social. (...)*” || *No es pues competencia del juez de tutela sino de Transmilenio S.A., decidir la forma como deben ser removidas estas cargas excesivas que se le imponen a este grupo social para acceder al servicio de transporte masivo (...).*” La Corte consideró que “*existen diversas alternativas para que se garantice a las personas de movilidad reducida el goce efectivo de su libertad de locomoción en una ciudad. Tal y como lo señaló (...) Transmilenio (...) adecuar todos los buses podría llegar a suponer un costo demasiado alto si, por ejemplo, en lugar de ello se pudiese atender las necesidades de todo este grupo de discapacitados con sólo unos pocos buses acondicionados específica y exclusivamente para su uso. De hecho, como se consignó en los antecedentes, Transmilenio sostiene estar considerando esta opción.*”

⁴⁴ La Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “*(...) le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.*” Sentencia T-772 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); en este caso la Corte decidió, con base en su jurisprudencia que “*(...) las autoridades sí tienen el deber y la potestad constitucionales de adelantar políticas, programas y medidas orientadas a recuperar y preservar el espacio público, pero tales políticas, programas y medidas (i) se han de adelantar siguiendo el debido proceso y dándole a los afectados un trato digno, (ii) deben respetar la confianza legítima de los afectados, (iii) deben estar precedidas de una cuidadosa evaluación de la realidad sobre la cual habrán de tener efectos, con el seguimiento y la actualización necesarios para guardar correspondencia en su*

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.”⁴⁵

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, *“lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos”*⁴⁶. Por ello, al considerar un caso al respecto,

alcance y características con dicha realidad, con miras a asegurar el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, y (iv) no se pueden adelantar en forma tal que se lesione desproporcionadamente el derecho al mínimo vital de los sectores más vulnerables y pobres de la población, ni de manera tal que se prive a quienes no cuentan con oportunidades económicas en el sector formal de los únicos medios lícitos de subsistencia que tienen a su disposición.”

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso se dice al respecto: “(...) si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de éste tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo.” Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-739 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño) –en este caso se precisó el alcance del principio de progresividad, a propósito de la continuidad en las condiciones de acceso al servicio de salud–, y la sentencia T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) –este caso precisó los alcances del principio al acceso a la educación para personas con discapacidad–.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); al respecto, la Corte señaló lo siguiente: “Si bien Transmilenio S.A. no puede de manera inmediata e instantánea, garantizar el acceso de Daniel Arturo

la Corte señaló que si bien el accionante *‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’*.⁴⁷

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas. En la sentencia T-595 de 2002 se indicó al respecto lo siguiente,

*“No poder garantizar de manera instantánea el contenido prestacional del derecho es entendible por las razones expuestas; pero carecer de un programa que de forma razonable y adecuada conduzca a garantizar los derechos en cuestión es inadmisiblemente constitucionalmente. El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta, del Estado. Precisamente por el hecho de tratarse de garantías que suponen el diseño e implementación de una política pública, el no haber comenzado siquiera a elaborar un plan es una violación de la Carta Política que exige al Estado no sólo discutir o diseñar una política de integración social [para discapacitados], sino adelantarla.”*⁴⁸

Bermúdez Urrego al Sistema de transporte sin tener que soportar cargas excesivas, lo mínimo que debe hacer para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de la libertad de locomoción en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos, como de los demás discapacitados físicos.”

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dijo la Corte al respecto: *“(…) No contar siquiera con un plan mediante el cual se busque gradualmente garantizar su acceso al servicio de transporte público de Bogotá, vulnera no sólo su libertad de locomoción sino su derecho a la igualdad, así como también amenaza las diversas garantías cuyo ejercicio está supeditado a la posibilidad de movilizarse, como el derecho al trabajo, la educación, la salud o el libre desarrollo de la personalidad.”*

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); al respecto, la Corte añadió: *“(…) Esta es la consecuencia lógica que se sigue de la jurisprudencia constitucional en materia de prestaciones programáticas, que establece que la plena realización de éstas será gradual. La jurisprudencia ha indicado así que el alcance de exigibilidad debe aumentar con el paso del tiempo, con el mejoramiento de las capacidades de gestión administrativa, con la disponibilidad de recursos y, lo que es especialmente relevante en el presente caso, con las decisiones*

3.3.10. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

3.3.11. La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla.*⁴⁹ Así pues, en la sentencia T-595 de 2002, por ejemplo, - en lo que respecta a las dimensiones positivas de la libertad de locomoción de los discapacitados - al constatar que la entidad acusada violaba el derecho fundamental exigido, por no contar con un plan,⁵⁰ la Corte resolvió, entre otras cosas, tutelar los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad del accionante, en razón a su discapacidad especialmente protegida.

3.3.12. La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del

democráticamente adoptadas y plasmadas en leyes de la República, mediante las cuales el Congreso fija metas y señala la magnitud de los compromisos encaminados a lograr el goce efectivo de tales prestaciones."

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dice la Corte al respecto: "Primero, como se dijo, debe existir una política pública, generalmente plasmada en un plan. Es lo mínimo que debe hacer quien tiene la obligación de garantizar la prestación invocada. Se desconoce entonces la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, cuando ni siquiera se cuenta con un plan que conduzca, gradual pero sería y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo."

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte indicó al respecto: "No obstante, pese a que Transmilenio logró que Sistema Troncal sea un ejemplo de accesibilidad a nivel no sólo nacional sino regional, y que tiene razón en cuanto a la imposibilidad de tener actualmente el Sistema de rutas alimentadoras en el mismo nivel, advierte la Corte que no ha observado el contenido mínimo exigible del derecho fundamental invocado, esto es, la existencia de una política pública que se concrete en un programa de acción. Según el Gerente de la Empresa, aunque se han estudiado algunas alternativas, actualmente no existe un plan que asegure al accionante, progresivamente, la accesibilidad al servicio de transporte público."

derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas.⁵¹ Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”.⁵²

3.3.13. La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática.⁵³ En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘*que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan*’, o (ii) ‘*que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente*’.⁵⁴ Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); dice la Corte al respecto: “Segundo, el plan debe estar encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho; el artículo 2° de la Constitución fija con toda claridad este derrotero. La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución.”

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵³ Al respecto, la Corte señaló específicamente lo siguiente: “Tercero, el plan debe ser sensible a la participación ciudadana cuando así lo ordene la Constitución o la ley. Este mandato proviene de diversas normas constitucionales, entre las cuales se destaca nuevamente el artículo 2°, en donde se indica que es un fin esencial del Estado ‘(...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; (...)’, lo cual concuerda con la definición de la democracia colombiana como participativa (artículo 1° C.P.)” Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar “*por lo menos, a la ejecución y al sistema de evaluación del plan que se haya elegido.*”⁵⁵ La Corte resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.⁵⁶

3.3.14. En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.⁵⁷

3.3.15. En el caso en que el juez de tutela constata la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte consideró que el mandato de garantizar la participación ciudadana es reiterado específicamente para al ámbito del servicio público de transporte, por la Ley 105 de 1993 en los siguientes términos, “Artículo 3° — *Principios del Transporte público.* (...) || 4. *De la participación ciudadana.* Todas las personas en forma directa, o a través de las organizaciones sociales, podrán colaborar con las autoridades en el control y vigilancia de los servicios de transporte. Las autoridades prestarán especial atención a las quejas y sugerencias que se formulen y deberán darles el trámite debido.” Para la Corte, la norma resalta la importancia de la participación para controlar y vigilar la gestión del Estado. También prevé que en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas se ‘prestará especial atención a las quejas y sugerencias de las organizaciones sociales’.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte resolvió, entre otras cosas, ordenar a Transmilenio S.A. que informara cada tres meses al accionante, en su condición de miembro de la junta directiva de ASCOPAR (Asociación Colombiana para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad), del avance del plan dispuesto para garantizar el acceso de los discapacitados al sistema de transporte, para que al igual que el representante de la Asociación, pudiera participar en las fases de diseño, ejecución y evaluación.

⁵⁷ Estos elementos, fijados por la jurisprudencia en la sentencia T-595 de 2002, han sido reiterados en varias ocasiones por la Corte Constitucional, entre ellas, en las sentencias T-792 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-884 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana. Así por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte resolvió ordenar a la entidad acusada que en el término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el *acceso* del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas,⁵⁸ y que una vez diseñado el plan, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de conformidad con el cronograma incluido en él. Se impartieron pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho.⁵⁹

3.4. Caracterización del derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad, clases de obligaciones derivadas del derecho a la salud (respetar, proteger y garantizar)

La Sala de Revisión incluye en la presente sentencia un anexo sobre la génesis y evaluación del derecho a la salud en el ámbito internacional (ver el SEGUNDO ANEXO). No obstante, en esta sección es pertinente recordar las categorías analíticas mediante las cuales han sido caracterizadas las obligaciones derivadas de este derecho.

⁵⁸ Luego de considerar el orden constitucional vigente aplicable al caso, la Corte consideró que “*el ámbito de protección de la libertad de locomoción de una persona discapacitada contempla la posibilidad de acceder al sistema de transporte público básico de una ciudad en condiciones de igualdad, es decir, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas*”. Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); la Corte advierte expresamente que: *la dimensión positiva de este derecho fundamental supone, por lo menos (i) contar con un plan, (ii) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (iii) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito.*’

3.4.1. *Las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)*⁶⁰ A partir de 1989, el Comité adopta ‘observaciones generales’ acerca del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC, 1966) en desarrollo de su función primordial, vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes.⁶¹ Para el Comité, el PIDESC reconoce que los estados tienen tres tipos de obligaciones, derivadas de los derechos reconocidos, obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger* y obligaciones de *garantizar*.⁶²

⁶⁰ “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.” Página institucional del Comité (CESCR) en la red internet; ver: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado a raíz de la defectuosa actuación de dos órganos a los que se había encomendado anteriormente la vigilancia del Pacto. El Comité lo integran 18 expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos, elegidos por el Consejo Económico y Social para mandatos de cuatro años con posibilidad de ser reelegidos. En el proceso de selección se observan los principios de distribución geográfica equitativa y de representación de distintos sistemas sociales y jurídicos. La función primordial del Comité es vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes. [Folleto informativo No.16 (Rev. 1), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), 1996.]

⁶¹ En 1988, de conformidad con la invitación que le había dirigido el Consejo Económico y Social (resolución 1987/5), y que había hecho suya la Asamblea General (resolución 42/102), el Comité decidió comenzar a preparar unas *observaciones generales* sobre los derechos y las disposiciones contenidos en el PIDESC (1966) con miras a asistir a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones concernientes a la presentación de informes y contribuir a aclarar más la interpretación de la intención, el significado y el contenido del Pacto. Es una manera de promover la aplicación del PIDESC (1966), al señalarse a la atención de los Estados Partes las carencias reveladas en muchos de sus informes y promover que determinadas disposiciones del Pacto reciban mayor atención, con miras a “lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto”, PIDESC (1966). [Introducción: *finalidad de las observaciones generales*, U.N. Doc. E/1989/22]

⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General* N°3, N°4, N°5 y N°6; ver también los principios de Limburgo (1986) y los principios de Maastricht (1997).

3.4.2. El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la *Observación General N°14* (2000) acerca '*el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*'.

3.4.2.1. De manera clara y categórica, la *Observación General N°14* (2000) establece que '*la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*'. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está '*estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos*', refiriéndose de forma específica al '*derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación*'. Para el Comité, '*esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud*'.⁶³

3.4.2.2. El Comité advierte que '*todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*',⁶⁴ y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.⁶⁵ Observa el Comité que el concepto del '*más alto nivel posible de salud*' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de '*buena salud*', sino a garantizar "*toda una gama de facilidades, bienes y servicios*" que aseguren el '*más alto nivel posible de salud*'.⁶⁶ En tal sentido, conside-

⁶³ *Observación General N° 14* (2000) '*El derecho del más alto nivel posible de salud*'.

⁶⁴ El PIDESC, artículo 12, contempla '*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*'.

⁶⁵ *Observación General N° 14* (2000) '*El derecho del más alto nivel posible de salud*' (2).

⁶⁶ *Observación General N° 14* (2000) '*El derecho del más alto nivel posible de salud*' (9). "*(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de*

ra que ‘el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud’; entre ellos ‘la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.’⁶⁷

3.4.2.3. ‘El derecho a la salud entraña libertades y derechos’, señala el Comité, indicando como ejemplo de las libertades ‘el derecho a controlar su salud y su cuerpo’ o ‘el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales’. Entre los derechos, se presenta como ejemplo ‘el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud’.

3.4.2.4. El Comité advierte que desde la adopción de los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas en 1966, ‘*la situación mundial de la salud se ha modificado de manera espectacular*’, al paso que el concepto de la salud ha experimentado cambios importantes en cuanto a su contenido y alcance. En tal sentido, el Comité considera que al interpretar el artículo 12 del PIDESC, se debe tener en cuenta que enfermedades anteriormente desconocidas, “como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud”. El Comité advierte que para millones de personas, en especial las más pobres, ‘*el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto*’.

3.4.2.5. El artículo 12, PIDESC, contempla ámbitos de protección específicos del derecho a la salud, los cuales son precisados por el Comité en su *Observación General N°14* (2000). Así, se pronuncia sobre lo que implica (1) garantizar ‘*la salud infantil, ma-*

vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...].”

⁶⁷ *Observación General N° 14* (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’.

terna y reproductiva’;⁶⁸ (2) el deber de mejorar ‘la higiene ambiental e industrial’;⁶⁹ (3) la ‘lucha contra las enfermedades’, en especial las epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole;⁷⁰ y (4) el derecho a que se ‘creen las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’.⁷¹

3.4.2.6. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considera que el derecho a la salud “en todas sus formas y

⁶⁸ El Comité señala que deben incluirse “(i) los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, (ii) la atención anterior y posterior al parto, (iii) los servicios obstétricos de urgencia y (iv) el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información.” (*Observación General N°14*).

⁶⁹ Para el Comité, esto implica, por ejemplo, “(i) la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; (ii) la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; (iii) la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.” (*Observación General N°14*).

⁷⁰ Para el Comité, estos contenidos del derecho “exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA”. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. “La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.” (*Observación General N°14*).

⁷¹ Para el Comité este derecho contempla (i) “el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; (ii) programas de reconocimientos periódicos; (iii) tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; (iv) el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.” También advierte el Comité que se debe mejorar y fomentar la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.” (*Observación General N°14*).

a todos los niveles” abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalentes en un determinado Estado Parte, a saber, *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*. (i) Cada estado debe tener *disponibles* “un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.”⁷² (ii) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser *accesibles* a todos, sin discriminación alguna, en cuatro dimensiones superpuestas: (a) ‘*no discriminación*’, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) ‘*accesibilidad física*’, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados;⁷³ (c) ‘*accesibilidad económica*’ (asequibilidad), los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos;⁷⁴ y (d) ‘*acceso a la información*’, el derecho de soli-

⁷² Para el Comité: “(...) esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS (Véase la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS, revisada en diciembre de 1999, Información sobre medicamentos de la OMS, vol. 13, N° 4, 1999.)”

⁷³ Como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA, señala el Comité. Añade que “la accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.” (Observación General N°14).

⁷⁴ El Comité señala que “los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.” (Observación General N°14).

citar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad. (iii) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (*aceptables*) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.” (iv) Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también de buena *calidad*, apropiados desde el punto de vista científico y médico.⁷⁵

3.4.2.7. Con relación al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud, el Comité resalta que el derecho a la salud impone a los Estados obligaciones inmediatas como (i) la garantía de que será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12 (PIDESC), indicando que las medidas deben ser *deliberadas y concretas*, y su finalidad debe ser ‘la plena realización del derecho a la salud’. Reitera también, que la ‘realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período’ implica la obligación *concreta y constante* de avanzar lo más *expedita y eficazmente* posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud.

3.4.2.8. La Observación General N°14 (2000) resalta de forma especial, la obligación de no adoptar medidas ‘*deliberadamente regresivas*’ en cuanto a la plena realización del derecho a la salud, salvo que se demuestre que se optó por ellas “tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

⁷⁵ Para el Comité “*ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.*” (Observación General N°14).

3.4.2.9. Para el Comité, al igual de lo que ocurre con los demás derechos, el derecho a la salud supone obligaciones de tres tipos, obligaciones de (i) *respeto*, obligaciones de (ii) *protección* y obligaciones de (iii) *cumplimiento* (denominadas también de *garantizar*).

La Sala de Revisión advierte que actualmente existe una discusión abierta en la jurisprudencia y la doctrina con relación a cuáles son las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental. Existe un relativo acuerdo en lo que se refiere al tipo de obligaciones que estarían comprendidas en las dos clasificaciones iniciales, las obligaciones de *respetar* y de *proteger*, pero no así con la última. Las obligaciones de *cumplir*, denominadas por algunos autores como de *garantía*, de *asegurar* o de *satisfacer*, no se han caracterizado de forma pacífica. Así, por ejemplo, mientras que para la Observación General N° 14 las obligaciones de *cumplir* se dividen a su vez en obligaciones de '*facilitar*', '*proporcionar*' y '*promover*', para algunos autores, además de las obligaciones de respetar y proteger, hay dos clases adicionales, las de asegurar, por un lado, y las promover, por otro.⁷⁶

3.4.2.9.1. El Comité indica que la obligación de *respetar* "exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud". De acuerdo con la Observación General N°14 (2000), la obligación de *respetar* el derecho a la salud, supone, en particular

"[abstenerse] de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medi-

⁷⁶ Al respecto pueden verse, entre otros textos, VAN HOFF, G., The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views, en ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds), *The right to food*, Utrecht, 1984 p.97-110 – Eide, A., Economic, social and cultural rights as human rights en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1995.

camentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.

[...] Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud. Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.”

3.4.2.9.2. La obligación de *proteger* “requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12” (PIDESC, 1966). De acuerdo con la Observación General N°14 (2000), las obligaciones de *proteger*

“(...) incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.”

3.4.2.9.3. La obligación de *cumplir* “requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.”⁷⁷ (i) Para el Comité la obligación de *cumplir (facilitar)* “requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud”.⁷⁸ (ii) La obligación

⁷⁷ De acuerdo con la Observación General N°14 (2000), la obligación de *cumplir* “requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.”

⁷⁸ De acuerdo con la Observación General N°14 (2000), las obligaciones de *facilitar* “requiere[n] en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos es derecho con ayuda de los medios a su disposición.”

de *cumplir* (*proporcionar*) un derecho específico enunciado en el Pacto “en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición” (iii) La obligación de *cumplir* (*promover*) el derecho a la salud “requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población.”⁷⁹

3.4.2.9.4. Esta clasificación de las obligaciones derivadas de un derecho tiene varias utilidades. Permite, entre otras cosas, caracterizar el tipo de violaciones a un derecho, distinguiendo las implicaciones jurídicas en cada caso. Así, por ejemplo, puede afirmarse que el hecho de que algunas de las obligaciones de *protección* que sean costosas y, además, de carácter progresivo, no impide, en forma alguna, la intervención del juez constitucional en casos en los que su deber consiste en evitar que se irrespete el derecho, removiendo las barreras que obstaculizan su goce efectivo. En otras palabras, la deferencia que el juez constitucional debe al debate democrático y a las normas de rango legal como parámetro para avanzar en el cumplimiento de las obligaciones de carácter progresivo de un derecho fundamental, no justifica que dicho juez desconozca su deber de garantizar el goce efectivo de un derecho en casos concretos, dentro del respeto a las normas de rango legal, dando aplicación a la Constitución y adoptando decisiones que usualmente se inscriben dentro de los vacíos dejados por normas infralegales o ineficiencias o mala prácticas de los actores.

Esta clasificación resalta el hecho de que todo derecho fundamental tiene facetas de carácter positivo y facetas de carácter negativo. En efecto, dentro de las obligaciones de respeto, de protección y de garantía, derivadas de un derecho fundamental como la salud,

⁷⁹ El Comité advierte en la Observación General N°14 (2000) que entre las obligaciones de *promover* figuran las siguientes: “ i) *fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.*”

se entremezclan los dos tipos de facetas, obligaciones en las que se demanda ‘hacer’ algo al Estado o a ciertas entidades privadas responsables (positivas), y obligaciones en las que se les demanda ‘dejar de hacer’ algo (negativas). Así, por ejemplo, respetar el derecho a la salud puede implicar no realizar un experimento en contra de la voluntad de una persona, pero también puede implicar tomar las medidas adecuadas y necesarias para deshacerse de los residuos hospitalarios. De forma similar, la obligación de protección puede implicar la elaboración de una compleja política pública, por ejemplo en vacunación, pero también puede implicar dejar sin efecto una decisión administrativa o una determinada regulación.

3.4.2.10. La Observación General N°14 (2000), también fijó cuáles son algunas de las ‘obligaciones básicas’,⁸⁰ que se entenderían incluidas dentro de los niveles esenciales del derecho, cuyo cumplimiento no puede ser diferido, así como algunas de las ‘obligaciones prioritarias’.⁸¹

⁸⁰ Al respecto se incluyen: “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.” Observación General N°14 (2000).

⁸¹ Al respecto se incluyen: “a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad; c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades; e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.”

3.4.2.11. En cuanto a las violaciones de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, el Comité advierte en la *Observación*, que se debe distinguir claramente entre la ‘incapacidad’ del Estado para cumplir con alguna de las obligaciones y la ‘renuencia’ para cumplir. Un Estado viola las obligaciones derivadas del derecho a la salud, en la medida en que “no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para [darle] efectividad al derecho.”⁸² En el caso de que el estado tenga una limitación de recursos para cumplir plenamente sus obligaciones, “tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones” derivadas del derecho a la salud. No obstante, el Estado “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas” antes mencionadas, las cuales, se señala, “son inderogables”.⁸³ El Comité resalta que dentro de las “violaciones resultantes de *actos de comisión* figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud.”; dentro de las violaciones resultado de no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales (*actos de omisión*’), “figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes.” La *Observación* advierte también algunos de los casos en los que los Estados violan las obligaciones derivadas del Pacto, distinguiendo entre los diferentes tipos de obligaciones (*respetar, proteger y cumplir*).⁸⁴

⁸² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N°14* (2000).

⁸³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N°14* (2000).

⁸⁴ Como ejemplos de violaciones a obligaciones de respetar el Comité señala “*la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas*

3.4.2.12. Finalmente, el Comité resalta que para lograr el pleno ejercicio del derecho a la salud, “es necesario adoptar una estrategia nacional”, “basada en los principios de derechos humanos” y que tenga en cuenta “los recursos disponibles”, con base en la cual se formulen políticas y se establezcan los indicadores y las bases de referencia correspondientes del derecho a la salud.⁸⁵ La formulación

personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de iure o de facto; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales.” Como ejemplos de violaciones a obligaciones de proteger el Comité señala “*la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras.”* Como ejemplos de violaciones a obligaciones de cumplir, el Comité indica que ello ocurre cuando “*no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud*”, “*la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna.”* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°14 (2000).

⁸⁵ La Observación sostiene que “*el objetivo de los indicadores debe consistir en vigilar, en los planos nacional e internacional, las obligaciones asumidas por el Estado Parte en virtud del artículo 12. (...) Los indicadores del derecho a la salud requieren un desglose basado en los motivos de discriminación prohibidos.*” Además indica que una vez identificados los pertinentes indicadores del derecho a la salud, “*los Estados Parte que establezcan las bases nacionales de referencia apropiadas respecto de cada indicador.*” Observación General N°14 (2000).

de la política que se implemente, debe contar con la participación de las personas, en especial de aquellas que se verían afectadas por la decisión. El Estado debe garantizar la participación de las personas en (i) la fijación de prioridades, (ii) la adopción de decisiones, (iii) la planificación, (iv) la aplicación y (v) la evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud.’

3.5. Los límites del derecho a la salud.

Ejemplos de limitaciones en el acceso a servicios.

3.5.1. Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela. Por ejemplo, la Corte ha negado los servicios estéticos. Si bien la obesidad puede en el largo plazo tener consecuencias para la salud de una persona, cada individuo también tiene el deber de cuidar de su salud y por lo tanto, de velar por prevenir las enfermedades que se derivan del sobrepeso. Sólo cuando la obesidad llega a un grado tal que los peligros para la vida y la integridad de una persona se vuelven ciertos y difícilmente reversibles mediante una dieta, la cirugía prescrita por el médico tratante adquiere una relevancia constitucional que ha conducido a conceder la tutela. Lo mismo se ha aplicado a los tratamientos odontológicos, en la medida en que una buena dentadura o una dentadura completa son deseables, pero distan de ser necesarias para preservar la vida o la integridad personal o de ser indispensables para que se pueda vivir dignamente. Inclusive la Corte ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad. La lista de ejemplos de servicios de salud que la Corte ha admitido que sean excluidos del POS - y no autorizados, así el médico tratante los haya prescrito - podría continuar; pero no es necesario describir exhaustivamente todos los tipos de casos en los cuales se ha admitido que el derecho a la salud tiene límites, razonables y justificados constitucionalmente.

3.5.2. A continuación se recuerdan algunos de estos ejemplos en los cuales la Corte ha negado la acción de tutela admitiendo que el servicio de salud prescrito por el médico no está en el POS y la Constitución no ordena que sea autorizado porque su exclusión no desconoce aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado:

- (i) *Servicios de salud estéticos*: En sentencia T-749 de 2001,⁸⁶ se negó una cirugía reconstructiva mamaria a una mujer que quería mejorar la apariencia física de sus senos. En sentencia T-490 de 2006,⁸⁷ se negó una depilación por láser a un hombre que padecía de Pseudofolocolitis de la Barba, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se le incrustan en la piel, por lo cual el actor se veía forzado a sacárselos con un alfiler. En sentencia T-198 de 2004,⁸⁸ se negó una cirugía plástica a una mujer que tras haber recibido tratamiento por un herpes infeccioso se le diagnosticó cicatriz irregular antiestética sobre el ala nasal izquierda. Esta Corporación adujo que de acuerdo a lo indicado por el médico tratante, se trata de una operación que no está dirigida a lograr la recuperación funcional de la demandante, sino que persigue exclusivamente fines estéticos. En sentencia T-676 de 2002,⁸⁹ la Corte negó tratamientos originados como consecuencia de complicaciones de cirugía estética. En sentencia T-073 de 2007,⁹⁰ se concluyó que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, no fueron vulnerados por la entidad demandada al negar el medicamento para el acné ordenado por su médico tratante, no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud. La Juez de Instancia concluyó que la afección a la salud que padece el menor no vulnera ni pone en riesgo su salud, su vida o su integridad personal. Se trata de una enfermedad común de la adolescencia y no hay indicio en el expediente de que la situación del menor sea especialmente grave, además la demandante no probó que no pueda pagarlo, ni impugnó el fallo, ni aportó las pruebas solicitadas. En sentencia T-476 de 2000,⁹¹ la Corte negó una mamoplastia reductora porque no tiene fines terapéuticos ni se afecta la salud

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-749 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-198 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-676 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería).

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-073 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-476 de 2000 (MP Alvaro Tafur Galvis).

de la demandante. En sentencia T-539 de 2007,⁹² negó una mamoplastia reductora porque no existe un riesgo inminente y grave, además, no se afecta la salud de la actora. En sentencia T-757 de 1998,⁹³ la Corte negó una cirugía de quiste sobre ceja derecha que no afecta su vida e integridad personal ni implica limitación funcional. Usualmente la Corte ha considerado que los tratamientos estéticos deben ser costeados por el interesado, así ello represente una carga económica elevada.⁹⁴

(ii) *Gafas y cirugía ojos*: En sentencia T-1036 de 2000,⁹⁵ la Corte negó el cambio de gafas a una paciente que sólo había cumplido 3 años con los lentes, y el cambio sólo puede hacerse cada 5 años. Esta Corporación argumentó que la no entrega de los nuevos lentes recetados, no es una circunstancia que ponga en peligro la vida de la accionante o lesione sus derechos fundamentales. En sentencia T-1008 de 2006,⁹⁶ negó el cambio de unas gafas a una paciente que llevaba un año con los lentes pero según el concepto de un médico de la EPS, éstos fueron mal formulados porque no deberían ser bifocales. La Corte señaló que la actora no acreditó que las gafas que se le formularon y suministraron el año inmediatamente anterior por parte del Seguro Social fueron mal recetadas y que por ello requiera de unas nuevas, pues solo aportó una formula expedida por una optómetra en un formato de solicitud de examen de labo-

⁹² Corte Constitucional, sentencia T-539 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero).

⁹⁴ En sentencia T-117 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), la Corte negó los medicamentos *Seserum Gel* y *Umbrella Gel* solicitados por una mujer que padecía de melasma en su cara, enfermedad que le producía manchas blancas y envejecimiento en su piel. La Corte consideró que la accionante cuenta con los recursos necesarios para procurarse el suministro de dichos productos, en consideración a que los mismos no tienen un alto costo, que en principio, afecte su mínimo vital. En efecto, conforme a lo demostrado la accionante cuenta con una asignación mensual que una vez realizados los descuentos asciende a \$510.468 mientras los productos no superan la suma de \$50.000. De otra parte, en el presente caso tampoco están acreditados los presupuestos que permitan verificar la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza de la accionante por la no entrega de dichos productos, ni se ha desvirtuado la naturaleza cosmética de los mismos, lo cual, en principio, no evidencia una afectación al derecho a la vida de la accionante.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1036 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-1008 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

ratorio. En sentencia T-409 de 1995,⁹⁷ negó una cirugía refractaria para corregir problemas visuales a un hombre que padecía de miopía y astigmatismo y se negaba a usar gafas por la incomodidad y mal aspecto físico que le producía su uso. Esta Corporación precisó que no es la tutela el mecanismo idóneo para hacer efectivo el derecho pretendido por el actor, pues en la protección del derecho a la salud existe una esfera o ámbito que se vincula con el derecho a la vida y, por lo tanto, bajo este aspecto se le reconoce como un derecho fundamental.

(iii) *Tratamientos de fertilidad*: En sentencia T-698 de 2001,⁹⁸ negó una laparoscopia operatoria a una mujer que padecía una enfermedad de su aparato reproductor caracterizada por la inflamación de los ovarios y dolor pélvico persistente, igualmente se le diagnosticó un hidrosalpinx en el lado derecho. Esta Corporación argumentó que no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él. En sentencia T-946 de 2002,⁹⁹ negó el tratamiento de fertilidad consistente en inseminación y fecundación *in-vitro* a una mujer que sufría de endometriosis severa, hidrosalpinx y fibroplastia. La Corte reiteró que el tratamiento se encontraba excluido del POS y no era posible ordenarlo mediante tutela y señaló que no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud. En sentencia T-752 de 2007,¹⁰⁰ negó una fertilización *in-vitro* a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que tenía problemas para quedar embarazada. Esta Corporación argumentó que no existe violación de derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.

(iv) *Tratamiento de desintoxicación*: En sentencia T-1060 de 2002,¹⁰¹ la Corte negó un tratamiento de desintoxicación alcohólica.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-409 de 1995 (MP Antonio Barrera Carbonell).

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia T-752 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

- (v) *Prótesis*: En sentencia T-1123 de 2000,¹⁰² la Corte negó el suministro del medicamento Rinocort y prótesis para la pierna derecha del accionante. La Corte concluye que no hay elementos de juicio que permitan sustentar una orden de tutela que determinen dar una droga y una prótesis que no figuran en el POS. En sentencia T-820 de 2001,¹⁰³ negó el mantenimiento de prótesis del pie solicitado por el demandante, por cuanto la salud del actor no se encuentra afectada de tal manera que sus derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal se encuentren vulnerados.
- (vi) *By pass gástrico*: En sentencia T-1078 de 2007,¹⁰⁴ negó una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia a persona con obesidad mórbida, porque la actora no ha explorado otros tratamientos y se niega a seguir dietas y ejercicios. En sentencia T-867 de 2006,¹⁰⁵ la Corte no ordenó una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia por cuanto no se afectaba la vida de la accionante.
- (vii) *Servicios de odontología*: En sentencia T-343 de 2003,¹⁰⁶ la Corte negó una cirugía periapical (tratamiento bucal) por cuanto no amenazan la vida e integridad personal del actor ni ha sido ordenada por el médico tratante. En sentencia T-1276 de 2001,¹⁰⁷ negó un tratamiento odontológico a un hombre que sufrió un accidente y perdió 11 dientes del maxilar inferior. Esta Corporación adujo como el actor no aportó ninguna prueba que demostrara su incapacidad económica para costear el suministro solicitado, se considera que en el presente caso no se cumplen con los presupuestos fijados por esta Corporación para hacer viable la procedencia de la acción de tutela.

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-1123 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia T-820 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1078 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto).

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia T-867 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T-343 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1276 de 2001 (MP Alvaro Tafur Galvis).

(viii) *Alergias*: En la sentencia T-1289 de 2005,¹⁰⁸ negó la acción de tutela porque resulta improcedente para lograr el suministro de vacunas antialérgicas. Incluso otras vacunas han sido negadas.¹⁰⁹

Los casos aquí presentados versan sobre limitaciones a uno de los ámbitos de protección del derecho a la salud más importante, a saber, el acceso a los servicios de salud. [...]

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1289 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁰⁹ En sentencia T-666 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), la Corte niega vacunas porque se presume que el actor cuenta con la capacidad de pago necesaria para asumir el valor de las vacunas de su hijo menor de edad.

El derecho a la salud de las víctimas del conflicto armado

Corte Constitucional
Sentencia T-045/10

Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa
Bogotá, 2 de febrero de 2010

[...] III. CONSIDERACIONES [...]

2. *Problema Jurídico.*

De acuerdo con los antecedentes reseñados debe la Corte establecer si la autoridad acusada (Ministerio de la Protección Social), vulneró el derecho a la salud de las señoras Diana Carmenza Rondono, Argénida Torres, María Romero y Juana Cárdenas, quienes en su condición de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos solicitaron atención en salud psiquiátrica y psicosocial, al circunscribir la atención solicitada únicamente a los planes básicos, en los distintos regímenes.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala señalará, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal (i) el alcance de la protección constitucional que tienen las personas víctimas del conflicto armado, que además ostentan la condición de desplazadas; (ii) las acciones que debe desarrollar el Estado para prestar los servicios de salud a las personas víctimas del conflicto armado, teniendo en cuenta sus condiciones psicológicas, emocionales y sociales y (iii) la solución del caso concreto.

3. Las víctimas del conflicto armado interno, que además ostentan la calidad de desplazados, gozan de una protección constitucional reforzada.

3.1. El artículo 13 de la Constitución Política, en aras de garantizar el derecho a la igualdad de manera real y efectiva, señala la obligación, en cabeza del Estado, de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

De conformidad con este mandato constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en el caso de las personas víctimas del conflicto armado interno, que además ostentan la calidad desplazados, debe darse un amparo especial por parte de las autoridades dadas sus condiciones de extrema vulnerabilidad. En tal sentido en la Sentencia T-025 de 2004 se sostuvo: *“por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas –en su mayor parte mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad - que se ven obligadas “a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional” para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: “Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”.* En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte *“la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública”, dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional.*

3.2. Adicionalmente esta Corporación ha reconocido que las circunstancias de extrema de vulnerabilidad se agudizan, cuando

los actos de violencia, en el marco del conflicto armado, se ejercen contra las mujeres. De acuerdo con el Auto 092 de 2008 proferido por este Tribunal,^{1,2} en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzoso se identifican por lo menos diez (10) factores de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres por causa de su condición femenina en el marco de la confrontación armada interna colombiana, que no son compartidos por los hombres, y que explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzoso sobre las mujeres. Estos riesgos son: *“(i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia; (iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales -voluntarias, accidentales o presuntas- con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos ilegales enemigos; (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; (viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales; (ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad*

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y (x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento.”

Así mismo en el Auto 092 se sostuvo: “(...) en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzoso y al identificar los riesgos de género en el conflicto armado colombiano, la Corte hace hincapié en el riesgo de violencia sexual, constatando la gravedad y generalización de la situación de que se ha puesto de presente por diversas vías procesales ante esta Corporación en este sentido, mediante informaciones reiteradas, coherentes y consistentes presentadas por las víctimas o por organizaciones que promueven sus derechos; y explica que los relatos de episodios de violencia sexual contra mujeres sobre los que ha sido alertada incluyen, según informaciones fácticas detalladas que se reseñan en el acápite correspondiente, (a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura -tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados-, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley; (b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliares reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad; (c) la violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades; (d) la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley,

violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual; (e) el sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual; (f) actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional; (g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (h) casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o (i) amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes.”

Como consecuencia de este reconocimiento, la Corte Constitucional ordenó tanto en el Auto 092 de 2008 como en el Auto 237 del mismo año, al gobierno nacional, y en particular al Ministerio de la Protección Social, adoptar medidas concretas para atender a las mujeres víctimas de desplazamiento en el aspecto de atención psicosocial.

4. La condición de víctima del conflicto armado interno exige acciones específicas y concretas por parte del Estado en la prestación de los servicios de salud.³

4.1. Tal como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la

³ Este apartado se construyó a partir de las intervenciones de las diferentes organizaciones, no gubernamentales, que remitieron sus conceptos.

organización estatal en su conjunto, que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deben guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo. Así mismo, las autoridades están obligadas –por los medios que estimen conducentes– a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.

4.2. En el caso de las personas víctimas del conflicto armado, que además han tenido que desplazarse de su territorio para poder sobrevivir, esta Corporación ha establecido que dada la masiva, compleja, sistemática y continuada violación de los derechos fundamentales de este sector poblacional, el Gobierno Nacional y, en general, las autoridades públicas, deben tomar medidas tendientes tanto a la prevención de la ocurrencia de nuevos hechos como a la asistencia oportuna y completa de quienes ya los padecieron.

De acuerdo con la Observación General N° 3 adoptada por el Comité del PIDESC las medidas adoptadas por el Estado deben comprender (i) *“todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”, sin que los medios se puedan agotar en la expedición de normas; (ii) la identificación de los medios administrativos, financieros, educacionales, sociales etc. apropiados en cada caso justificando porqué son en realidad los apropiados en vista de las circunstancias; (iii) contemplar dentro de los objetivos la progresiva y plena efectividad de los derechos reconocidos, lo cual implica que hay flexibilidad ante las limitaciones del mundo real pero también que las medidas deben estar encaminadas a avanzar, no a retroceder, empleando “hasta el máximo de los recursos de que disponga y (iv) “las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos nacionales (apartado 9) e internacio-*

nales (apartado 13) de que se disponga" y protegiendo "a los miembros vulnerables de la sociedad" (apartado 12). Sexto, el margen de flexibilidad reconocido al Estado no lo exime de "asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos", niveles que han de tener "carácter prioritario" y comprometen "todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición".

4.3. De conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación⁴, las entidades públicas encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud, deben preocuparse no sólo por cumplir los cuatro elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, sino que además deben contemplar las circunstancias particulares que se desprenden del hecho de ser víctimas del conflicto armado y del desplazamiento forzado, tales como la dificultad de acceder a los servicios de salud, el incremento de riesgo para contraer enfermedades que surge a partir de las condiciones deplorables a las que son sometidas las personas en situación de desplazamiento, las circunstancias de extrema vulnerabilidad agudizada cuando los actos de violencia se ejercen contra las mujeres, las precarias condiciones económicas de las víctimas y de sus núcleos familiares y la inestabilidad emocional.

En este sentido, la prestación de los servicios de salud a las víctimas del conflicto armado interno que además ostentan la calidad de desplazados no puede limitarse únicamente a los planes básicos que se contemplan en cada uno de los regímenes, es decir, en el Régimen Contributivo y en el Subsidiado, debido a que en el diseño de estos programas no se contemplaron las especificidades que se derivan de la condición de víctima del conflicto interno. Como lo señaló el Ministerio de la protección Social en su intervención, estos planes no contemplan, entre otras cosas, atención psicológica y psiquiátrica de mediana y alta complejidad así como la implementación efectiva de un enfoque psicosocial, elementos necesarios para la prestación de los servicios de salud a las víctimas integralmente.

⁴ Ver, entre otras, Sentencia T-025 de 2004, T- 760 de 2008.

En el caso de las mujeres víctimas de desplazamiento, la Corte Constitucional ordenó al gobierno nacional en los Autos 092 y 237 de 2008 desarrollar un programa de atención especial para las víctimas de violencia sexual y violencia intrafamiliar. El punto de partida y el fundamento común de este tipo de programas fue precisamente el carácter de sujetos de especial protección constitucional. Tal como lo señaló la Corte Constitucional en el Auto 092 de 2008, esta protección constitucional reforzada de las mujeres víctimas del conflicto, impone a las autoridades estatales a todo nivel especiales deberes de atención y salvaguarda de sus derechos fundamentales, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia.

El carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica que respecto de las mujeres desplazadas se adopten medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En este sentido, no basta, dadas las características de esa extrema vulnerabilidad y de las necesidades específicas que enfrentan las mujeres víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de desplazamiento forzado interno, incluirlas dentro de un programa general de salud dirigido a la población vulnerable, ni tampoco dentro de programas especiales de atención siquiátrica o psicológica que no tengan en cuenta su condición de víctimas. A continuación se exponen algunas consideraciones técnicas sobre las necesidades específicas que tienen las víctimas del conflicto armado en materia de atención psicosocial, aportadas por algunas de las organizaciones especializadas que han intervenido en el presente proceso.

5. La necesidad de que en la prestación de los servicios de salud a las víctimas del conflicto armado, se incluya la atención psicológica y psiquiátrica especializada e incorpore un enfoque psicosocial.

5.1. De conformidad con los informes presentados por las Corporaciones intervinientes en el proceso, la necesidad de prestar

atención psicológica y psiquiátrica a las víctimas del conflicto armado se desprende de las serias afectaciones en la salud y daños graves a la integridad mental que asumen distintas particularidades dependiendo del contexto social y cultural de la persona⁵. “La vivencia de hechos violentos genera fuertes impactos en la subjetividad de las personas, afecta los marcos de referencia (creencias) respecto a sí mismas y su estar en el mundo y en la constitución organizativa y simbólica de las comunidades a las que pertenecen.”

5.2. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que “El funcionamiento de las áreas mentales, físicas y sociales son interdependientes. Además, la salud y la enfermedad pueden existir simultáneamente...la salud es un estado de balance incluyendo el propio ser, los otros y el ambiente...”⁶ “La salud mental involucra el logro propio en el sentido de que los individuos pueden explotar plenamente su potencial, en segundo lugar, incluye un sentimiento de control que ejerce el individuo sobre su ambiente, y finalmente, que la salud mental positiva también significa autonomía que permite a los individuos identificar, confrontar y resolver problemas”⁷ y señala que debe considerarse: “... un estado de bienestar en el cual el individuo se da cuenta de sus propias aptitudes, puede afrontar las presiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”.⁸

De acuerdo con los informes prestados⁹ “La salud mental abarca -entre otros aspectos- el bienestar subjetivo, la percepción de la propia eficacia, la autonomía, la competencia, la dependencia intergeneracional y la autorrealización de las capacidades intelectuales y emocionales. La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como un estado de bienestar en el cual el individuo se da

⁵ Gómez Dupuis, Nieves. (2009). Op. cit.

⁶ OMS. (2004). *Promoción de la Salud Mental: Conceptos, Evidencia Emergente, práctica: informe compendiado*. Informe de la Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias en colaboración con la Fundación Victorian para la Promoción de la Salud (VicHealth) y la Universidad de Melbourne. Ginebra. p. 14.

⁷ OMS. (2004). Op. cit., p. 22

⁸ OMS. (2001a). *Fortaleciendo la promoción de la Salud mental*. Ginebra. Hoja informativa N° 20. p. 1

⁹ Folios 29 al 235 cuaderno 1 expediente de tutela.

cuenta de sus propias aptitudes, puede afrontar las presiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de hacer una contribución a su comunidad.¹⁰

Así mismos estas organizaciones han señalado que los factores de tipo biológico, social y psicológico influyen directamente en la salud mental, todas las personas se ven afectadas por las situaciones fluctuantes propias de la vida, la forma como se reacciona ante las mismas determina nuestras relaciones con el mundo y los demás seres humanos. Esta relación sujeto-mundo se torna patológica cuando las presiones sobrepasan los límites de resistencia del individuo¹¹ y llegan a afectarlo a través no sólo de enfermedades severas que producen graves incapacidades, sino también por el dolor psicológico, la angustia o el sufrimiento emocional que se padece”.- 5.3. Las mujeres víctimas del impacto desproporcionado del conflicto armado, se ven abocadas a factores de precipitación de afectaciones mentales las cuales no reciben adecuada atención terapéutica ni acompañamiento psicosocial para su superación.

“Las mujeres víctimas del conflicto armado que se han visto forzadas a desplazarse, en una alta proporción de los casos desde áreas rurales o marginales del país, además de (1) verse abocadas a situaciones de pobreza y marginación económica en los sitios de recepción (...) (2) deben afrontar a nivel emocional y psicológico tanto (i) el dolor y los traumas derivados de haber sufrido los diversos actos de violencia a los que están expuestas (...) como (ii) los efectos psicosociales derivados de la pérdida de sus estructuras familiares y la ruptura de sus redes comunitarias de sustento, seguridad y protección, (...) y (iii) las angustias y preocupaciones propias de la necesidad de ubicarse y reconstruir sus proyectos vitales y sus medios de subsistencia, en espacios ajenos, a menudo urbanos, que les resultan por completo desconocidos, y en los que no cuentan con redes de apoyo social o económico para sí ni para sus familiares”.¹²

¹⁰ Quiñonez Torres, Liliana. *La salud mental, todo un reto*. En: MEDUNAB Publicación de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, diciembre de 2006, vol. 20, n° 2, editorial.

¹¹ González Vélez, Ana (Coord.). Ob. Cit. Pág. 16.

¹² *Ibidem*.

Elas se han visto expuestas a graves situaciones marcadas por la violencia, la discriminación y la exclusión que en sí mismas constituyen hechos traumáticos que requieren elaboración para así favorecer el proceso de reconstrucción del proyecto de vida. Las mujeres víctimas tienen fuertes necesidades de atención en salud mental debido a las presiones y cargas psicológicas derivadas de esta condición, aunadas a la ruptura de los imaginarios sociales, redes de apoyo sociocultural y a la experiencia de la pobreza y la violencia, cuyo procesamiento debe verse aplazado o evadido ante la necesidad apremiante de responder por sus familias.¹³

En virtud de lo anterior, se requiere de una atención en salud mental que permita su recuperación, dentro de la que debe contemplarse la necesidad de romper el aislamiento, reconocer sus experiencias de miedo, identificar sus enfermedades, permitirles hablar de sus sentimientos de vergüenza y de culpa y romper los tabúes que los alimentan. Y, lo más importante, permitirles hablar de lo que vivieron y facilitar la reflexión en la comunidad, combatiendo la estigmatización y promoviendo actitudes positivas que permitan el reconocimiento de las víctimas.

5.4. De otra parte cabe señalar que, como se desprende de los informes presentados por las diferentes organizaciones de Derechos Humanos consultadas por esta Corporación, la prestación de los servicios de salud a las víctimas del conflicto armado, desde una perspectiva netamente clínica, desconoce el contexto y la realidad particular atravesada por las personas que se ven obligadas a enfrentar este tipo de hechos.

En primer lugar, la perspectiva psicosocial aporta en el desarrollo de una mirada integradora de la reparación. Pero aún antes, el trabajo psicosocial con víctimas, -bien de graves violaciones de Derechos Humanos o de las normas humanitarias-, no es un asunto solamente relativo a enfoques y contenidos técnicos: encierra un posicionamiento ético y moral que ubica la acción psicosocial del lado de las víctimas. Esto pone de presente una mirada valorativa de condena contra los hechos violentos y sus autores/promotores.

¹³ *Ibídem.*

Ubicarse del lado de las víctimas, no implica excluir a otros sectores/actores, -entre ellos los perpetradores-, pero incluirlos a todos no supone la misma perspectiva valorativa. En otras palabras, si bien quienes han actuado como responsables de esas violaciones, pueden servirse de lo psicosocial como parte de su propio restablecimiento humano, no lleva al equívoco de atenuar las fronteras entre víctimas y victimarios.

La intencionalidad con la cual se ejerce la violencia por parte de los actores del conflicto armado provoca impactos en el ámbito psicosocial y en la salud mental que afectan de manera directa a personas, familias y comunidades. El impacto psicosocial¹⁴ ocasionado por las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario es diverso, intenso, complejo y generalmente se revela de manera continua en el tiempo. A los distintos hechos de violencia a que han sido sometidas las víctimas, se suman las pérdidas materiales y simbólicas ocasionadas, entre ellas y de manera preponderante las de seres queridos, y la ruptura, des-

¹⁴ “En ausencia de consensos respecto de qué es lo psicosocial, se acepta que describe una forma de comprensión de los fenómenos humanos en una perspectiva relacional, en lo referente al sujeto y a su entorno afectivamente relevante, en donde se construyen los símbolos, significados y significantes de manera interactiva. Denota, igualmente, la forma de comprensión de fenómenos desde lo subjetivo y desde lo social, a tiempo que permite delinear formas de acción que en la práctica se expresan con herramientas que abordan estas dos dimensiones. En este sentido, la perspectiva psicosocial implica una aceptación de que los hechos violentos, como aquéllos a través de los cuales se expresan las violaciones de los Derechos Humanos y las Infracciones del DIH, son capaces de causar consecuencias de orden psicológico en colectivos y sujetos relacionamente considerados. Este enfoque trasciende la esfera individual y, por lo mismo, demanda un tipo de abordaje y herramientas acordes a tal comprensión. De modo que lo psicosocial no es entendido desde la dicotomía entre lo psíquico y lo social, donde cabrían unas acciones orientadas a cambiar al sujeto (consulta individual, fármacos, etc.), y otras acciones para cambiar la “realidad” social que el individuo percibe (proyectos productivos, organizaciones comunitarias, reuniones para establecer acciones frente al miedo, etc.), sino como una posibilidad de describir y abordar a través del lenguaje, a una realidad que se alimenta e impacta dos dimensiones interdependientes. Una perspectiva psicosocial supone, entonces, una forma de comprender y abordar los fenómenos desde un enfoque integrador. Modelo para la atención a población en situación de Desplazamiento”. Fundación Dos Mundos 1998.

estructuración y eventual colapso de redes personales y familiares. En ocasiones las víctimas han sido culpabilizadas y sometidas a estigmatización, sus reclamos no son escuchados por amplios sectores de la sociedad y de la institucionalidad, y sus demandas de justicia no son respondidas debidamente, lo cual revela los altos niveles de impunidad judicial y social alcanzados, impunidad que limita la posibilidad de reconstrucción de sus proyectos de vida.

5.5. Según los expertos, la perspectiva psicosocial favorece la comprensión de la particularidad de la población víctima de la violencia sociopolítica y el reconocimiento de sus múltiples contextos sociales, culturales y políticos como ámbitos en los que se construye y deconstruye la identidad y el mundo emocional, experiencial y explicativo, los cuales son constituyentes de la realidad que se vive y son al mismo tiempo susceptibles de transformación.

En ese sentido, es necesario considerar la caracterización psicosocial de cada persona y de cada población, la cual integra la mirada psicológica y la relacional- social para la identificación de los daños, transformaciones y pérdidas ocasionados por los hechos violentos de los que fueron víctimas en el contexto de la violencia sociopolítica que vive Colombia.

La mirada psicosocial desde la categoría identidad integra aspectos diferenciales como género, generación o ciclo vital, tipo de hecho violento, respuesta institucional y social, tipo de pérdidas sufridas, condiciones sociales y políticas de la persona víctima y tiempo, pues estos se constituyen en el contexto para reconocer la particularidad de cada persona o grupo.

En un primer ámbito, de la afectación emocional, se contemplan los escenarios emocionales en los que se encuentran las personas que han sido víctimas, y las narrativas o historias que realizan sobre sí mismas a partir del hecho violento.

Un segundo ámbito tiene que ver con la afectación relacional y se refiere a que la identidad es construida con los otros/as en la familia, la sociedad y la cultura, y en la medida que se haya producido un hecho violento, cambia y afecta la identidad individual y colectiva. Este aspecto contempla una comprensión en los cambios en las relaciones y en el ámbito cultural.

Como tercer ámbito, se propone una exploración de la afectación de los derechos de las víctimas, con el fin de identificar la construcción cultural y política de la persona como sujeto de derechos, acerca de sí misma y de su rol frente a los otros/as.

La revisión de las afectaciones emocional, relacional y de derechos, desde la categoría de identidad, brinda la posibilidad de obtener una mirada compleja sobre los efectos psicosociales que observamos en las familias y personas, teniendo en cuenta el contexto y el tipo de hecho violento del cual han sido víctimas.

Teniendo en cuenta lo anterior, una consecuencia fundamental de la perspectiva psicosocial es la despatologización de los individuos gracias a su visión hacia los contextos, la cual también amplía las alternativas de acción en ámbitos comunitarios de apoyo, al romper la idea clásica de la atención psicológica o psiquiátrica de consultorio circunscrita al mundo cotidiano.

6. Caso concreto.

6.1. El apoderado de las señoras Diana Carmenza Redondo y Argénida Torres y agente oficioso de María Romero y Juana Cárdenas, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social por considerar que dicha entidad vulneró el derecho a la salud de sus representadas, víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, al no adoptar medidas pertinentes para garantizar atención oportuna a las secuelas físicas y psicosociales derivadas de su especial condición de víctimas. En este sentido, señala el accionante que sus representadas han sido sometidas a excesivos trámites burocráticos para acceder a los servicios de salud y a dilaciones injustificadas en la obtención de tratamiento. Así mismo, sostiene que, pese a que sufren trastornos psicológicos y psiquiátricos, no han sido atendidas por profesionales especializados en psicología y psiquiatría que las evalúen y traten pues la prestación en los servicios de salud se ha limitado a evaluaciones físicas superficiales. Finalmente, señala que la falta de atención médica por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud, ha obligado a las familias de las tutelantes, de muy bajos recursos económicos, a costear

en la medida de sus posibilidades a médicos particulares e, incluso, ante la desesperación, a buscar ayuda a través brujos y curanderos, para obtener una solución que vaya más allá de la atención a los padecimientos físicos.

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social destacó como esfuerzos realizados a favor de las víctimas, las acciones realizadas para fortalecer la política nacional de prestación integral de salud en materia psicosocial dirigidos a la población en general. Sobre el asunto, señaló el Ministerio que ha expedido los lineamientos de intervención psicosocial, planteando la definición de políticas públicas en esta materia. Así mismo, indica que ha realizado documentales de difusión, manuales, guías y mesas de trabajo cuyo objeto es la formación consultiva de una política nacional con enfoque psicosocial.

En cuanto a la prestación de los servicios de salud, sostiene que estos servicios se prestan mediante la afiliación al Sistema de Seguridad Social, tanto en el Régimen Contributivo como el Subsidiado, en el marco de los planes obligatorios. No obstante, advierte que el POSS no incluye atención especializada en Salud Mental o en servicios de mediana y alta complejidad de las afecciones mentales, en lo que corresponde al tratamiento ni para patologías complicadas. Según el Ministerio es el ente territorial quien debe definir la organización de la prestación del servicio, para patologías de salud mental.

Finalmente señaló que si la población en situación de desplazamiento no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, todas las atenciones requeridas en salud mental, psicológica y psicosocial deben ser cubiertas por la Dirección Territorial de Salud.

6.2. Identificación de problemas.

Observa la Sala Primera de Revisión que las señoras Diana Carmona Redondo, Argénida Torres, María Romero y Juana Cárdenas, presentan graves afectaciones en su salud física y mental como consecuencia de haber sido víctimas de las dos masacres ocurridas

en El Salado en los años 1.997 y 2.000. Estas afecciones, fueron demostradas por la Comisión Colombiana de Juristas mediante la presentación de un informe elaborado por una psicóloga, a cargo de la atención psicosocial de la Fundación Mencoldes quien evaluó a cada una de las afectadas. Sin embargo, además del informe, como lo evidencian las pruebas aportadas al presente proceso, los hechos ocurridos en el Corregimiento de El Salado, por su crueldad y sevicia, han dejado en quienes los padecieron secuelas permanentes que se evidencian en los estados emocionales de las víctimas.

No obstante lo anterior, pese al deterioro físico, psicológico y psicosocial de las accionantes y a que son sujetos de especial protección dadas sus condiciones de vulnerabilidad, la atención médica que recibieron por cuenta de las entidades pertenecientes al Sistema Nacional de Salud fue en exceso deficiente.

En primer lugar, estas mujeres y sus familias fueron sometidas a excesivos e injustificados trámites administrativos y burocráticos, los cuales se constituyeron en verdaderos obstáculos para el acceso a los servicios de salud. Como se extrae de los testimonios de las víctimas y de sus familias, las Instituciones de Salud negaron en diferentes oportunidades la prestación de dichos servicios, debido a que no portaban el carné del SISBEN. Lo anterior, a pesar de presentar el oficio remitido por la Unidad Territorial de Acción Social que indica que su portador y su núcleo familiar deben obtener atención en salud dada su condición de víctimas del desplazamiento. Así mismo, las víctimas fueron remitidas a diferentes instituciones de salud, supuestamente especializadas, que se encontraban por fuera del ente territorial donde ellas residían, a pesar de que existían centros de atención especializados más cercanos a su sitio de residencia, debido a que para la remisión a los centros de salud se toma en cuenta el lugar donde se hace la inscripción en el RUPD y no el lugar de residencia actual. En el caso particular de la señora Maria Romero se le negó la prestación de los servicios de salud en la ciudad de Barranquilla, ciudad a la que además tuvo que trasladarse ante la ausencia de servicios médicos calificados en el Corregimiento de El Salado, dado que esta realizó su inscripción en el RUPD en el Departamento de Bolívar.

En segundo lugar, las accionantes relatan que no contaron con ningún tipo de orientación que les hubiera permitido conocer los procedimientos necesarios para acceder a los servicios de salud y a los tratamientos para su mejoría.

En tercer lugar, no fueron atendidas por profesionales especialistas en salud mental, situación que produjo el deterioro progresivo de sus condiciones de salud y un mal diagnóstico sobre el origen de sus padecimientos y el tratamiento a seguir. La evaluación y diagnóstico realizado por los médicos generales fue superficial y se limitó a aspectos de la salud física, a pesar de que las afectadas manifestaron padecer de problemas emocionales. Juana Cárdenas relata que el primer médico que la atendió únicamente le dio unos tranquilizantes sin remitirla a un profesional en el campo de la salud mental y que en Corsalud la médica que la atendió se limitó a comunicarle que el cuadro sintomático de desequilibrio, angustia, pérdida del sueño, tristeza y desánimo estaba asociado a la menopausia, lo mismo ocurrió en el caso de Argenida Torres.

En cuarto lugar, en los casos en que se atendieron afectaciones a la salud mental, y se recurrió a tratamientos psiquiátricos como se reconoce en el dictamen pericial,¹⁵ la prescripción médica y el internamiento de los pacientes en centros especializados no implicaron una mejoría en relación a la situación de vulnerabilidad.

En quinto lugar, las familias de estas víctimas, pese a sus precarias condiciones económicas, tuvieron que costear los medicamentos y tratamientos, además de los transportes y estadías en las ciudades donde les prestaron los servicios de salud, porque éstos no se encuentran incluidos en el POSS.

En sexto lugar, no se les ofrecieron tratamientos continuos. Las accionantes fueron atendidas por distintos profesionales, ubicados en diversas zonas, sin que su historia clínica pudiera ser compartida y examinada por ellos, y sin que las acciones y procedimientos médicos tuvieran un hilo conductor común y un seguimiento profesional sistemático que permitiera determinar si las acciones emprendidas eran las necesarias, o definir qué habían fracasado en cada caso.

¹⁵ Folios 64 al 98 cuaderno 2 del expediente de tutela.

Y en séptimo lugar, aún en el evento de atención psiquiátrica especializada, tal enfoque no fue acompañado o apoyado por profesionales especialistas en atención psicosocial para víctimas de graves violaciones de derechos humanos que pudieran haber hecho seguimiento a sus casos de acuerdo a las especificidades de este tipo de tratamiento.

A los padecimientos físicos y mentales de las accionantes, se suman las condiciones de vulnerabilidad extrema que viven por la atención tardía o la falta de atención por parte de Acción Social y de otras entidades nacionales que hacen parte del Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD), así como de acciones concretas de protección por parte de las entidades territoriales donde se encuentran las accionantes.

Las falencias identificadas en los cuatro casos documentados en la presente tutela, ilustran tanto la grave situación de vulneración de sus derechos que enfrentan las accionantes, como las falencias institucionales en materia de atención psicosocial a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, incluido el desplazamiento forzado. En esa medida, es necesario que la Sala Primera de Revisión dicte tanto órdenes puntuales para responder a las necesidades específicas de las accionantes, como órdenes complejas para que las autoridades demandadas y vinculadas al presente proceso adopten los correctivos necesarios a los programas de atención en salud y atención psicosocial, de tal manera que se asegure el goce efectivo del derecho a la salud a todas las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de desplazamiento forzado interno.

6.3. Órdenes puntuales

Teniendo en cuenta los obstáculos y las limitaciones que tuvieron que enfrentar Diana Carmenza Redondo, Argénida Torres, María Romero y Juana Cárdenas para acceder a los servicios de salud y la deficiente atención que recibieron por parte de las Instituciones Prestadoras de Salud, este Tribunal ordena:

Al Ministerio de la Protección Social que, en el termino de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presen-

te providencia, en coordinación con las Secretarías de Salud de las entidades territoriales en las cuales se encuentren ubicadas las accionantes, esto es, las Secretarías de Salud de los Departamentos de Bolívar, Atlántico y Sucre y con las entidades que designen para la prestación de los servicios de salud, realicen una valoración médica especializada de las accionantes que incluya tanto el diagnóstico por parte de profesionales en salud mental (psicólogos y psiquiatras) como salud física, acompañados por profesionales expertos en enfoque psicosocial para víctimas, para lo cual pueden solicitar orientación a cualquiera de las organizaciones intervinientes en el presente proceso, para determinar el curso de acción y el tratamiento a seguir en cada caso. Así mismo, estos profesionales deberán hacerle seguimiento continuo al estado de salud física y mental de las afectadas hasta que se restablezcan sus condiciones normales de salud. La responsabilidad de la asistencia en salud a las señoras Diana Carmenza Redondo, Argénida Torres, María Romero y Juana Cárdenas, pese a la coordinación que realice con las entidades competentes, recaerá en el Ministerio de la Protección Social. Si alguna de las accionantes se trasladara de Departamento, el Ministerio deberá coordinar la prestación de los servicios con la Secretaría de salud del Departamento correspondiente.

El Ministerio de la Protección Social deberá coordinar acciones efectivamente conducentes a que los recursos financieros requeridos para costear los tratamientos estén disponibles y para que los obstáculos administrativos, tales como la falta de carné o de contrato específico con la EPS o centro especializado sean superados, además de garantizar una atención integral en salud. Para esto debe determinarse cuál es el centro de salud especializado que debe atender a cada accionante teniendo en cuenta la cercanía con el sitio de vivienda y las necesidades de tratamiento específico que resulten de la valoración que se les haga, de conformidad con el siguiente numeral Esta atención y seguimiento deberá prestarse hasta que se restablezca la salud de las afectadas.

Como es probable que las tutelantes deban movilizarse o deban ser trasladadas hacia la cabecera municipal o hacia ciudades capitales para practicarse exámenes especializados, el sistema general de

salud debe cubrir los gastos que por este concepto se generen para las accionantes y sus acompañantes (uno por persona). Igualmente si deben permanecer en una ciudad diferente a la de su residencia habitual, y no se requiere la hospitalización, la institución prestadora del servicio de salud a la que corresponda, correrá con todos los gastos de alojamiento y alimentación.¹⁶

Al Ministerio de la Protección Social que en coordinación con las entidades competentes, vincule en la atención psicosocial a las familias de las tutelantes y a las personas que después de la evaluación realizada por el equipo interdisciplinario, éste estime conveniente, como podría ser el caso de miembros de la comunidad que constituyen la red de apoyo social para las accionantes, esto en tanto se trata de entornos de soporte constituidos por personas con experiencias traumáticas compartidas.

A la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) que, en el término de 15 días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, valore las condiciones de vulnerabilidad extrema en las que se encuentran las accionantes y determine el estado actual de las ayudas recibidas por estas y sus núcleos familiares, como víctimas del desplazamiento forzado, para que, adelante y concluya las acciones necesarias para que se les garantice el acceso efectivo a los planes y programas de atención y estabilización a los que tiene derecho. Esto incluye el ofrecerles una solución definitiva mediante la ejecución de programas serios y continuados de estabilización económica y social, hasta tanto las condiciones que dieron origen a la vulneración de sus derechos fundamentales desaparezcan.

¹⁶ En sentido similar, la prestación de los servicios de salud en una ciudad diferente a la del lugar donde reside el afiliado al régimen subsidiado, no puede convertirse en obstáculo para el acceso a los servicios de salud. Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que en casos excepcionales el sistema general de seguridad social en salud, debe prestar a los afiliados el transporte de un Municipio a otro, siempre y cuando; a) tal traslado sea indispensable para preservar la vida y restablecer la salud del paciente; b) por no existir en una entidad territorial los medios e instrumentos para prestar la atención pertinente a los usuarios del sistema y; c) no cuente con los requisitos para costearlo. Sentencia T-459 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy.

6.4 Órdenes complejas.

De la evaluación realizada por esta Corporación a cada uno de los casos reseñados, se desprende que se requiere el diseño e implementación de protocolos, programas y políticas de atención en salud que respondan a las necesidades particulares de las víctimas del conflicto armado, sus familias y comunidades, especialmente en lo referido a la recuperación de los impactos psicosociales, producidos por su exposición a eventos traumáticos desencadenados por la violencia sociopolítica en el país. Como surge de la intervención del Ministerio de la Protección Social, los avances efectuados por este Ministerio, en relación con la prestación de asistencia psicosocial a las víctimas del conflicto armado son precarios. En efecto, se evidencia que la atención en salud a este sector poblacional se circunscribe únicamente a los planes básicos contemplados en el Régimen Contributivo y en Régimen Subsidiado que no incluye entre otras cosas, atención psicosocial mediante profesionales especializados, ni atención de mediana y alta complejidad en el caso del Régimen Subsidiado. De conformidad con el artículo 28 del Acuerdo 03 de 2009, el Régimen Subsidiado contempla únicamente atención de Urgencias para pacientes con trastornos mentales y la consulta ambulatoria de valoración psicológica. Así mismo estos planes carecen aún de la implantación de un enfoque diferencial en la prestación de los servicios de salud teniendo en cuenta factores como el género, la etnia, la edad, las condiciones psicosociales, entre otros factores.¹⁷

¹⁷ La Corte Constitucional, en ejercicio de sus facultades legales ha proferido diferentes fallos de tutela que instan a las autoridades competentes del gobierno nacional, para que desarrollen acciones concretas propias de sus funciones, a partir del diseño de protocolos, programas y campañas, entre otras alternativas, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de grupos poblacionales especialmente afectados. Entre otras, puede consultarse la Sentencia T-388 de 2009 (MP Humberto Sierra Porto) que ordenó al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, el diseño de movimientos y campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyen a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos.

De conformidad con lo anterior, este Tribunal ordena al Ministerio de la Protección Social que, en el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, en coordinación con las entidades encargadas de prestar los servicios de salud a nivel territorial, diseñe e implemente los protocolos, programas y políticas necesarias de atención en salud que respondan a las necesidades particulares de las víctimas del conflicto armado sus familias y comunidades, especialmente en lo referido a la recuperación de los impactos psicosociales, producidos por su exposición a eventos traumáticos desencadenados por la violencia sociopolítica en el país. Estos protocolos, programas y políticas deben, como mínimo, comprender:

Un ámbito de cobertura necesario y obligatorio que le permita enfrentar la realidad fáctica de las víctimas de desplazamiento forzado, en particular las afecciones a su salud mental y emocional así como al proyecto de vida y las relaciones con el entorno familiar, cultural y social.

Sistema de promoción y prevención de la salud con enfoque diferencial.

Construcción de indicadores de impacto que faciliten el seguimiento y veeduría de su aplicación.

En el diseño de programas de atención en salud mental a víctimas de la violencia sociopolítica se deben incorporar estrategias que permitan abordar las secuelas colectivas y daños psicosociales comunitarios generados por los hechos violatorios de alta y mediana complejidad; ya que lo colectivo se convierte en condición para garantizar un entorno adecuado y protector de la salud mental. De igual manera se deben contemplar los entornos culturales e históricos.

Es urgente fortalecer la capacitación de los trabajadores de la salud en temas de impactos psicosociales de la violencia sociopolítica, atención psicosocial en el campo de la salud mental y cuestiones relacionadas con el género y otros impactos diferenciales como la etnia y la edad, de manera que puedan detectar y tratar las consecuencias que tiene para la salud la violencia, espe-

cialmente aquellas relacionadas con la afectación por la violencia sociopolítica.¹⁸

Es también primordial garantizar el acceso a los medicamentos, procedimientos diagnósticos y atención por servicios especializados, estén o no cubiertos por el POS, como vía para garantizar servicios oportunos y pertinentes adecuados a las necesidades particulares de la población en situación de desplazamiento. Además debe asegurarse la articulación interinstitucional que permita viabilizar las intervenciones encaminadas al restablecimiento de la salud de las mujeres víctimas, que involucren además las modificaciones pertinentes a los determinantes de su salud, a nivel personal, familiar, comunitario y social.

Debe garantizarse que se disponga de profesionales capacitados y cualificados en el área médica, de atención psicosocial y psiquiátrica y de otros profesionales, que después de la evaluación se consideren necesarios, y que se disponga también de los recursos materiales necesarios para el abordaje de la problemática expuesta, durante el tiempo que sea necesario.

Estrategias de divulgación que permitan a la población víctima del conflicto armado y del desplazamiento forzado conocer y acceder a los servicios de salud diseñados especialmente para este sector.

Estos programas deben contar con indicadores de resultado de goce efectivo de derechos, así como los criterios de racionalidad señalados por la Corte Constitucional en los Autos 092 y 237 de 2008.

Para asegurar el cumplimiento de estas órdenes por parte de las distintas autoridades, se comunicará la presente sentencia al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación para que, dentro de la órbita de sus competencias, efectúen un seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigilen la actuación de las autoridades. [...]

¹⁸Esto además en cumplimiento a los acuerdos y recomendaciones de la CEDAW.

El Derecho al Trabajo

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Observación General N° 18,
Artículo 6 del Pacto Internacional de
Derecho Económicos, Sociales y Culturales
6 de febrero de 2006

I. INTRODUCCIÓN Y PREMISAS BÁSICAS

1. El derecho al trabajo es un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su artículo 6, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad¹.

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de tra-

¹ Véase el preámbulo del Convenio N° 168 de la OIT, de 1988: "... la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden".

bajo. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente. Cuando se redactó el artículo 6 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato estipulando obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico². El artículo 6 define el derecho al trabajo de manera general y no exhaustiva. En el párrafo 1 del artículo 6, los Estados Partes reconocen “el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. En el párrafo 2, los Estados Partes reconocen que “para lograr la plena efectividad de este derecho”, habrán de adoptar medidas entre las que deberán figurar “la orientación y formación técnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

3. En estos objetivos se reflejan los propósitos y principios fundamentales de las Naciones Unidas, tal como se definen en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de la Organización. Tales objetivos se recogen también en lo esencial en el párrafo 1 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde la aprobación del Pacto por la Asamblea General en 1966, diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos han reconocido el derecho al trabajo. A nivel internacional, el derecho al trabajo figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el inciso i) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de

² Comisión de Derechos Humanos, 11º período de sesiones, tema 31 del programa, A/3525 (1957).

todas las formas de discriminación contra la mujer; en el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y en los artículos 11, 25, 26, 40, 52 y 54 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Diversos instrumentos regionales reconocen el derecho al trabajo en su dimensión general, entre ellos la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea Revisada de 1996 (parte II, art. 1), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988 (art. 6), y reafirman el principio de que el respeto al derecho al trabajo impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas dirigidas al logro del pleno empleo. De forma similar, el derecho al trabajo ha sido proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, aprobada mediante la resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969 (art. 6).

4. El derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica. El Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la política del empleo (1964) habla de “empleo pleno, productivo y libremente elegido”, vinculando la obligación de los Estados Partes en lo relativo a crear las condiciones de pleno empleo con la obligación de velar por la eliminación del trabajo forzado. Ahora bien, para millones de seres humanos de todo el mundo, el disfrute pleno del derecho a un trabajo libremente escogido o aceptado sigue siendo un objetivo lejano. El Comité reconoce la existencia de obstáculos estructurales y de otra naturaleza resultantes de factores internacionales y otros factores ajenos a la voluntad de los Estados

que obstaculizan la plena aplicación del artículo 6 en gran número de Estados Partes.

5. Inspirada por el deseo de ayudar a los Estados Partes a aplicar el Pacto y a cumplir con sus obligaciones en materia de elaboración de informes, la presente Observación general trata del contenido normativo del artículo 6 (sec. II), las obligaciones de los Estados Partes (sec. III), los incumplimientos (sec. IV), y la aplicación en el plano nacional (sec. V), mientras que las obligaciones de los actores que no sean Estados Partes son tema de la sección VI. La Observación general se funda en la experiencia adquirida por el Comité tras largos años dedicados al examen de los informes de los Estados Partes.

II. CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO AL TRABAJO

6. El derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo. El párrafo 1 del artículo 6 contiene una definición del derecho al trabajo y el párrafo 2 cita, a título de ilustración y con carácter no exhaustivo, ejemplos de las obligaciones que incumben a los Estados Partes. Ello incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo. Además implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo.

7. El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un *trabajo digno*. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el res-

pecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.

8. Los artículos 6, 7 y 8 del Pacto son interdependientes. La calificación de un trabajo como *digno* presupone que respeta los derechos fundamentales del trabajador. Aunque los artículos 7 y 8 están estrechamente vinculados al artículo 6, serán abordados en observaciones generales independientes. Por lo tanto, se hará referencia a los artículos 7 y 8 solamente cuando la indivisibilidad de estos derechos así lo requiera.

9. La Organización Internacional del Trabajo define el trabajo forzoso como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”³. El Comité reafirma la necesidad de que los Estados Partes procedan a abolir, condenar y luchar contra todas las formas de trabajo forzado, como preceptúan la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 4 y el artículo 5 de la Convención sobre la Esclavitud, así como el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

10. La alta tasa de desempleo y la falta de seguridad en el empleo son causas que llevan a los trabajadores a buscar empleo en el sector no estructurado de la economía. Los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto. Estas medidas deben reflejar el hecho de que las personas que viven en una economía sumergida lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir, antes que como una opción personal. Además, el trabajo doméstico y agrícola debe

³ Convenio de la OIT sobre trabajo forzoso (Nº 29), 1930, párrafo 1 del artículo 2; véase también el párrafo 2 del Convenio Nº 105 de la OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 1957.

ser debidamente regulado mediante legislación nacional, de forma que los trabajadores domésticos y agrícolas disfruten del mismo nivel de protección que otros trabajadores.

11. El Convenio N° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente.

12. El ejercicio laboral en todas sus formas y a todos los niveles supone la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado Parte:

- a) *Disponibilidad*. Los Estados Partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- b) *Accesibilidad*. El mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción de los Estados Partes⁴. La accesibilidad reviste tres dimensiones:

i) En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible. Según el artículo 2 del Convenio N° 111 de la OIT, los Estados Partes deben “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. Son muchas las medidas,

⁴ Sólo algunos de estos temas figuran en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3 del Pacto. El resto han sido inferidos de la práctica del Comité o de la legislación o la práctica judicial en un número creciente de Estados.

como la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación en cuanto al empleo, según se señala en el párrafo 18 de la Observación general N° 14 (2000), sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, que se pueden aplicar con consecuencias financieras mínimas mediante la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda que, aun en tiempo de limitaciones graves de recursos, se debe proteger a las personas y grupos desfavorecidos y marginados mediante la adopción de programas específicos de relativo bajo costo⁵.

ii) La accesibilidad física constituye una de las dimensiones de la accesibilidad al trabajo, como se puntualiza en el párrafo 22 de la Observación general N° 5 sobre las personas con discapacidad.

iii) La accesibilidad comprende el derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo en los planos local, regional, nacional e internacional;

c) *Aceptabilidad y calidad*. La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras, el derecho a constituir sindicatos y el derecho a elegir y aceptar libremente empleo.

TEMAS ESPECÍFICOS DE ALCANCE GENERAL

Las mujeres y el derecho al trabajo

13. El artículo 3 del Pacto establece que los Estados Partes se comprometen a “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales”. El Comité subraya la necesidad de contar con un sistema global de protección para luchar contra la discriminación de género y garantizar igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en relación con su derecho al trabajo, asegurando igual salario por

⁵ Véase el párrafo 12 de la Observación general N° 3, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes.

trabajo de igual valor⁶. En particular, los embarazos no deben constituir un obstáculo para el empleo ni una justificación para la pérdida del mismo. Finalmente, hay que resaltar la vinculación existente entre el hecho de que las mujeres tengan menos acceso a la educación que los hombres y ciertas culturas tradicionales que menoscaban las oportunidades de empleo y de adelanto de la mujer.

Los jóvenes y el derecho al trabajo

14. El acceso a un primer trabajo constituye una ocasión para obtener autonomía y, en muchos casos, escapar de la pobreza. Las personas jóvenes, especialmente las mujeres jóvenes, tienen en general grandes dificultades para encontrar un primer empleo. Deben adoptarse y aplicarse políticas nacionales relativas a la educación y formación profesional adecuadas, para promover y apoyar el acceso a oportunidades de empleo de personas jóvenes, en particular mujeres jóvenes.

El trabajo infantil y el derecho al trabajo

15. La protección del niño se contempla en el artículo 10 del Pacto. El Comité recuerda su Observación general N° 14 y, en particular, los párrafos 22 y 23 relativos al derecho del niño a la salud, y subraya la necesidad de protegerlo frente a todas las formas de trabajo que puedan perjudicar su desarrollo o su salud física o mental. El Comité reafirma la necesidad de proteger al niño de la explotación económica, para permitirle aspirar a su pleno desarrollo y adquirir formación técnica y profesional, según se indica en el párrafo 2 del artículo 6. El Comité recuerda también su Observación general N° 13 (1999), en particular la definición de enseñanza técnica y profesional (párrs. 15 y 16), que debe concebirse como parte de la enseñanza general. Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados después del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen expresamente la necesidad

⁶ Véase la Observación general N° 16 (2005) sobre el artículo 3: la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales, párrs. 23 a 25.

de proteger a los niños y los jóvenes frente a toda forma de explotación económica o trabajo forzoso⁷.

Las personas mayores y el derecho al trabajo

16. El Comité recuerda su Observación general N° 6 (1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, y en especial la necesidad de adoptar medidas para evitar toda discriminación fundada en la edad en materia de empleo y ocupación⁸.

Las personas con discapacidad y el derecho al trabajo

17. El Comité recuerda el principio de no discriminación en el acceso al trabajo de las personas discapacitadas, enunciado en su Observación general N° 5 (1944) sobre las personas con discapacidad. “El derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado no se realiza cuando la única posibilidad verdadera ofrecida a las personas con discapacidad es trabajar en un entorno llamado “protegido” y en condiciones inferiores a las normas”⁹. Los Estados Partes deben adoptar medidas que permitan a las personas discapacitadas obtener y conservar un empleo adecuado y progresar profesionalmente en su esfera laboral, y por lo tanto, facilitar su inserción o reinserción en la sociedad¹⁰.

Los trabajadores migratorios y el derecho al trabajo

18. El principio de la no discriminación, según figura consagrado en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, y en el artículo 7 de la

⁷ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, párrafo 1 del artículo 32, que aparece reflejado en el segundo párrafo del preámbulo del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Véase también el párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo sobre trabajo forzado.

⁸ Véase la Observación general N° 6 (1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, párrafo 22 (y párrafo 24 sobre la jubilación).

⁹ Véase la Observación general N° 5 (1994) relativa a las personas con discapacidad, en particular otras referencias en los párrafos 20 a 24.

¹⁰ Véase el Convenio No. 159 de la OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas con discapacidad), de 1983. Véase el párrafo 2 del artículo 1 sobre acceso al empleo. Véanse también las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, proclamadas por la Asamblea General en su resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo de trabajadores migratorios y sus familias. A este respecto, el Comité subraya la necesidad de que se diseñen planes de acción nacionales para respetar y promover dichos principios mediante medidas adecuadas, tanto legislativas como de otro tipo.

III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

Obligaciones jurídicas de carácter general

19. La principal obligación de los Estados Partes es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo. Los Estados Partes deben por lo tanto adoptar, tan rápidamente como sea posible, medidas dirigidas a lograr el pleno empleo. Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva de los derechos en él anunciados y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato¹¹. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas en relación con el derecho al trabajo, como la obligación de “garantizar” que ese derecho sea ejercido “sin discriminación alguna” (párrafo 2 del artículo 2) y la de “adoptar medidas” (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6¹². Dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo.

20. El hecho de que la realización del derecho al trabajo sea progresiva y tenga lugar a lo largo del tiempo no debía ser interpretado como que priva a las obligaciones de los Estados Partes de todo contenido significativo¹³. Significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de “avanzar lo más expedita y eficazmente posible” hacia la plena aplicación del artículo 6.

¹¹ Véase la Observación general N° 3 (390) sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1.

¹² *Ibid.*, párr. 2.

¹³ *Ibid.*, párr. 9.

21. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes¹⁴.

22. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *aplicar*. La obligación de *respetar* el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de *proteger* exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de *aplicar* incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Obligaciones jurídicas específicas

23. Los Estados Partes tienen la obligación de *respetar* el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en particular presos o detenidos¹⁵, miembros de minorías y trabajadores migratorios. En particular, los Estados Partes tienen la obligación de respetar el derecho de las mujeres y los jóvenes a acceder a un trabajo

¹⁴ *Ibid.*, párr. 9.

¹⁵ Si se ofrece con carácter voluntario. Sobre la cuestión del trabajo de presos, véanse también las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y el artículo 2 del Convenio N° 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio.

digno y, por tanto, de adoptar medidas para combatir la discriminación y promover la igualdad de acceso y de oportunidades.

24. En lo que respecta a las obligaciones de los Estados Partes en relación con el trabajo infantil, según figuran en el artículo 10 del Pacto, los Estados Partes deben adoptar medidas efectivas, en particular medidas legislativas, para prohibir el trabajo de niños menores de 16 años. Además, deben prohibir toda forma de explotación económica y de trabajo forzoso de niños¹⁶. Los Estados Partes deben adoptar medidas efectivas para velar por que la prohibición del trabajo infantil sea plenamente respetada¹⁷.

25. Las obligaciones de *proteger* el derecho al trabajo incluyen, entre otras, los deberes de los Estados Partes de aprobar la legislación o de adoptar otras medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a capacitación y garantizar que las medidas de privatización no socavan los derechos de los trabajadores. Las medidas específicas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador. La obligación de proteger el derecho al trabajo incluye la responsabilidad de los Estados Partes de prohibir el trabajo forzoso u obligatorio por parte de agentes no estatales.

26. Los Estados Partes están obligados a *aplicar (proporcionar)* el derecho al trabajo cuando las personas o grupos no pueden, por razones que escapan a su control, realizar ese derecho ellos mismos por los medios de que disponen. Esta obligación incluye, entre otras cosas, la obligación de reconocer el derecho al trabajo en los sistemas jurídicos nacionales, y de adoptar una política nacional sobre el derecho al trabajo, así como un plan detallado para su aplicación. El derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a “estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, elevar el nivel de vida, satisfacer las necesidades de mano de obra y resolver

¹⁶ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 1 del artículo 31.

¹⁷ Véase el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, párrafo 7 del artículo 2, y la Observación general del Comité N° 13 sobre el derecho a la educación.

el problema del desempleo y el subempleo¹⁸. Es en este contexto en el que los Estados Partes deben adoptar medidas efectivas para aumentar los recursos asignados a la reducción de la tasa de desempleo, en particular entre las mujeres, las personas desfavorecidas y los marginados. El Comité hace hincapié en la necesidad de establecer un mecanismo de indemnización en caso de pérdida del empleo, así como la obligación de adoptar medidas apropiadas para la creación de servicios de empleo (públicos o privados) en los planos nacional y local¹⁹. Además, la obligación de *aplicar (proporcionar)* el derecho al trabajo incluye la aplicación por los Estados Partes de planes para luchar contra el desempleo²⁰.

27. La obligación de *aplicar (facilitar)* el derecho al trabajo exige a los Estados Partes que, entre otras cosas, adopten medidas positivas para permitir y asistir a las personas que disfruten de su derecho al trabajo y aplicar planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo.

28. La obligación de *aplicar (promover)* el derecho al trabajo exige que los Estados Partes emprendan, por ejemplo, programas educativos e informativos para crear concienciación pública sobre el derecho al trabajo.

Obligaciones internacionales

29. En su Observación general N° 3 (1990), el Comité señala a la atención la obligación de todos los Estados Partes de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, para dar plena efectividad a los derechos reconocidos en el Pacto. Conforme al espíritu del artículo 56 de la Carta de las Naciones

¹⁸ Véase el Convenio N° 122 de la OIT sobre la política del empleo, 1964, párrafo 1 del artículo 1.

¹⁹ Véase el Convenio N° 88 de la OIT sobre la organización del servicio del empleo, 1948.

²⁰ Véase el Convenio N° 88 de la OIT y, de forma similar, el Convenio N° 2 de la OIT sobre el desempleo, 1919. Véase el Convenio N° 168 de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988.

Unidas y de disposiciones específicas del Pacto (párrafo 1 del artículo 2 y artículos 6, 22 y 23), los Estados Partes deberían reconocer el papel fundamental de la cooperación internacional y cumplir su compromiso de adoptar medidas conjuntas e individuales para dar plena efectividad al derecho al trabajo. Los Estados Partes deberían, mediante acuerdos internacionales si es necesario, velar por que el derecho al trabajo, según está establecido en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto, reciba la debida atención.

30. Para cumplir con sus obligaciones internacionales en relación con el artículo 6, los Estados Partes deberían esforzarse por promover el derecho al trabajo en otros países, así como en negociaciones bilaterales y multilaterales. Cuando negocien con las instituciones financieras, los Estados Partes deben velar por la protección del derecho al trabajo de su población. Los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deberían prestar mayor atención a la protección del derecho al trabajo influyendo en tal sentido en las políticas, acuerdos crediticios, programas de ajuste estructural y medidas internacionales adoptadas por esas instituciones. Las estrategias, programas y políticas adoptadas por los Estados Partes en virtud de programas de ajuste estructural no deben interferir con sus obligaciones básicas en relación con el derecho al trabajo ni tener un efecto negativo en el derecho al trabajo de las mujeres, los jóvenes y las personas y grupos desfavorecidos y marginados.

Obligaciones básicas

31. En la Observación general N° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En el contexto del artículo 6, esta “obligación fundamental mínima” incluye la obligación de garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo. La discriminación en el empleo está constituida por una amplia variedad de violaciones que afectan a todas las fases de la vida, desde la educación básica hasta la jubilación y puede tener un efecto

no despreciable sobre la situación profesional de las personas y de los grupos. Por tanto, estas obligaciones fundamentales incluyen como mínimo los siguientes requisitos: a) Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna; b) Evitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos; c) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores, para responder a estas preocupaciones, en el marco de un proceso participativo y transparente que incluya a las organizaciones patronales y los sindicatos. Esta estrategia y plan de acción en materia de empleo deberán prestar atención prioritaria a todas las personas y los grupos desfavorecidos y marginados en particular, e incluir indicadores y criterios mediante los cuales puedan medirse y revisarse periódicamente los avances conseguidos en relación con el derecho al trabajo.

IV. INCUMPLIMIENTOS

32. Debe hacerse una distinción entre la incapacidad y la falta de voluntad de los Estados Partes para cumplir con sus obligaciones dimanantes del artículo 6. Esta aseveración se desprende del párrafo 1 del artículo 6, que garantiza el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, que impone a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Las obligaciones de un Estado Parte deben interpretarse a la luz de estos dos artículos. En consecuencia, los Estados Partes que no tengan voluntad de utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para dar efecto al derecho al trabajo incumplen sus obligaciones derivadas del artículo 6. Ahora bien, la penuria de recursos puede justificar las dificultades que un Estado Parte puede enfrentar para garantizar plenamente el derecho al trabajo, en la

medida en que el Estado Parte demuestre que ha utilizado todos los recursos de que dispone para cumplir, con carácter prioritario, las obligaciones anteriormente expuestas. Las vulneraciones del derecho al trabajo pueden ser resultado de una acción directa del Estado o de entidades estatales, o de una insuficiencia de las medidas adoptadas para promover el empleo. Los incumplimientos por *actos de omisión* ocurren, por ejemplo, cuando los Estados Partes no regulan las actividades de personas o grupos para impedirles que obstaculicen el derecho de otros a trabajar. Las violaciones mediante *actos de comisión* incluyen el trabajo forzoso; la derogación o la suspensión oficial de la legislación necesaria para el ejercicio permanente del derecho al trabajo; la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, tanto si esta discriminación se funda en la legislación o en la práctica; y la aprobación de legislación o de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales relativas al derecho al trabajo.

Incumplimientos de la obligación de respetar

33. Entre las infracciones de la obligación de respetar el derecho al trabajo están las leyes, políticas y actos que sean contrarios a las normas enunciadas en el artículo 6 del Pacto. En particular, constituye una violación del Pacto toda discriminación en materia de acceso al mercado de trabajo o a los medios y prestaciones que permiten conseguir trabajo, obedezca esa discriminación a motivos de raza, color, sexo, idioma, edad, religión, opinión política o a motivos de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o a cualquier otra condición social, con el fin de obstaculizar el disfrute o el ejercicio, en plena igualdad, de derechos económicos, sociales y culturales. La prohibición de no discriminación que establece el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto es de aplicación inmediata y no está sujeta a una aplicación progresiva ni se supedita a los recursos disponibles. Se aplica directamente a todos los aspectos del derecho al trabajo. Constituye un incumplimiento de su obligación de respetar el derecho al trabajo el hecho de que el Estado no tenga en cuenta las obligaciones jurídicas derivadas del derecho al trabajo a la hora de concertar acuerdos bilaterales o

multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades como las sociedades multinacionales.

34. En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.

Incumplimientos de la obligación de proteger

35. El incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

Incumplimientos de la obligación de aplicar

36. Los incumplimientos de la obligación de aplicar se dan cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la realización del derecho al trabajo. Cabe citar como ejemplos el hecho de no adoptar o no poner en práctica una política nacional en materia de empleo destinada a garantizar a toda persona la realización de ese derecho; de dedicar al empleo un presupuesto insuficiente o de distribuir los recursos públicos sin discernimiento de manera que ciertos individuos o ciertos grupos no puedan disfrutar del derecho al trabajo, en particular los desfa-

vorecidos y marginados; de no controlar la realización del derecho al trabajo a nivel nacional, por ejemplo, definiendo los criterios y los indicadores sobre derecho al trabajo; y de no establecer programas de formación técnica y profesional.

V. APLICACIÓN A NIVEL NACIONAL

37. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, se exige a los Estados Partes que utilicen todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas para la aplicación de sus obligaciones en virtud del Pacto. Cada Estado Parte tiene un margen en el que puede ejercer su criterio para decidir qué medidas son más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. El Pacto, no obstante, impone claramente a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas que considere necesarias para velar por que todas las personas queden protegidas frente al desempleo y la inseguridad en el empleo y puedan disfrutar del derecho al empleo tan pronto como sea posible.

Legislación, estrategias y políticas

38. Los Estados Partes deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas legislativas específicas para aplicar el derecho al trabajo. Estas medidas deberían: a) establecer mecanismos nacionales de control de la aplicación de las estrategias y de los planes de acción nacionales en materia de empleo, y b) contener disposiciones sobre los objetivos cuantitativos y un calendario de ejecución. También deberían ofrecer c) medios que permitan respetar los criterios fijados en el plano nacional, y d) colaboración con la sociedad civil, incluidos los expertos en cuestiones laborales, el sector privado y las organizaciones internacionales. Al supervisar los avances conseguidos hacia la realización del derecho al trabajo, los Estados Partes deben también determinar los factores y dificultades que obstaculizan el cumplimiento de sus obligaciones.

39. La negociación colectiva es un instrumento de importancia fundamental en la formulación de políticas de empleo.

40. Los programas y organismos de las Naciones Unidas deberían, a petición de los Estados Partes, prestar asistencia para pre-

parar y revisar la legislación pertinente. La OIT, por ejemplo, tiene experiencia y conocimientos acumulados considerables sobre las leyes en la esfera del empleo.

41. Los Estados Partes deben establecer una estrategia nacional, basada en los principios de derechos humanos, dirigida a garantizar progresivamente el pleno empleo para todos. Esta estrategia nacional obliga igualmente a concretar los recursos con que cuentan los Estados Partes para lograr sus objetivos así como la modalidad de utilización de tales recursos que ofrezca la mejor relación costo-eficacia.

42. La formulación y aplicación de una estrategia nacional en materia de empleo llevan aparejados un pleno respeto a los principios de responsabilidad, transparencia y participación de los grupos interesados. El derecho de las personas y grupos a participar en la toma de decisiones debería ser una parte integral de todas las políticas, programas y estrategias dirigidas a aplicar las obligaciones de los Estados Partes en virtud del artículo 6. La promoción del empleo también exige la participación efectiva de la comunidad y, más concretamente, de asociaciones para la protección y promoción de los derechos de los trabajadores y los sindicatos en la definición de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación, la aplicación y la evaluación de la estrategia para promover el empleo.

43. Para crear condiciones favorables al disfrute del derecho al trabajo, es menester que los Estados Partes adopten medidas apropiadas para hacer que tanto el sector privado como el sector público tengan conciencia del derecho al trabajo en el ejercicio de sus actividades.

44. La estrategia nacional en materia de empleo debe tener especialmente en cuenta la necesidad de eliminar la discriminación en el acceso al empleo. Debe garantizar un acceso equitativo a los recursos económicos y a la formación técnica y profesional, especialmente para las mujeres, y las personas y grupos desfavorecidos y marginados, y deberá respetar y proteger el trabajo por cuenta propia, así como los trabajos remunerados que aseguren una vida digna para los asalariados y sus familias, como estipula el inciso ii) del apartado a) del artículo 7 del Pacto.

45. Los Estados Partes deben establecer y mantener mecanismos que permitan controlar los progresos logrados para realizar

el derecho de todos a un trabajo libremente escogido o aceptado, determinar los factores y dificultades que obstaculizan el cumplimiento de sus obligaciones y facilitar la adopción de medidas legislativas y administrativas de corrección, incluidas medidas para satisfacer las obligaciones que les imponen el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 23 del Pacto.

Indicadores y criterios

46. Una estrategia nacional en materia de empleo debe definir indicadores sobre el derecho al trabajo. Estos indicadores deben concebirse de modo que permitan supervisar eficazmente, en el plano nacional, cómo los Estados Partes cumplen sus obligaciones a tenor del artículo 6, y apoyarse en los indicadores internacionales adoptados por la OIT, como la tasa de desempleo, el subempleo y la proporción entre el trabajo del sector estructurado y del sector no estructurado. Los indicadores desarrollados por la OIT, que se aplican a la preparación de estadísticas laborales, pueden ser útiles a la hora de elaborar un plan nacional de empleo.

47. Una vez que hayan establecido indicadores apropiados, se invita a los Estados Partes a definir además en el plano nacional criterios ligados a cada indicador. Durante el procedimiento de examen de los informes periódicos, el Comité procederá a un proceso de estudio de alcance con el Estado Parte. Es decir, el Comité y el Estado Parte examinarán juntos los indicadores y los criterios nacionales que luego constituirán los objetivos que se han de conseguir en el período objeto del informe siguiente. Durante los cinco años que transcurran a continuación, el Estado Parte podrá utilizar esos criterios nacionales para ayudar a controlar mejor la aplicación del derecho al trabajo. Luego, cuando se examine el informe ulterior, el Estado Parte y el Comité verán si los criterios se han satisfecho o no y las razones de cualesquiera dificultades que puedan haber surgido. Además, cuando establezcan criterios y preparen sus informes, los Estados Partes deberán utilizar la amplia información y los servicios consultivos de organismos especializados en relación con la recopilación y el desglose de datos.

Recursos y responsabilidad

48. Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que pueden adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición.

49. La integración en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que amparan el derecho al trabajo, en especial de los convenios pertinentes de la OIT, debe reforzar la eficacia de las medidas adoptadas para garantizar tal derecho, por lo que se encarece. La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo, o el reconocimiento de su aplicabilidad directa, puede mejorar de modo importante el alcance y la eficacia de las medidas de corrección y se alienta en todos los casos. Los tribunales estarían entonces en condiciones de juzgar las violaciones del contenido básico del derecho al trabajo invocando directamente las obligaciones derivadas del Pacto.

50. Se invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones.

51. Los Estados Partes deben respetar y proteger la labor de los defensores de los derechos humanos y demás miembros de la sociedad civil, incluidos los sindicatos, que ayudan a los individuos y grupos desfavorecidos y marginados a ejercer su derecho al trabajo.

VI. OBLIGACIONES DE LOS ACTORES QUE NO SEAN ESTADOS PARTES

52. Aunque sólo los Estados son Partes en el Pacto y tienen, en definitiva, que rendir cuentas de su sujeción al mismo, todos los elementos de la sociedad -individuos, familias, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil y sector privado- tienen responsabili-

dades en lo tocante a la realización del derecho al trabajo. Los Estados Partes deben asegurar un entorno que facilite el ejercicio de esa responsabilidad. Las empresas privadas -nacionales y transnacionales- si bien no están obligadas por el Pacto, tienen una función particular que desempeñar en la creación de empleo, las políticas de contratación, la terminación de la relación laboral y el acceso no discriminatorio al trabajo. Deben desarrollar sus actividades sobre la base de legislación, medidas administrativas, códigos de conducta y otras medidas apropiadas que favorezcan el respeto del derecho al trabajo, establecidos de común acuerdo con el gobierno y la sociedad civil. Estas medidas deberían reconocer las normativas laborales elaboradas por la OIT, y orientarse a mejorar la concienciación y responsabilidad de las empresas en la realización del derecho al trabajo.

53. Tiene especial importancia el papel confiado a los organismos y los programas de las Naciones Unidas, en particular la función esencial de la Organización Internacional del Trabajo en la defensa y realización del derecho al trabajo en el plano internacional, regional y nacional. Las instituciones e instrumentos regionales, allí donde existen, también desempeñan una función importante a la hora de garantizar el derecho al trabajo. Al formular y aplicar sus estrategias nacionales en materia de derecho al trabajo, los Estados Partes pueden acogerse a la asistencia y la cooperación técnicas que ofrece la Organización Internacional del Trabajo. Al preparar sus informes, los Estados Partes deberían utilizar también la información exhaustiva y los servicios consultivos que proporciona la OIT en lo relativo a la recopilación y el desglose de los datos, así como para desarrollar indicadores y criterios. Conforme a los artículos 22 y 23 del Pacto, la OIT y los demás organismos especializados de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, los bancos regionales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la OMC y demás órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas deberían cooperar eficazmente con los Estados Partes para facilitar la aplicación del derecho al trabajo a escala nacional, teniendo en cuenta sus propios mandatos. Las instituciones financieras internacionales deberían cuidarse más de proteger el derecho al trabajo

en sus políticas de préstamo y sus acuerdos de crédito. En conformidad con el párrafo 9 de la Observación general N° 2 del Comité, debería hacerse un esfuerzo especial para velar por que en todos programas de ajuste estructural se proteja el derecho al trabajo. Al examinar los informes de los Estados Partes y la capacidad de éstos para cumplir las obligaciones dimanantes del artículo 6, el Comité considerará los efectos de la asistencia prestada por los actores que no sean Estados Partes.

54. Los sindicatos desempeñan una función primordial al garantizar el respeto del derecho al trabajo en los planos local y nacional y ayudar a los Estados a cumplir sus obligaciones derivadas del artículo 6. La función de los sindicatos es fundamental y continuará siendo considerada por el Comité cuando examine los informes de los Estados Partes.

El derecho de huelga

Corte Constitucional

Sentencia C-858/08

Demandante: Juan Alejandro Suárez Salamanca.

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, septiembre 3 de 2008

[...] VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL [...]

2. *Problema jurídico*

Corresponde a esta Corte establecer si lo acusado de los artículos 429 y 450 del CST, al asignarle a la huelga una finalidad económica y profesional y considerarla ilegal cuando persiga objetivos distintos, respectivamente, vulnera el artículo 13 superior de la Constitución (derecho de igualdad), al discriminar a las organizaciones de trabajadores que pretendan realizarla con propósitos políticos; infringe los artículos 38 y 39 ib. (libre asociación y asociación sindical), al desconocer los derechos políticos de los sindicatos; conculca el artículo 56 ib. que prohíbe su ejercicio en los servicios públicos esenciales que defina el legislador; y viola el artículo 2° ib., que obliga a las autoridades a garantizar los derechos consagrados en el ordenamiento superior, todo ello observado paralelamente con la normatividad internacional respectiva.

Para despejar estos interrogantes, es indispensable efectuar previa referencia, (i) al alcance y significado de la garantía constitucional del derecho de huelga y determinar si en relación con ella existe un margen de regulación por parte del legislador y cuál es su límite; y (ii) establecer cuál es el tipo de reivindicaciones perseguidas por la huelga que quedan amparadas por los principios vinculantes de

la Organización Internacional del Trabajo, para así finalmente analizar los cargos de inconstitucionalidad lanzados contra las disposiciones demandadas.

3. Garantía constitucional del derecho de huelga

De conformidad con los incisos primero y segundo del artículo 56 de la Constitución Política, *“se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho”*.

El texto de esta disposición superior guarda similitud con el del artículo 18 de la anterior codificación constitucional, introducido por la enmienda de 1936, que garantizaba la huelga *“salvo en los servicios públicos”*, defiriendo en el legislador la reglamentación de su ejercicio.

El constituyente de 1991 definió el perfil de la garantía que se comenta, en los siguientes términos, refiriéndose primero a la Constitución derogada:

“En la actual Constitución Política Nacional, el derecho de huelga se garantiza, salvo en los servicios públicos. Pero las estadísticas laborales señalan que ... donde más paros y huelgas se producen es en el sector público. Se repite así la norma casi universal que, cuando un derecho democrático es desconocido, se produce el efecto negativo del conflicto y de la fuerza...”

En las propuestas que surgieron de las mesas de trabajo sobre los temas laborales y en los proyectos de reforma constitucional que hacen referencia al derecho de huelga, es interesante observar que todos ellos defienden este derecho de los trabajadores en defensa de sus intereses, aunque... plantean excepciones en los casos de la prestación de los servicios esenciales, en otros piden señalar constitucionalmente los sectores en que debe prohibirse o se deja a que la ley, o sea el legislador, sea quien reglamente su ejercicio, duración y limitaciones. Se mantiene así, el criterio universal adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de que la reglamentación, apenas natural, del derecho de huelga por parte del legislador no puede llevar a la negación de este derecho y menos a dejar de estimular mecanismos de concertación y autocontrol sindical para el

desarrollo de la misma, con el fin de garantizar la prestación de servicios esenciales a la comunidad, de encontrar la solidaridad ciudadana en casos de urgencia, catástrofes o calamidades y para evitar que se convierta en factor de desestabilización política de la vida democrática de un país.

Hemos considerado, entonces, en el articulado propuesto, mantener el derecho, pero dejar a la ley la reglamentación de su ejercicio, duración y limitaciones, lo mismo que los procedimientos para asegurar la prestación de los servicios públicos esenciales a la comunidad.

*Queremos insistir en que el enfoque sobre el derecho de huelga no lo podemos desligar de un enfoque global, nuevo y profundamente democrático en las relaciones laborales, donde prácticas como el diálogo, la negociación, la concertación y la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas conlleven, en la vida real, a que la huelga no pase de ser un derecho escrito en la Constitución Política.”^{1*2}*

Como puede apreciarse, entre las connotaciones básicas de la consagración constitucional de la huelga, cabe resaltar y analizar, para los fines del presente pronunciamiento y a la luz de la jurisprudencia constitucional, las siguientes: (i) que es un derecho de los trabajadores; (ii) que es un medio para la solución pacífica de conflictos colectivos laborales; (iii) que su regulación corresponde al legislador, en función de las finalidades y límites impuestos constitucionalmente.

3.1. De tal manera, la huelga como derecho trasmuta el hecho social que indudablemente es, en acto jurídico reconocido por el Estado.

Claro está que la huelga no es el simple hecho de no trabajar, ni el ejercicio de la facultad de holgar, sino una verdadera abstención laboral, no con sentido de simple omisión sino con ánimo de rei-

^{1*} La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Exposición de motivos de la ponencia presentada para el estudio de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional N° 45, pág. 3. Tomado de “*Constitución Política de Colombia, Origen, Evolución y Vigencia*”, Carlos Lleras de la Fuente y Marcel Tangarife Torres. Ed. Diké, 1996, tomo I, pág. 252.

vindicación, para ejercer presión lícita sobre el empleador, a fin de lograr objetivos previamente propuestos.³

Es, como ha señalado esta Corte e iteran la apoderada del Ministerio de la Protección Social y el Procurador General, *“un medio de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores particulares o del Estado para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores, con el fin de asegurar la creación de un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa”*⁴.

Debe recordarse lo que, a este propósito, ha expuesto la Corte Constitucional:

*“La huelga supone un derecho y una conquista de los trabajadores, como mecanismo destinado a dirimir los diferendos laborales, independientemente de su vinculación sindical, con la excepción de aquellos servicios públicos esenciales definidos por el Legislador. De ese carácter especial que configura el derecho de huelga y de la necesidad de conducir los conflictos laborales por cauces democráticos, es que se instituye constitucionalmente en un derecho reglado para cuyo ejercicio se requiere del cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes. El derecho de huelga adquiere, con la nueva Carta Política un reconocimiento especial para la conformación de un estado democrático, participativo y pluralista, por lo que su ejercicio debe estar garantizado y protegido por las autoridades de la República en todas las actividades que se desarrollen dentro del territorio nacional, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el Legislador.”*⁵

El derecho de huelga está en conexión directa no solo con la libertad de asociación, el trabajo, la protegida conformación de sindicatos, la negociación colectiva y el fuero sindical, sino también con la dignidad humana, la solidaridad, la participación y la realización de un orden justo, todo ello de indiscutida y muy sólida raigambre constitucional.⁶

Evóquese cómo esta corporación ha señalado que *“el derecho de huelga, reconocido no sólo en el orden constitucional interno sino en los tra-*

³ Cfr. Enciclopedia jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo XIV.

⁴ C-450 de 1995 (octubre 4), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ C-075 de 1997 (febrero 20), M. P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ C-473 de 1994 (octubre 27), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

*tados internacionales, es un derecho que hace efectiva la libertad sindical, el derecho de asociación y muy especialmente el derecho de negociación”*⁷.

Dicho sistema está reforzado por los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, los cuales fueron aprobados por Colombia mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 y constituyen bloque de constitucionalidad⁸.

3.2. La huelga es igualmente un procedimiento legítimo de presión para la solución pacífica de conflictos colectivos laborales.

Aunque ontológicamente la huelga sea un medio coercitivo, no puede consistir en manifestaciones de violencia física y material contra el empleador, ni en actos que puedan alterar la estabilidad institucional, debiendo reiterarse que *“el ejercicio de la huelga sólo es legítimo como una etapa dentro del proceso de negociación y solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo; esa fase es, entonces, previsible para las partes que intervienen en dicha negociación”*⁹.

Es, además, un fenómeno colectivo, ya que la suspensión del trabajo se realiza por un número considerable de trabajadores o, si se quiere, por un sector de los mismos agrupado y unificado por intereses convergentes, que surgen en la base de la empresa y están orientados a crear, modificar, suprimir o reivindicar condiciones laborales. En cuanto a su titularidad, *“el derecho de huelga es un bien jurídico que le pertenece a la colectividad trabajadora, asociada o no a un sindicato, no a las personas físicas consideradas individualmente”*¹⁰.

3.3. La regulación de la huelga corresponde al legislador, en atención a sus finalidades y límites, que derivan de la propia Constitución. Como tal derecho no puede ser incondicionado, su misma efectividad conlleva racionalizarlo bajo parámetros legales que, a la vez que aseguren el ejercicio por sus destinatarios naturales, armonice con el bien común, pues es una garantía consagrada en inalienable beneficio de los trabajadores, mas no en perjuicio de la comunidad ni del interés general.

⁷ C-466 de 2008 (mayo 14), M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁸ C-466 de 2008.

⁹ C-432 de 1996 (septiembre 12), M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-271 de 1999 (abril 28), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ C-271 de 1999 (abril 28), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

También la huelga es, entonces, un derecho relativo, como así mismo ha expuesto esta corporación:

“El carácter no absoluto del derecho de huelga se explica por la repercusión que su ejercicio puede causar, hasta el punto de que llegue a afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas que no son actoras del conflicto. No es posible concebir la huelga como una simple afirmación de la libertad sindical ni como una relación privada entre trabajadores y empleadores, porque normalmente sus objetivos, la magnitud del conflicto, y las condiciones y características de su ejecución, rebasan los aludidos ámbitos, de manera tal que se pueden ver vulnerados o amenazados los derechos e intereses de la comunidad y del propio Estado, como ocurre cuando se afecta el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.”¹¹

En el mismo sentido había manifestado, a propósito de la ampliación al permitirse el ejercicio de la huelga en lo servicios públicos no esenciales:

“El ámbito de acción del derecho de huelga se vio incrementado con la expedición de la Carta Política de 1991. La garantía de ese derecho no se consagró en forma absoluta; únicamente, se vio limitada en aquellas actividades que constituyan servicios públicos esenciales. La prevalencia que constitucionalmente se señala en favor de los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos esenciales no reporta ninguna violación al derecho de huelga, como tampoco a los de asociación sindical ni al trabajo, toda vez que esa fue la valoración que el Constituyente de 1991 decidió otorgarles en esta particular situación.”¹²

También se precisó que si bien el legislador puede establecer limitaciones a la huelga por razones de orden público, las mismas deben atender criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad:

“El derecho de huelga no es absoluto, y se encuentra condicionado a la reglamentación que establezca el legislador, quien puede imponer restricciones o limitaciones por razones de orden público, para proteger los derechos ajenos y de la colectividad y asegurar la prestación de los servicios públicos y, en general, con el fin de alcanzar una finalidad constitucional que se estime esencial o constitucionalmente valiosa. No obstante, las res-

¹¹ C-663 de 2000 (junio 8), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹² C-075 de 1997 (febrero 20), M. P. Hernando Herrera Vergara.

tricciones que se impongan al ejercicio del derecho de huelga deben ser necesarias, indispensables, razonables y proporcionadas a la finalidad que se pretende alcanzar, con el fin de no hacerlo nugatorio o impracticable, pues si ello no es así, se atentaría contra la libertad sindical.”¹³

En todo caso, las restricciones que el legislador imponga al ejercicio del derecho de huelga no pueden ser arbitrarias, ni desconocer su magnitud jurídica:

“El derecho de huelga está restringido de dos formas: está prohibido su ejercicio en los servicios públicos esenciales que determine el legislador y, obviamente en los señalados como tales por el Constituyente. En los demás casos, su ejercicio debe ceñirse a la reglamentación que de él haga el legislador. Estas facultades limitadoras que se delegan de manera exclusiva en el órgano legislativo, sin embargo, no pueden ser desarrolladas de manera arbitraria; de lo contrario, el derecho de huelga dejaría de ser un verdadero derecho.”¹⁴

Tales limitaciones tampoco pueden desconocer el núcleo esencial de esa garantía constitucional, definido en estos términos:

“Puede señalarse como núcleo esencial del derecho de huelga, la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad no es absoluta. La huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo. Las restricciones al derecho de huelga deberán tener en cuenta este propósito, de modo que si bien tal derecho puede ser limitado con el fin de proteger otros de mayor jerarquía o el interés general, el poder que la Constitución pretende reconocer a los trabajadores no puede quedar desfigurado.”¹⁵

Ha expresado también esta Corte, que al desarrollar el derecho de huelga el legislador debe tener en cuenta el amplio espectro con que fue consagrado en la Constitución, como medio de reivindicación y defensa de los intereses de los trabajadores:

¹³ C-1369 de 2000 (octubre 11), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ C-432 de 1996.

¹⁵ C-432 de 1996.

“La Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio. Así, los trabajadores pueden entonces efectuar huelgas para reivindicar mejoras en las condiciones económicas de una empresa específica, o para lograr avances de las condiciones laborales de un determinado sector, y en general para la defensa de los intereses de los trabajadores. Sin embargo, la propia Constitución señala limitaciones a este derecho.”¹⁶

En cuanto atañe a las finalidades de la huelga, su institucionalización responde a la necesidad de solucionar conflictos colectivos laborales de carácter económico y profesional:

“La huelga se considera como uno de los más valiosos derechos e instrumentos jurídicos con que cuentan los trabajadores para solucionar sus conflictos laborales de carácter económico, previo desde luego, el agotamiento de las etapas encaminadas a lograr la definición de las diferencias laborales mediante el arreglo directo o la mediación. En ejercicio del derecho de huelga y con el cumplimiento de las disposiciones legales que la reglamentan, los trabajadores y las organizaciones sindicales no solo promueven y defienden sus intereses económicos y profesionales tendientes a obtener el mejoramiento de las condiciones del trabajo, sino que también persiguen el reconocimiento de derechos y garantías que superan el mínimo de estos, consagrados en las disposiciones laborales, como medio efectivo para la solución de los conflictos en las relaciones entre trabajadores y empresarios.”¹⁷

También se ha puesto de relieve, en precitada sentencia, que la huelga es un derecho que responde *“a la utilidad pública, al interés general de un Estado que se concibe a sí mismo como un Estado social, constitucional y democrático de Derecho, en cuanto se encuentra encaminado a hacer efectivos los derechos de la gran mayoría de los trabajadores asalariados y a buscar un mayor equilibrio, justicia y equidad en las relaciones laborales propias de un modelo económico capitalista basado en la dinámica trabajo-capital, dinámica respecto de la cual es claro para esta Corporación que el trabajador constituye la parte débil de la relación, razón por la cual se justifican las medidas protectoras, garantistas y correctivas por parte del Estado a favor de los trabajadores”*.¹⁸

¹⁶ C-473 de 1994.

¹⁷ C-548 de 1994 (diciembre 1°), M. P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁸ C-466 de 2008.

3.4 De la institucionalización de la huelga en la Carta Política, se deducen entonces las siguientes consecuencias:

i) La huelga es un derecho regulado y nunca un hecho librado a la arbitrariedad de quienes lo ejercen.

ii) Es un derecho de índole laboral, pues ha sido concebido para la solución de las controversias que surjan entre trabajadores y empleadores, con el fin de definir las condiciones económicas que regirán las relaciones de trabajo.

iii) El derecho a la huelga no es fundamental¹⁹ y para su ejercicio requiere reglamentación legal.²⁰

iv) Sólo puede ejercerse legítimamente el derecho a la huelga cuando se respetan los cauces señalados por el legislador.²¹

v) El derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general, los derechos de los demás y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público.²²

vi) Su reconocimiento no entraña necesariamente el de todas las formas y modalidades, sino de las que busquen reivindicar mejoras en las condiciones económicas de una empresa específica o lograr avances de las condiciones laborales de un determinado sector y, en general, la defensa de los intereses de los trabajadores.

vii) Es un derecho colectivo, siendo sus titulares un número plural de trabajadores, estén o no sindicalizados.

viii) No es un derecho universal, ya que de su ejercicio están excluidos los trabajadores que laboran en empresas de servicios públicos definidos como esenciales por el legislador.

¹⁹ C-432 de 1996.

²⁰ Sin embargo, el derecho de huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentre en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que sí ostentan el carácter de fundamentales (cfr. C-473 de 1994).

²¹ C-432 de 1996.

²² C-432 de 1996.

ix) Es un derecho relativo, pues está limitado en función de las finalidades que le son connaturales y las que determine el bien común.

x) Es un medio pacífico para la solución de conflictos colectivos laborales, no obstante su caracterización como mecanismo legítimo de presión y coacción de los trabajadores.

xi) Sólo puede ser ejercido por los trabajadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo, suponiendo un grave desequilibrio en las relaciones con los empleadores y la necesidad de una solución equitativa.

xii) La huelga reconocida como derecho en la Constitución es la que tiene por fin la defensa de intereses económico-profesionales de los trabajadores y, por lo tanto, las huelgas por intereses no económicos están fuera de la previsión del artículo 56 superior.

4. La huelga a la luz de los principios de la OIT

En este apartado se examinará la clase de reivindicaciones perseguibles por intermedio de la huelga, que están amparadas por el cuerpo de principios establecido por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, a través de su Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos, cuyas decisiones y recomendaciones, según ha expuesto esta corporación, *"tienen gran importancia por la autoridad que han adquirido"*.²³

Dicho Comité ha estimado que el derecho de huelga, como corolario inmanente del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87, es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones *"únicamente, en la medida en que constituya un medio de promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales"*.²⁴

²³ C-465 de 2008 (mayo 14), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ *"La libertad sindical"*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada), 2006. Párrafo 520.

Por su parte, el artículo 10° del Convenio 87 define al sindicato, para los fines de ese instrumento, como aquél *“que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores”*; esta definición tiene importancia cardinal, no solo por cuanto establece las pautas para la identificación y diferenciación de tales organizaciones en relación con otras asociaciones, sino también porque al precisar sus objetivos determina los límites hasta donde son aplicables los derechos y garantías reconocidos en el citado Convenio, que de esa manera resultan protegidos.

A la luz de las regulaciones de la OIT, las reivindicaciones que se defienden con la huelga pueden clasificarse en tres categorías: i) las de naturaleza laboral, que persiguen garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los empleados; ii) las de naturaleza sindical, que buscan garantizar y desarrollar los derechos de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes; y iii) las de naturaleza política.

Las dos primeras no plantean problemas en su reconocimiento y aplicación, pues desde un principio su legitimidad no ofrece duda en las decisiones del Comité de Libertad Sindical. La problemática surge respecto de la huelga política y la de solidaridad.

Partiendo de la definición de *“organización de trabajadores”* ya referida, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que *“las huelgas de carácter puramente político ... no caen dentro del ámbito de los principios de la libertad sindical”*.²⁵ También ha señalado que *“sólo en la medida en que las organizaciones sindicales eviten que sus reivindicaciones laborales asuman un aspecto claramente político, pueden pretender legítimamente que no se interfiera en sus actividades”*,²⁶ aun cuando ha reconocido que es difícil efectuar una distinción clara entre lo político y lo realmente sindical, ya que ambas nociones tienen puntos comunes.²⁷

No obstante, según dicho Comité los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga, abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de tra-

²⁵ Op.cit. párrafo 528.

²⁶ Op.cit. párrafo 505.

²⁷ Op.cit. párrafo 505.

bajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que *“engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social”*.²⁸ Igualmente, considera que los trabajadores y sus organizaciones deberían poder manifestar su descontento sobre cuestiones económicas y sociales, que guarden relación con los intereses de ellos, en un ámbito más amplio que el de los conflictos de trabajo, susceptibles de finalizar con un convenio colectivo determinado.²⁹

En este sentido, ha estimado que *“la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical”*.³⁰ No obstante, para dicho Comité la acción de los trabajadores debe limitarse a expresar una protesta y no tener por objeto perturbar la tranquilidad pública.³¹

Los principios expuestos cubren las huelgas de ámbito geográfico local, así como las huelgas generales que, por su propio carácter, tienen usualmente marcada connotación política.

El Comité de Libertad Sindical ha defendido en reiteradas ocasiones la legitimidad de las huelgas de ámbito nacional, en la medida que tengan objetivos económicos y sociales *“y no puramente políticos”*,³² recalcando que la prohibición de la huelga sólo podría ser aceptable con respecto a los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o con respecto a los trabajadores de los servicios esenciales, en el sentido estricto del término, es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.³³

En cuanto a la huelga general, el Comité considera que *“es legítima y corresponde a la esfera de actividad normal de las organizaciones sindicales una huelga general de 24 horas reivindicando el aumento de los*

²⁸ Op.cit. párrafo 526.

²⁹ Op.cit. párrafo 531.

³⁰ Op.cit. párrafo 542.

³¹ Op.cit. párrafo 650.

³² Op.cit. párrafo 541.

³³ Op.cit. párrafo 541.

salarios mínimos, el respeto de los convenios colectivos en vigor y el cambio de política económica (disminución de precios y del desempleo)".³⁴

Así mismo, ha estimado que *"la convocatoria de una huelga general de protesta para que se ponga fin a los centenares de asesinatos de dirigentes sindicales y sindicalistas que se han producido en los últimos años constituye una acción sindical legítima, por lo que su prohibición constituye una violación grave de la libertad sindical"*.³⁵

Cuando entre las reivindicaciones que se persigue obtener a través de la huelga, figuren algunas de carácter laboral o sindical y otras de carácter político, la actitud del Comité ha consistido en reconocer la legitimidad de la cesación de labores cuando la expresión de tales reivindicaciones no aparece como un simple pretexto que, en realidad, encubre objetivos puramente políticos, desconectados de la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

Por su parte, la Comisión de Expertos también ha considerado que las huelgas de mera naturaleza política no están cubiertas por los principios de libertad sindical, dada la dificultad de distinguir en la práctica entre los aspectos políticos y profesionales de una huelga y, también, porque las políticas adoptadas por un gobierno repercuten frecuentemente de forma inmediata en los trabajadores o los empleadores, como sucede, por ejemplo, a raíz de una congelación general de precios y salarios.

La Comisión estima igualmente que las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social, que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.

En lo que respecta a las huelgas de solidaridad, el Comité de Libertad Sindical ha advertido que *"una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder*

³⁴ Op.cit. párrafo 543.

³⁵ Op.cit. párrafo 544.

recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen".³⁶ Al respecto, valer anotar que esta Corte ha reconocido la huelga por solidaridad al encontrar que tiene arraigo constitucional en el artículo 56 superior.³⁷

En síntesis, la OIT reconoce el amplio espectro del derecho de huelga como mecanismo para lograr reivindicaciones laborales o sindicales, siempre y cuando la suspensión colectiva de labores tenga relación con la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores y no otros de distinta naturaleza, como son los de índole puramente política.

5. Análisis constitucional de los artículos 429 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo

El artículo 429 del CST, en lo impugnado, al definir la huelga como la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa, le atribuye "*finés económicos y profesionales*", propuestos a los empleadores, previos los trámites estatuidos en ese ordenamiento. Por su parte, el literal b) del artículo 450 ib. acusado, dispone que la suspensión colectiva del trabajo es ilegal "*cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos*".

Según el actor, el señalamiento de fines económicos y profesionales como elemento definitorio de la huelga es inconstitucional, por cuanto discrimina a los trabajadores que pretendan realizar una suspensión colectiva de actividades con propósitos de orden político, desconociendo, de contera, la naturaleza eminentemente política de las organizaciones sindicales y también el amplio alcance de la garantía constitucional del derecho de huelga.

El Ministerio de la Protección Social se opone a la demanda, porque considera que la huelga, como derecho inherente al colectivo de trabajadores, por esencia persigue la búsqueda de mejores condiciones laborales, prerrogativas e intereses económicos o profesionales, razón por la cual no se puede, como lo pretende el actor,

³⁶ Op.cit. párrafo 534.

³⁷ C-201 de 2002 (marzo 19), M. P. Jaime Araújo Rentería.

desnaturalizar ese mecanismo permitiendo que justifique intereses políticos o de otra índole.

Esta visión es compartida por el Procurador General de la Nación, para quien la asignación de finalidades económicas y profesionales a la huelga corresponde al diseño constitucional de esa figura, por lo que pretender la introducción de otra clase de intereses, tales como los de índole política, que no tienen esa relación específica con el ámbito laboral, desvirtúa la esencia de ese derecho, siendo además claro que para lograr reivindicaciones en ese campo existen otros instrumentos constitucionales, a través de los cuales las personas pueden manifestarse pública y pacíficamente.

Para responder el interrogante que plantea la demanda conviene recordar que en su configuración constitucional la garantía del derecho de huelga tiene unos contornos bien definidos por el constituyente, entre los cuales sobresale su carácter relativo, en cuanto su ejercicio está condicionado al ámbito de las leyes que lo regulan, las cuales al desarrollarlo deberán tener en cuenta su índole eminentemente laboral, colectiva, universal y pacífica y, en especial, su finalidad inmanente de defensa de intereses económico-profesionales de los trabajadores.

En este sentido, en principio las normas acusadas se ciñen a los parámetros superiores, puesto que lo acusado del artículo 429 del CST, al definir la huelga le asigna finalidades económicas y profesionales de la clase trabajadora y el artículo 450 ib., en su literal b), califica de ilegal la suspensión colectiva de labores cuando persigue un objetivo diferente, como sería el caso de las de naturaleza meramente política a las que alude la demanda, cuya exclusión resulta razonable, dado que en tal evento la suspensión de labores no está orientada a la protección de los intereses económico-profesionales de los trabajadores, sino a confrontar el sistema por fuera del contexto laboral o de los conflictos colectivos de trabajo, categoría en la que también estaría incluido el cese de actividades que no busca presionar una mejora en las condiciones laborales de los trabajadores, sino exigir de cualquier autoridad del Estado la ejecución de algún acto reservado a su determinación.

Ese tipo particular de huelga, al exceder los linderos de lo jurídico-profesional, no puede justificarse por sus objetivos, del todo extraños a la promoción y defensa de la clase trabajadora, y menos por métodos ajenos al derecho y la razón, si llegaren a ser violentos.

Según se ha explicado, por su misma naturaleza la huelga es un medio de confrontación y presión frente al empresario, con aptitud para inducirle a ceder a las pretensiones de los trabajadores, elementos que se echan de menos en la huelga política, ya que no posee una finalidad de reivindicación laboral, ni va dirigida contra el empleador, sino que tiende a ejercitar presión sobre órganos y autoridades del Estado, para lograr objetivos distintos a soluciones de los problemas que conciernen a los trabajadores, en materia de salarios, empleo, protección social y de nivel de vida, u otros de índole semejante.

La huelga política deja de ser entonces una cesación pacífica y colectiva de labores, para asumir un carácter que trasciende el ámbito meramente laboral, pudiendo llevar al empleo de métodos anti-democráticos que contrasten con el ordenamiento superior, no sólo en su general planteamiento programático, sino también, y más específicamente, en las normas que determinan los medios lícitos e idóneos para la manifestación y realización de la voluntad popular.

El artículo 3° de la Constitución enseña que la soberanía reside en el pueblo, que la ejercita en las formas y dentro de los límites que la preceptiva superior prevé; esos medios son, entre otros, las libertades de reunión y manifestación (art. 37), asociación (art. 38), pensamiento y prensa (art. 20), petición (art. 23), pero no la huelga de perfil político, conductora a un plano por fuera del marco constitucional.

Para el reclamo legítimo y pacífico de pretensiones políticas, la Carta además ha establecido mecanismos tales como el sufragio (art. 40-1), los partidos políticos (art. 40-3 y 107) y otros instrumentos de participación de la sociedad civil (art. 103), pero no los sindicatos, que institucionalmente están ordenados para la regulación de relaciones económicas y profesionales que incumben directamente a los trabajadores (art. 39).

Al respecto conviene tener presente que para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la misión esencial, fundamental y permanente de los sindicatos y del movimiento sindical es el progreso económico y social de los trabajadores, sin perjuicio de la libertad de opinión de sus miembros. Por tal razón, ha señalado que *“para poner a los sindicatos al abrigo de las vicisitudes políticas y para sustraerlos a la dependencia de los poderes públicos, sería deseable que las organizaciones profesionales limitasen su actividad -sin perjuicio de la libertad de opinión de sus miembros- a las cuestiones profesionales y sindicales”*.³⁸

Ha indicado, igualmente, que *“cuando los sindicatos decidan, de conformidad con las leyes y costumbres en vigor en sus respectivos países, y por la voluntad de sus miembros, establecer relaciones con un partido político o llevar a cabo una acción política conforme a la Constitución para favorecer la realización de sus objetivos económicos y sociales, estas relaciones o esta acción política no deben ser de tal naturaleza que comprometan la continuidad del movimiento sindical o de sus funciones sociales y económicas, cualesquiera que sean los cambios políticos que puedan sobrevenir en el país”*.³⁹

También ha advertido que *“los gobiernos no deberían tratar de transformar el movimiento sindical en un instrumento político y utilizarlo para alcanzar sus objetivos políticos; tampoco deberían inmiscuirse en las funciones normales de un sindicato tomando como pretexto que éste mantiene relaciones libremente establecidas con un partido político”*.⁴⁰

Dicho Comité ha expresado, de la misma manera, que *“las organizaciones sindicales no deben incurrir en abusos en cuanto a su acción política, excediendo sus funciones propias para promover esencialmente intereses políticos”*.⁴¹ Para el citado organismo, *“conviene no confundir el ejercicio que los sindicatos y las organizaciones de empleadores hacen de sus actividades específicas, es decir, la defensa y la promoción de los intereses profesionales de los trabajadores y de los empleadores, con una*

³⁸ *“La libertad sindical”*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada), 2006, párrafo 497.

³⁹ Op.cit. párrafo 498.

⁴⁰ Op.cit. párrafo 499.

⁴¹ Op.cit. párrafo 502.

*posible realización por parte de ciertos afiliados de otras actividades, ajenas a la esfera sindical".*⁴²

Concluye el Comité que *"sólo en la medida en que las organizaciones sindicales eviten que sus reivindicaciones laborales asuman un aspecto claramente político, pueden pretender legítimamente que no se interfiera en sus actividades".*⁴³

Queda así descartada la alegada violación, por parte de las normas acusadas, al derecho de asociación sindical (art. 39 Const.), pues si, como se ha visto, la función esencial de los sindicatos es la defensa y promoción de intereses de los trabajadores, mal se haría en reconocer la huelga con finalidades distintas, como la de índole exclusivamente política, que desnaturalizaría esa garantía constitucional.

Así mismo, los preceptos normativos acusados no incurren en infracción contra el derecho a la igualdad (art. 13 ib.) al no consagrar la huelga política, cuyo reconocimiento pretende el actor, pues está claro que no encuentra cabida en el ordenamiento superior por cuanto no está orientada a la defensa de los intereses económicos y profesionales de los trabajadores, sino otros de distinta naturaleza, frecuentemente a través de métodos que están al margen del ordenamiento jurídico, de modo que quienes la practican no se hallan en la misma situación fáctica de los huelguistas autorizados constitucionalmente para cesar labores, como medio legítimo de presión sobre los empleadores, a fin de obtener conquistas lícitas, previo el agotamiento del trámite señalado en la ley.

La jurisprudencia constitucional ha sido clara a este respecto, al expresar que *"mientras que el derecho de huelga como derecho fundamental tutelado por la Constitución y la ley tiene una finalidad o propósito único definido en la misma ley, como es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente, el denominado 'paro' no está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos pre-*

⁴² Op.cit. párrafo 504.

⁴³ Op.cit. párrafo 505.

*vios establecidos por la ley para ésta. De otra parte, se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo, como actividad prohibida a los sindicatos”.*⁴⁴

Al excluir la huelga política las normas acusadas tampoco desconocen el artículo 56 superior, porque como se ha visto, la consagración del derecho de huelga no entraña todas sus formas y modalidades, sino sólo las que busquen reivindicar mejoras en las retribuciones económicas⁴⁵, dentro de una empresa específica, o lograr avances de las condiciones laborales de un determinado sector y, en general, la defensa de los intereses de los trabajadores, propósitos que no son cumplidos por aquellas suspensiones generalizadas del trabajo con fines únicamente políticos, surgidas por fuera del contexto del conflicto colectivo laboral y que, por tanto, están al margen de la ley.

Por las mismas razones, también pierde sentido el cargo por supuesta violación al artículo 2° de la Constitución, pues es evidente que la garantía del derecho de huelga, por cuya efectividad deben propender las autoridades públicas, es aquella ejercida conforme a la finalidad trazada por el constituyente, referente a las reivindicaciones laborales de los trabajadores y no otra de distinta estirpe.

En principio, la asignación de finalidades económicas y profesionales a la huelga (art. 429 CST), como su calificación de ilegal cuando se aparta de esos objetivos (literal b art. 450 ib.), no son medidas irrazonables, puesto que apuntan a la consecución de un

⁴⁴ T-413 de 2005 (abril 15), M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En el mismo sentido T-331A de 2006.

⁴⁵ En sentencia C-201 de 2002 (marzo 19), M. P. Jaime Araújo Rentería, la Corte al declarar inexecutable la expresión “*salariales*”, contenida en el literal e) del artículo 379 del CST, determinó que la huelga por razones económicas no se circunscribe a las reclamaciones de índole salarial, en estricto sentido, sino que también “*puede ejercerse por los trabajadores afectados por el incumplimiento de obligaciones distintas a las meramente económicas tales como, por ejemplo, el pago de los aportes al sistema de seguridad social o, en general, cualquier deuda insoluble por parte del empleador distinta al salario o a los factores salariales, a que puedan tener derecho los trabajadores por disposición legal, contractual o reglamentaria. Lo anterior no significa que cualquier incumplimiento de las obligaciones del empleador justifique la huelga, por lo cual corresponde a la autoridad competente determinar, en cada caso, el mérito de las razones que conducen a la suspensión colectiva del trabajo*”.

objetivo constitucionalmente valioso, como es la preservación del orden público, mediante el adecuado ejercicio de esa garantía superior para beneficio de la clase trabajadora y como mecanismo legítimo de presión hacia equitativas condiciones laborales. Sin tales parámetros, el derecho de huelga sería nugatorio e impracticable y afectaría profundamente las relaciones entre trabajadores y empleadores, que deben desarrollarse en un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.⁴⁶

Tampoco se advierte desproporción alguna en la no consagración de la huelga política, pues el derecho de los trabajadores a la defensa de sus intereses mediante el empleo de un instrumento legítimo de presión como la huelga, debe ceder cuando con ello se ocasiona o se puede causar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito, lo cual sucedería de permitir su ejercicio con finalidades distintas a las de carácter económico y profesional, que podría conllevar desestabilización a las instituciones democráticas y perjudicar, finalmente, a los mismos trabajadores.

Además, está claro que el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio, derivadas de su conexidad con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, sin rebasar su contenido esencial, ni obstruirlo más allá de lo razonable, ni despojarlo de la necesaria protección, que es precisamente lo que previenen las normas acusadas, al limitar el ejercicio de esa garantía constitucional a la suspensión colectiva de labores que procura mejoras en las condiciones de trabajo, objetivo que por ser de interés general y de utilidad pública, está en consonancia con la Carta Política.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones en torno la prohibición de la huelga política, debe tenerse presente que si bien el legislador puede establecer limitaciones al ejercicio de ese derecho para proteger el interés general, los derechos de los demás y cuando de su ejercicio derive alteración del orden público, las mismas deben atender criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad

⁴⁶ Cfr. art. 1° del CST.

y por tal razón las restricciones no pueden ser arbitrarias, ni desconocer el núcleo esencial de esa garantía esencial, cual es la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo.

A la vez, el legislador debe tener en cuenta el amplio espectro con que fue consagrado en la Constitución este derecho, como medio de reivindicación y defensa de los intereses de los trabajadores. De este modo, cabe observar que la Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio, como también lo reconoce la OIT, siempre y cuando la suspensión colectiva de labores tenga relación con la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores y no de otros de distinta naturaleza como son los de índole política, para los cuales existen otros canales de expresión y que desnaturalizarían el mecanismo de reivindicación laboral.

Precisamente, esas razones llevaron a esta Corte ha reconocerle validez constitucional a la huelga por solidaridad, entendida como la facultad que tienen los empleados sindicalizados o no sindicalizados, de participar en la huelga promovida por trabajadores de otra empresa o establecimiento que están inmersos en un conflicto laboral con su empleador. Para justificar tal determinación, la Corte razonó así:

“El sentido y alcance del derecho de huelga alcanzó una nueva dimensión a instancias del Constituyente de 1991 dado que, mientras en la Constitución de 1886 el derecho de huelga estaba proscrito para cualquier servicio público, en la actual Carta sólo se excluye de su disfrute a los trabajadores de la esfera de los servicios públicos esenciales que determine la ley. Claro es entonces que hoy, por regla general, el derecho de huelga se predica de los trabajadores vinculados a los servicios públicos, a menos que tales servicios correspondan al catálogo de los esenciales por disposición legal, caso en el cual, a pesar de que los respectivos trabajadores se encuentren sindicalizados, el derecho de huelga se halla al margen de su patrimonio jurídico laboral.”

Por ello mismo, si el Constituyente consagró la garantía para ejercer el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales - con lo cual se busca garantizar la continuidad de su prestación en atención al interés general que se vería conculcado -, es de entender que también prohijó el ejercicio de sus distintas modalidades o manifestaciones, entre las cuales milita la denominada huelga por solidaridad. Entonces, si este derecho tiene un alcance amplio que en modo alguno sugiere la exclusión de la modalidad en comento, no cabe duda de que tal ejercicio solidario goza de pleno y legítimo sustento constitucional.

Sobre este tema afirmó la Corte Constitucional en sentencia C-473 de 1994:

'Como vemos, el derecho de huelga está en conexión directa no sólo con claros derechos fundamentales -como el derecho de asociación y sindicalización de los trabajadores (CP arts. 38 y 39)- sino también con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación (CP art. 1) y la realización de un orden justo (CP art. 2).'

En líneas posteriores agregó la Corte:

'La Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio'.

En este orden de ideas, se halla cobijada por dicha garantía constitucional, por ejemplo, la huelga que adelanten los trabajadores de una empresa en solidaridad con otros que están en huelga con un empleador distinto, cuando unos y otros se encuentren vinculados a una federación o confederación sindical, u ostenten cualquier otra ligazón que habilite la participación solidaria."⁴⁷

En este contexto, queda claro que una interpretación estricta de las expresiones demandadas de los artículos 429 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo no se aviene a la amplitud de esa garantía, pues si bien resulta válido que el legislador establezca las finalidades económicas y profesionales de la huelga, también es cierto que no se puede excluir la expresión legítima de las organizaciones sindicales en relación con políticas sociales, económicas y sectoriales que incidan de manera directa y próxima en el ejercicio de la actividad, ocupación, oficio o profesión.

⁴⁷ C-201 de 2002.

Sobre este particular debe recordarse que según la OIT, el ejercicio del derecho de huelga es perfectamente compatible con la actividad de los sindicatos, como organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores, de poder recurrir a la suspensión colectiva y pacífica de labores para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social, que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida; ese organismo también ha advertido que *“la prohibición general de toda actividad política de los sindicatos no sólo sería incompatible con los principios de la libertad sindical, sino que carecería de realismo en cuanto a su aplicación práctica”*,⁴⁸ pues las organizaciones sindicales pueden querer, por ejemplo, manifestar públicamente su opinión sobre la política económica y social que afecta a los trabajadores.

Atendiendo estas pautas, para esta corporación resulta incuestionable que una real garantía del ejercicio del derecho de huelga debe ampliarse para aceptar que sus finalidades no sean puramente económicas y profesionales y que la expresión de esas posiciones no lleve consigo la ilegalidad de la huelga y, por ello, declarará exequibles de manera condicionada los apartes demandados de los artículos 429 y 450 del C.S.T., en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión. [...]

48 Op.cit. párrafo 503.

El derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad a que se pertenece

Comité de Derechos Humanos
Comunicación Nº 1457/2006 del 28 de diciembre de 2004
Ángela Poma Poma c. Perú,
Dictamen del 24 de abril de 2009

Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 de Protocolo Facultativo

1. La autora de la comunicación, de fecha 28 de diciembre de 2004, es Ángela Poma Poma, ciudadana peruana nacida en 1950. Alega ser víctima de una violación de los artículos 1, párrafo 2; 2, párrafo 3 a); 14, párrafo 1; y 17, del Pacto por parte de Perú. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte el 3 de enero de 1981. Está representada por el abogado Tomás Alarcón.

Antecedentes de hecho

2.1 La autora y sus hijos son propietarios de la estancia alpaquera “Parco – Viluyo” ubicada en el distrito de Palca, provincia y región de Tacna. Se dedican a la crianza de camélidos sudamericanos (alpacas, llamas y otros animales menores), actividad que constituye su único medio de subsistencia. La estancia se encuentra situada en el altiplano andino, a 4.000 metros de altura, donde solamente hay praderas para el pastoreo y manantiales de agua subterránea que nutren los llamados “bofedales”, o humedales altoandinos. La estancia supera las 350 hectáreas de terreno de pastoreo y está atravesada por un bofedal, antiguo cauce del río Uchusuma, del que dependen más de ocho familias.

2.2 En los años 1950s, el gobierno peruano desvió el cauce del río Uchusuma, lo que privó al humedal situado en las tierras de la autora del agua superficial que le abastecía y hacía crecer los pastizales donde se alimentaba su ganado. A pesar de ello, el humedal siguió manteniéndose con los afloramientos de agua subterránea que brota en la zona de Patajpujo, aguas arriba de la estancia. No obstante, en los años 1970s, el gobierno perforó pozos para sacar agua subterránea en Patajpujo (los llamados pozos del Ayro), lo que provocó una merma considerable de la humedad de los pastizales y sitios de toma de agua para consumo humano y animal. Según la autora, con ello se produjo un desecamiento paulatino de los bofedales donde se practica la crianza de camélidos bajo las costumbres tradicionales de las familias afectadas, descendientes del pueblo Aymara y que constituye su intimidad (*sic.*) conservada durante milenios.

2.3 En los años 1980s, el Estado Parte prosiguió con el proyecto de trasvase de agua de la cordillera andina hacia la costa del pacífico para abastecer el consumo de la ciudad de Tacna. A inicios de los años 1990s, el gobierno peruano aprobó un nuevo proyecto denominado “Proyecto Especial Tacna” (“PET”), bajo la dirección del Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) consistente en la construcción de doce nuevos pozos en la región Ayro, con la previsión de construir cincuenta pozos adicionales subsiguientemente. La autora hace notar que esta medida aceleró el proceso de desecación y degradación de 10.000 hectáreas de tierras aymara de pastoreo y la muerte de gran cantidad de cabezas de ganado. Las obras se realizaron sin contar con resolución aprobatoria del estudio de impacto ambiental, el cual es obligatorio conforme al artículo 5 del Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Los pozos tampoco fueron inventariados en el Registro de Recursos Hídricos del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA).

2.4 En 1994, varios miembros de la comunidad aymara se manifestaron en la región de Ayro y fueron reprimidos por oficiales de policía y de las fuerzas armadas. La autora sostiene que el presidente de la comunidad, Juan Cruz Quispe, que impidió la construcción de los cincuenta pozos previstos por el PET, fue asesinado en el distrito de Palca y que su muerte nunca fue investigada.

2.5 Según la autora, la sucesión de varias protestas indígenas, incluyendo una queja colectiva enviada al gobierno el 14 de diciembre de 1997, forzaron la desactivación de seis de los doce pozos construidos en Ayro, entre ellos el denominado pozo número 6, que se suponía especialmente perjudicial para los intereses indígenas. Este pozo fue transferido a la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Tacna (EPS Tacna), dependencia del Municipio.

2.6 Figura en el expediente la copia de un oficio del INADE de 31 de mayo de 1999 dirigido al Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), dependiente del Ministerio de Agricultura, como resultado de la consulta efectuada por un congresista en el que se señala que EPS-Tacna, en convenio con la antigua ONERN (hoy INRENA) había realizado un Estudio de Impacto Ambiental en el que se concluía lo siguiente: “el impacto ambiental previsible sobre el medio en términos globales es moderado, y no influye principalmente por cuanto el régimen de explotación de los recursos hídricos subterráneos son menores al cálculo de reservas renovables establecido en los estudios hidrogeológicos”.

2.7 Figura también en el expediente copia de un oficio del INRENA de abril de 2000 en el que se señala que esta institución no había recibido del Proyecto Especial Tacna- PET ningún estudio de impacto ambiental y que, por consiguiente, no se había emitido ninguna resolución aprobatoria, en materia ambiental, sobre la apertura de los pozos.

2.8 La autora también transmitió al Comité copia de un informe elaborado por la Defensoría del Pueblo en 2000 en el que se recomendaba al Director Ejecutivo del PET que presentara el Estudio de Impacto Ambiental y los informes de las actividades realizadas por esa entidad al INRENA a fin de que éste emitiera el correspondiente pronunciamiento evaluativo.

2.9 En 2002 la empresa reactivó el pozo n° 6 para sacar más agua. Ante esto, la autora presentó una denuncia penal ante la Primera Fiscalía de Tacna contra el gerente de la compañía EPS Tacna por un delito ecológico, usurpación y daños, la cual fue desestimada por el fiscal. El 17 de septiembre de 2003, la autora recurrió ante el Fiscal Superior, quien ordenó la inspección de los pozos por parte

del Fiscal y la policía. Realizada la misma, el Fiscal de la Primera Fiscalía de Tacna concluyó que había indicios de delito y formuló denuncia penal contra el gerente de EPS Tacna, por delito contra la ecología en la modalidad de alteración del paisaje natural, rural o urbano, previsto en el Código Penal, ante el Primer Juzgado Penal de Tacna.

2.10 Aproximadamente un año después de interpuesta la denuncia el juez del Primer Juzgado Penal se inhibió de conocer la causa por ser el esposo de la asesora legal de la empresa, siendo remitido el expediente al Segundo Juzgado Penal de Tacna. El 13 de julio de 2004 dicho juzgado declaró no haber lugar a la apertura de proceso por falta de un requisito de procedimiento, a saber, el informe por parte de la autoridad estatal competente, INRENA. Este requisito, establecido por ley, exige que antes de iniciar el proceso la autoridad competente debe emitir un informe sobre la posible comisión de un delito ecológico. La autora sostiene que, aunque el Fiscal insistió en la instrucción de la causa alegando la existencia en autos de un informe del INRENA, la juez archivó la causa.

2.11 Con fecha 10 de enero de 2005 el Fiscal amplió la denuncia ante el Segundo Juzgado, por un delito de usurpación de aguas, previsto en el artículo 203 del Código Penal. El Fiscal afirmaba que las aguas superficiales y subterráneas de la zona del Ayro se habían venido usando pacíficamente por usos y costumbres y que, al llevarse las aguas el PET sin consulta ni autorización del ente respectivo se habían desviado las mismas de su curso normal, perjudicando a la autora. Esta denuncia no fue acogida. El fiscal interpuso Recursos de Reconsideración y de apelación contra esta decisión, los cuales fueron declarados sin lugar. Posteriormente interpuso un Recurso de Queja, el cual fue declarado infundado con fecha 24 de junio de 2005, debido a que el Fiscal no había apelado la resolución de 13 de julio de 2004 y que la ampliación de denuncia era improcedente.

2.12 La autora presentó igualmente queja ante el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE), donde le respondieron que se estaba investigando a los funcionarios del proyecto PET por irregularida-

des, al haberse comprobado que habían estado negociando compartir las aguas del subsuelo de la costa de Tacna con Chile. La autora supo entonces que existían aguas sobrantes en el subsuelo de la costa de Tacna y que no era necesario que siguieran funcionando los pozos del Ayro. Con fecha 11 de noviembre de 2004 el INADE le comunicó que no era posible iniciar una investigación. Esto dejó a la autora sin ninguna posibilidad de que se ventilaran los hechos. Tres años antes los hechos habían también sido puestos en conocimiento de la CONAPA, autoridad encargada de asuntos indígenas del Gobierno peruano, la cual no tomó ninguna medida al respecto.

2.13 La autora alega que ha agotado todos los recursos internos disponibles sin que su caso haya sido enjuiciado. Añade que el Código Procesal Constitucional peruano únicamente admite recursos de amparo o habeas corpus en contra de los jueces por denegación de justicia, lo que no concurre en el presente caso.

La denuncia

3.1 La autora alega que el Estado Parte violó el párrafo 2 del artículo 1, porque al desviar las aguas subterráneas de sus tierras, se destruyó el ecosistema del altiplano, se degradaron las tierras y se desecaron los humedales. Como resultado de ello, murieron miles de cabezas de ganado y se colapsó el único sistema de supervivencia de la comunidad, a saber el pastoreo y crianza de llamas y alpacas, dejándoles en la miseria. Es por ello que se han visto privados de sus medios de subsistencia.

3.2 La autora alega igualmente que se vio privada del derecho a interponer un recurso efectivo, en violación del artículo 2, párrafo 3, inciso a) del Pacto. Al exigir la presentación de un informe por parte del Estado para que el juez inicie un proceso el Estado se convierte al mismo tiempo en juez y parte y se pronuncia, antes que lo haga el propio juez, sobre la existencia o no de delito. Se queja igualmente de que no exista en el Código Penal el delito de despojo de aguas utilizadas por los indígenas para sus actividades ancestrales, y afirma haber agotado los recursos internos.

3.3 La autora alega que los hechos descritos constituyen una ingerencia en su vida y actividad familiar, en violación del artículo 17 del Pacto. Por falta de agua su único medio de subsistencia, es decir el pastoreo y crianza de alpacas y llamas se vio gravemente afectado. El Estado parte no puede obligarles a cambiar su modo de vida familiar, ni a dedicarse a una actividad que no es la suya ni a interferir con su deseo de continuar viviendo en sus territorios ancestrales. Su vida privada y familiar está constituida por sus costumbres, relaciones sociales, el idioma Aymara, las formas de pastoreo, el cuidado del animal. Todo ello se ha visto afectado como resultado del desvío de las aguas.

3.4 Sostiene que las autoridades políticas y judiciales no tomaron en cuenta los argumentos de la comunidad y sus representantes por el hecho de ser indígenas, por lo que se violó su derecho a la igualdad ante los tribunales reconocido en el párrafo 1 del artículo 14.

Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 26 de mayo de 2006, el Estado Parte contesta la inadmisibilidad y el fondo de la queja. Sostiene que la hija de la autora presentó un caso ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por medio del procedimiento 1503, alegando los mismos hechos, y que en consecuencia, la queja sería inadmisibles de conformidad con la letra a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

4.2 En cuanto al fondo, el Estado Parte hace notar que la extracción de agua por parte de EPS Tacna no está supeditada a la aprobación de un estudio de impacto ambiental, sino que se realiza en concordancia con la prioridad de uso establecida por la Ley General de Aguas. Esta ley establece el orden de preferencia en el uso de las aguas y como uso prioritario el abastecimiento de agua potable a las poblaciones. Además, la mayoría de los pozos fueron perforados con anterioridad a la entrada en vigor del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo No 613, promulgado en septiembre de 1990, que estableció la obligatoriedad de la elaboración de un estudio sobre el impacto ambiental previo a la ejecución de las obras.

4.3 A raíz de las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo, el PET encargó al INRENA la elaboración del estudio de impacto ambiental, cuyas recomendaciones y medidas técnicas vienen siendo implementadas por el PET desde 1997. Asimismo, fue actualizado en diciembre de 2000 y remitido al INRENA para su evaluación. Por otro lado, en un informe de la Dirección Regional de Agricultura de Tacna de 12 de julio de 2001, esta entidad corroboró que la explotación de aguas subterráneas se realizó de forma irregular por la compañía EPS Tacna, pero en un régimen que no alteraba las reservas naturales, y que dichos recursos hídricos constituían una fuente necesaria para satisfacer las demandas de agua para el uso poblacional y agrícola del valle de Tacna, por lo que debía seguir operando. Mediante carta de 20 de febrero de 2006, la Defensoría del Pueblo informó a la autora sobre las actuaciones realizadas y sobre el cumplimiento por el PET con el estudio de impacto ambiental. Mediante una nueva carta de 20 de marzo de 2006, la Defensoría informó a la autora que se daba por concluido el caso.

4.4 El Estado Parte hace notar que el funcionamiento de los pozos que ejecuta el PET se realiza de conformidad con la Constitución y la legislación vigente en Perú, así como con el Pacto. Destaca que la Defensoría del Pueblo constató, con posterioridad a la construcción de los pozos, que el Estado reguló la realización de estudios de impacto ambiental, con lo que dio por concluida su intervención sin haber encontrado vulneración de derechos fundamentales por el Estado. En los casos en que el Estado ha considerado que se ha producido algún daño como consecuencia de las actividades realizadas por el PET, dichas denuncias y quejas han sido atendidas.

4.5 El Estado parte añade que el supuesto daño ocasionado al ecosistema no ha sido sustentado técnica ni jurídicamente, y que no se ha acreditado la violación de los derechos de la autora, su familia y demás miembros de la Comunidad de Ancomarca.

4.6 Respecto a la supuesta violación del artículo 2 del Pacto, el Estado parte considera que la denuncia penal interpuesta por la autora fue desestimada por carecer de sustento técnico. El Esta-

do parte no considera que la imposición del mencionado requisito técnico sea una violación de su derecho a interponer un recurso efectivo sino un requisito de orden procesal relacionado con la naturaleza del delito denunciado y previsto en la ley. Dicho requisito se sustenta en la necesidad de contar con el soporte técnico que permita al Ministerio Público apreciar adecuadamente la situación.

Comentarios de la autora

5.1 En sus comentarios de 12 de julio de 2006, la autora reitera que, a pesar de la denuncia formalizada por el Ministerio Público ante el Juzgado Penal de Tacna, este juzgado dispuso la no apertura del proceso debido a un requisito de procedimiento, argumentando que no puede iniciar proceso penal en los casos de delitos ecológicos que no son previamente calificados como tales por la autoridad competente, es decir el INRENA. Ahora bien, éste es un organismo estatal de carácter administrativo, y por tanto cumple en este caso el doble papel de “juez y parte”. Señala que el juez de instrucción protegió la impunidad al no permitir que se enjuiciara el caso contra el gerente de la empresa, por lo que se dejó a la autora sin posibilidad de recurso ante la justicia. La razón de esta denegación fue que el principal responsable de los delitos ecológicos es el propio Estado y las entidades públicas de los gobiernos regionales y municipales.

5.2 La autora manifiesta que la legislación medioambiental es el único instrumento de las comunidades indígenas para salvaguardar la integridad de sus tierras y recursos naturales. Sostiene que el Estado Parte ha violado el Convenio No 169 de la OIT, dado que no existe ninguna ley nacional que proteja a las comunidades indígenas peruanas perjudicadas por proyectos de desarrollo.

5.3 La autora transmitió al Comité un informe realizado en 2006, a título privado y a petición de la comunidad, por una geóloga suiza titulado “El impacto ambiental del Proyecto Vilavilani – Algunos aspectos geológicos e hidrológicos”. El informe señala, entre otros, que la derivación de agua intensifica considerablemente los procesos de erosión y transporte de sedimentos, lo que impacta

no sólo en la infraestructura de captación, riego y agua potable, sino que también refuerza los graves problemas de desertificación y estabilidad morfodinámica del área, lo que tiene un impacto negativo en el ecosistema de toda la región.

DELIBERACIONES DEL COMITÉ

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento interno, antes de examinar las alegaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si ésta es o no admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.2 En relación con la cuestión del sometimiento del asunto a otro procedimiento de examen o arreglo internacional, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el caso habría sido presentado ante la Comisión de Derechos Humanos por medio del procedimiento establecido por la resolución 1503 (XLVIII) de 27 de mayo de 1970, adoptada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Sin embargo, el Comité recuerda que este mecanismo no constituye un procedimiento de examen o arreglo internacional en el sentido de la letra a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo¹, siendo la naturaleza de dicho procedimiento muy distinta a la del previsto por el Protocolo Facultativo, sin que el primero permita el examen del caso individual y culmine en una determinación sobre el fondo del mismo.

6.3 El Comité toma nota de la denuncia de la autora de que el desvío de aguas provocó el consiguiente desecamiento y degradación de las tierras de su comunidad, una parte de las cuales eran de su propiedad, y la muerte de ganado, violándose su derecho a no ser privada de los medios de subsistencia, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1, y a su vida privada y familiar, conforme al artículo 17 del Pacto. El Comité recuerda su jurisprudencia con

¹ Ver las decisiones del Comité en las Comunicaciones 1/1976, *A y otros c. Uruguay*, adoptada el 26 de enero de 1978, y 910/2000, *Randolph c. Togo*, de 27 de octubre de 2003, párr. 8.4.

arreglo a la cual el Protocolo Facultativo establece un procedimiento mediante el cual los individuos pueden alegar que se han violado sus derechos individuales, no formando parte de estos últimos los derechos enunciados en el artículo 1 del Pacto². En cuanto a la invocación del artículo 17 por parte de la autora, el Comité considera que los hechos tal como relatados por ella, suscitan cuestiones que están relacionadas con el artículo 27³. A este respecto advierte que las observaciones del Estado parte tienen un carácter general y no se articulan en torno a la violación de un artículo específico del Pacto.

6.4 Respecto a la queja de la autora de que se vio privada de su derecho a un recurso efectivo, el Comité observa que la misma ha sido suficientemente fundamentada, a efectos de la admisibilidad, en cuanto plantea cuestiones relativas al artículo 2, párrafo 3, inciso a) en relación con el artículo 27 del Pacto. Por el contrario, la alegación de una violación del párrafo 1 del artículo 14 debido a que las autoridades no tomaron en cuenta las quejas por tratarse de miembros de una comunidad indígena no ha sido suficientemente fundamentada a efectos de la admisibilidad, y debe ser declarada inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.5 En consecuencia, el Comité declara admisible la comunicación respecto de las quejas relacionadas con el artículo 27, considerado en sí mismo y conjuntamente con el párrafo 3 a) del artículo 2 del Pacto.

Examen en cuanto al fondo

7.1 El Comité ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las partes, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. La cuestión que debe elucidar es si las obras de desvío de aguas que provocaron la degradación de las tierras de la autora viola sus derechos bajo el artículo 27 del Pacto.

² Ver entre otros los dictámenes del Comité en las Comunicaciones n° 167/1984, *Lubicon Lake Band c. Canadá*, de 26 de marzo de 1990, párr. 32.1; 547/1993, *Mahuika y otros c. Nueva Zelanda*, de 27 de octubre de 2000, párr. 9.2; y 932/2000, *Gillot c. Francia*, adoptado el 15 de julio de 2002, párr. 13.4.

³ Véase la comunicación 167/1984, *cit.*, párrafo 32.2.

7.2 El Comité recuerda su Observación General n° 23, con arreglo a la cual el artículo 27 establece y reconoce un derecho que se confiere a las personas pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, que se suma a los demás derechos de que pueden disfrutar todas las personas en virtud del Pacto. En algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo -por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría. Dicha Observación General señala igualmente, por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto.

7.3 El Comité ha reconocido en casos anteriores que los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen.⁴ En el presente caso resulta indiscutible que la autora es miembro de una minoría étnica y que la cría de camélidos constituye un elemento esencial de la cultura de la comunidad aymara, siendo ésta una forma de subsistencia y una práctica ancestral que se ha transmitido de padres a hijos. La autora misma participa de esa actividad.

⁴ *Lubicon Lake Band c. Canadá* cit. párr. 32.2.

7.4 El Comité reconoce que un Estado pueda legítimamente tomar medidas para promover su desarrollo económico. Sin embargo, recuerda que ello no puede menoscabar los derechos reconocidos en el artículo 27. Así pues, el alcance de la libertad del Estado en este ámbito deberá medirse con base a las obligaciones que deba asumir de conformidad con el artículo 27. El Comité recuerda asimismo que las medidas cuya repercusión equivalga a una negación del derecho a gozar de la propia cultura de la comunidad son incompatibles con el artículo 27, mientras que aquellas medidas que sólo tuvieran una repercusión limitada sobre el modo de vida y el sustento de las personas pertenecientes a la comunidad no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por ese artículo.⁵

7.5 En el presente caso, se trata de determinar si las consecuencias del desvío de aguas autorizado por el Estado parte en la cría de camélidos son de una proporción tal que tienen un impacto sustantivo negativo en el disfrute por parte de la autora de su derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad a que pertenece. En este sentido, el Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que miles de cabezas de ganado murieron a causa de la degradación de 10.000 hectáreas de tierras aymara de pastoreo, degradación producida como resultado directo de la implementación del Proyecto Especial Tacna durante los años 1990s, y que ello habría arruinado su modo de vida y la economía de la comunidad, forzando a sus miembros a abandonar sus tierras y su actividad económica tradicional. Observa que dichas afirmaciones no han sido contestadas por el Estado Parte, que se ha limitado a justificar la presunta legalidad de la construcción de los pozos del Proyecto Especial Tacna.

7.6 El Comité considera que la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros

⁵ Comunicaciones n^{os} 511/1992 y 1023/2001, *Länsman c Finlandia*, dictámenes adoptados respectivamente el 26 de octubre de 1994 y 15 de abril de 2005, respectivamente.

de esa comunidad 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. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros.

7.7 En el presente caso, el Comité observa que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. Además, el Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observa asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora, como miembro de su comunidad. El Comité concluye que las actividades realizadas por el Estado parte violan el derecho de la autora, a gozar de su propia cultura en común con los demás miembros de su grupo, con arreglo al artículo 27 del Pacto.

7.8 En lo relativo a las alegaciones de la autora relacionadas con el artículo 2, párrafo 3 a), el Comité toma nota de las acciones emprendidas por la autora ante la Primera Fiscalía de Tacna y la Fiscalía Superior. Observa que, si bien esta última presentó denuncia contra la compañía EPS Tacna, el Juzgado de lo penal competente rechazó la apertura del caso sobre la base de un error de procedimiento, a saber, la supuesta inexistencia de un informe que las propias autoridades debían proporcionar. En las circunstancias del caso el Comité considera que el Estado Parte ha negado a la autora su derecho a un recurso efectivo ante la violación de sus derechos

reconocidos en el Pacto, según lo establecido en el párrafo 3 a) del artículo 2, leído conjuntamente con el artículo 27.

7.9 Habiendo llegado a las conclusiones precedentes, el Comité no considera necesario referirse a la posible violación del artículo 17 invocado por la autora.

8. Con base en todo lo anterior, el Comité, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí revelan una violación del artículo 27 y del párrafo 3 a) del artículo 2 leído conjuntamente con el artículo 27.

9. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte debe proporcionar a la autora un recurso efectivo así como medidas de reparación adecuadas al perjuicio sufrido. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

10. Al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, Perú reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido o no una violación del Pacto. En virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionarles un recurso efectivo y aplicable en caso de que se demuestre que se ha producido una violación. El Comité desea recibir del Estado Parte, en el plazo de 180 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité. Se ruega al Estado Parte que publique el dictamen del Comité.

Derechos culturales: marco conceptual y jurídico

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe de la Experta independiente en la esfera de los
derechos culturales,
22 de marzo de 2010, A/HRC/14/36

[...] II. DERECHOS CULTURALES: MARCO CONCEPTUAL Y JURÍDICO

A. Los derechos culturales en los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas

1. *Tareas: contenido y alcance de los derechos culturales*

3. Con frecuencia se ha dicho que los derechos culturales están subdesarrollados en comparación con otros derechos humanos¹. La insuficiente atención que se les ha prestado ha hecho que en ocasiones se considere que son derechos que tienen menor prioridad. No obstante, como se destaca en la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, forman parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. En muchos aspectos los derechos culturales son fundamentales para el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana, por cuanto protegen el desarrollo y la expresión de diversas visiones del mundo —individuales y colectivas— y abarcan importantes libertades relacionadas con cuestiones de identidad. A condición de que se entiendan plenamente los derechos culturales

¹ Patrice Meyer-Bisch, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, Actes du VIII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg (Editions Universitaires Fribourg, Suiza, 1993). Véase también Elsa Stamatopoulou, «El derecho a participar en la vida cultural», presentación hecha al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, día de debate general sobre el derecho a participar en la vida cultural (E/C.12/40/9), págs. 7 y 8.

como parte del sistema más amplio de los derechos humanos y, por lo tanto, fundamentados en las normas y principios internacionales de derechos humanos, dan lugar a una mayor comprensión del principio de la universalidad de los derechos humanos tomando en consideración la diversidad cultural. Además, los derechos culturales son instrumentos esenciales del desarrollo, la paz y la erradicación de la pobreza², la consolidación de la cohesión social, y el respeto de la comprensión recíproca entre individuos y grupos, en toda su diversidad.

4. No existe una definición oficial de derechos culturales (como tampoco hay definiciones oficiales de derechos “civiles”, “políticos”, “económicos” o “sociales”). Con el mandato de realizar sus funciones en la esfera de los derechos culturales, como se enuncian en los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, la Experta independiente debe investigar la mejor manera de distinguir los derechos humanos que se han de considerar culturales y definir con mayor precisión el contenido de esos derechos. Esa tarea, no obstante, solo se puede emprender de manera exploratoria. Por cuanto los instrumentos de derechos humanos son instrumentos vivos, es esencial preservar lugar suficiente para su mayor evolución e interpretación, sobre la base del surgimiento de nuevas situaciones, demandas, o focos de opresión³.

5. La Experta independiente no se propone intentar una definición de cultura. No es necesario, y puede resultar inapropiado. En lugar de ello, puede surgir una mejor comprensión del ámbito de su mandato mediante la determinación de los derechos culturales, entendidos como “derechos en la esfera de la cultura”, basándose en ellos y proponiendo definiciones provisionales de cultura. Esas

² Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2004* (Nueva York, 2004), págs. 1 a 12, y UNESCO, Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005), art. 2. Véase también E/C.12/40/9, pág. 2.

³ Patrick Thornberry, «Cultural rights and universality of human rights», presentación hecha al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, día de debate general sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (E/C.12/40/15), pág. 6.

definiciones provisionales pueden encontrarse, en particular, en el preámbulo de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural⁴ y en la Observación general N° 21 (2009) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural⁵. Estas definiciones corresponden a lo que han destacado numerosos expertos, a saber, que puede entenderse la cultura como un producto, como un proceso y como una forma de vida⁶, e implica que la cultura incluye referencias mas allá de la etnicidad, el idioma y la religión.

6. La Experta independiente observa que, como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general N° 21 (2009), la expresión vida cultural “hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo” (párr. 11), y que “el concepto de cultura no debe entenderse como una serie de expresiones aisla-

⁴ «Reafirmando que la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.»

⁵ «El Comité considera que la cultura, a los efectos de la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas.» Véase también la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales (2007), art. 2 a), que puede consultarse en www.unifr.ch/iiedh/assets/files/declarations/eng-declaration.pdf.

⁶ Rodolpho Stavenhagen, “Cultural rights: a social science perspective”, en A. Eide, C. Krause, A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural rights: A Textbook* (Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2001), págs. 85 a 109; E/C.12/40/9, págs. 4 y 5; E/C.12/40/15, págs. 3 y 4. Véase también Comisión Internacional de Juristas, presentación hecha al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, día de debate general sobre al derecho a participar en la vida cultural (E/C.12/40/7), párr. 6.

das o compartimientos estancos sino como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la humanidad” (párr. 12). Se ha de tener presente que las naciones y los grupos étnicos y las comunidades culturales son ideológicamente plurales aunque compartan mores culturales comunes⁷. Además deben tomarse en consideración las diferencias de poder, por cuanto afectan la capacidad de los individuos y los grupos para contribuir efectivamente a la identificación, el desarrollo y la interpretación de lo que se ha de considerar una “cultura” común o un patrimonio cultural compartido.

7. La Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural parece única en el sentido de que enumera derechos que se califican expresamente como culturales. Según el artículo 5 de la Declaración: El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

8. Algunas iniciativas de la sociedad civil pueden ser también útiles, como la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales⁸, que esboza ocho derechos culturales que se relacionan con la identidad y el patrimonio cultural, la libertad de identificación con una o varias comunidades y el derecho a cambiar esa identificación, el acceso a la vida cultural y la participación en ella, la

⁷ Ephraim Nimni, “Collective dimensions of the right to take part in cultural life”, presentación hecha al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, día de debate general sobre el derecho a participar en la vida cultural (E/C.12/40/17), pág. 8.

educación y la capacitación, la información y la comunicación, y la cooperación cultural. Algunos expertos han elaborado también listas de derechos culturales o elementos normativos de derechos culturales, indicando, por ejemplo, que abarcan la no discriminación y la igualdad, la libertad de injerencia en el ejercicio de la vida cultural (libertad para crear y contribuir a la cultura), la libertad para elegir y cambiar la cultura y la vida cultural en la que se desea participar (libertad para manifestar la propia cultura), la libertad de difusión, la libertad para cooperar internacionalmente, el derecho a participar en la definición, preparación y aplicación de políticas relativas a la cultura, y otros elementos relacionados con el derecho a participar en la vida cultural y que derivan de la interdependencia de los derechos humanos⁹.

9. Esos textos y estudios, así como los debates del seminario de febrero de 2010, demuestran que los derechos culturales se relacionan con gran diversidad de asuntos, como la expresión y la creación, incluso en diversas formas materiales y no materiales de arte, la información y la comunicación, el idioma, la identidad y la pertenencia a comunidades múltiples, diversas y cambiantes, la formulación de visiones específicas del mundo y la búsqueda de formas específicas de vida, la educación y la capacitación, el acceso, la contribución a la vida cultural y la participación en ella, la realización de prácticas culturales y el acceso al patrimonio cultural tangible e intangible. Los derechos culturales protegen los derechos de todas las personas, individualmente y en comunidad con otros, así como de grupos de personas, para desarrollar y expresar su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia y su desarrollo mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida. Puede considerarse también que protegen el acceso al patrimonio cultural y a recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar¹⁰.

10. Un debate que surge constantemente en las normas inter-

⁸ Véase la llamada 5.

⁹ E/C.12/40/9, pág. 5.

nacionales de derechos humanos, en particular cuando se refieren a los derechos culturales, se relaciona con la dimensión colectiva de los derechos, lo que se refiere al ejercicio colectivo de los derechos individuales, por una parte, y la existencia de derechos colectivos en sí mismos, entendidos como derechos de grupo, por la otra. En realidad, la expresión vida cultural misma sugiere fuertemente lo colectivo¹¹, y el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere expresamente a la vida cultural “de la comunidad”, lo que hoy en día debe entenderse por “comunidades” plurales¹². Hay que hacer varias observaciones a este respecto. En primer lugar, se ha reconocido la dimensión colectiva de los derechos culturales en instrumentos como la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas¹³. En segundo lugar, la existencia de los derechos culturales es una realidad en las normas internacionales de derechos humanos de la actualidad, en particular en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 17, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (art. 15, párr. 8) y en la Observación general N° 21 (párr. 15), destaca que los derechos culturales pueden ejercerse por sí solos o en asociación con otros o como comunidad¹⁴. En tercer lugar, no implica la denegación de

¹⁰ Sobre la base de las definiciones de cultura propuestas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación general N° 21, párr. 13) y la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales (art. 2 a)). Véase Patrice Meyer-Bisch, “Définir les droits culturels”, documento de trabajo presentado al seminario sobre la realización de los derechos culturales, Ginebra, 1° y 2 de febrero de 2010, párr. 12.

¹¹ E/C.12/40/15, pág. 9.

¹² *Ibid.*, págs. 7 a 9.

¹³ Art. 3, párr. 1: “Las personas que pertenecen a minorías podrán ejercer sus derechos individualmente, así como en la comunidad con otros miembros de su grupo, sin discriminación de ningún tipo”.

los derechos culturales individuales: las personas siempre gozan de su derecho, entre otras cosas, a participar o no en una o varias comunidades, a desarrollar libremente sus múltiples identidades, al acceso a su patrimonio cultural y al de otros, y a contribuir a la creación de cultura, incluso mediante el rechazo de las normas y los valores dominantes en las comunidades que decidan participar, así como los de otras comunidades. La Experta independiente se propone estudiar con mayor profundidad la relación entre los derechos culturales individuales y colectivos, tomando en consideración la práctica de los mecanismos de derechos humanos en los planos nacional, regional e internacional.

2. Referencias en los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas

11. En los instrumentos internacionales y en la práctica de los mecanismos de derechos humanos se encuentran muchas referencias explícitas e implícitas a los derechos culturales, tal como se ha señalado. Entre las referencias explícitas se incluyen derechos que se refieren expresamente a la cultura. Entre las referencias implícitas se incluyen derechos que, aunque no se refieren especialmente a la cultura, pueden constituir una importante base jurídica para la protección de los derechos culturales tal como se han definido. Se debe subrayar que los derechos culturales están tan estrechamente interrelacionados con otros derechos humanos que es en ocasiones difícil trazar una línea entre los derechos culturales y los demás derechos. Las referencias que figuran a continuación se han determinado en forma preliminar como las más importantes, y no se debe considerar que son exhaustivas.

12. El derecho más obvio que cabe mencionar es el derecho a tomar parte o a participar en la vida cultural, que se menciona en la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, y que se re-

¹⁴ Véase también Jaime Marchan Romero, "Derechos culturales: la práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", documento de trabajo presentado al seminario sobre la realización de los derechos culturales, cuestiones pendientes y desafíos, pág. 5.

conoce ampliamente en los instrumentos de derechos humanos¹⁵. Se deben mencionar en particular el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el párrafo 1 a) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Experta independiente acoge con beneplácito a este respecto la aprobación de la Observación general N° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que aclara en mayor medida el alcance y el contenido de este derecho. En ese documento se destaca la pertinencia de gran diversidad de normas incluidas en instrumentos de derechos civiles y políticos sobre los derechos de las personas que pertenecen a minorías, sobre los derechos de los pueblos indígenas y sobre el derecho al desarrollo¹⁶. Destaca además que hay tres principales componentes interrelacionados del derecho a participar o a tomar parte en la vida cultural: a) la participación en la vida cultural, b) el acceso a ella, y c) la contribución a la vida cultural¹⁷. Este derecho incluye además el derecho a no participar¹⁸.

13. En su resolución 10/23 el Consejo de Derechos Humanos se refiere al derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, consagrado en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 1 b) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se ha hecho poco en esta esfera, y la práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al respecto está subdesarrollada. La Experta independiente observa, sin embargo, que recientemente organizaron una serie de reuniones de expertos sobre este tema la UNESCO y el Centro Interuniversitario Europeo de Derechos Humanos y Democratización, en colaboración con muchos asociados, incluidos el ACNUDH y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Declaración de Venecia so-

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21, párr. 3.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 3.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 15.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 7.

bre el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, aprobada al terminar esas reuniones, constituye una importante primera medida para aclarar el contenido normativo de ese derecho y las obligaciones conexas de los Estados y otros actores¹⁹.

14. Diversos otros derechos relacionados con la cultura y la ciencia son pertinentes también al mandato de la Experta independiente, como el derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, literaria o artística de que sea el autor la persona, consagrado en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 1 c) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En 2005 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general N° 17 relativa a este derecho, que sirve de útil orientación a la Experta independiente. La libertad indispensable a la investigación científica y la actividad creativa, enunciada en el párrafo 3 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, merece también mención. La Experta independiente observa a este respecto que el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que en el derecho a la libertad de expresión se incluirá la libertad de procurar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o por impreso, en forma de arte, o por cualquier otro medio que se elija.

15. El derecho a la educación, consagrado en numerosos instrumentos internacionales, en particular los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un derecho cultural. Como se subraya en la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (1990), las personas desarrollan sus propias visiones y capacidades particulares del mundo, que están siempre en evolución en un proceso de educación que dura

¹⁹ Véase UNESCO, *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications* (París, 2009).

toda la vida, y es la educación la que permite el acceso a los conocimientos, los valores y el patrimonio cultural²⁰.

16. En los instrumentos y las disposiciones relativas a las minorías se pueden hallar muchas referencias a los derechos culturales (en particular, en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas) y los pueblos indígenas (en particular, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes, de 1989). Esas muchas disposiciones, que no se pueden enumerar todas en el presente informe, se refieren a cuestiones importantes, como la identidad, el idioma, los sistemas de creencias, tradiciones y costumbres, la participación en la vida cultural, la educación y el patrimonio cultural. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas contiene además importantes referencias relativas a los derechos sobre la tierra, con estrechas relaciones con los derechos culturales (véase art. 26). La Experta independiente observa además que la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares contiene disposiciones relacionadas con su mandato, incluidos el artículo 43, párrafo 1 g), y el artículo 45, párrafo 1 d), sobre el acceso a la vida cultural y la participación en ella, y el artículo 31, relativo al respeto de la identidad cultural de los trabajadores migrantes.

17. El principio de la no discriminación, consagrado en gran número de instrumentos jurídicos internacionales, constituye una importante base jurídica para la Experta independiente. Según esos textos y las interpretaciones de los órganos de supervisión competentes, constituye discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro tipo de tratamiento diferencial directa

²⁰ Informe Mundial de la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, Jomtien (Tailandia), 5 a 9 de marzo de 1990, Comisión interinstitucional (PNUD, UNESCO, UNICEF, Banco Mundial) para la Conferencia Mundial sobre Educación para todos (Nueva York, 1990), apéndice 1, art. 1.

o indirectamente basado en razones prohibidas de discriminación y que tienen la intención o el efecto de anular o afectar el reconocimiento, el goce o el ejercicio, en un pie de igualdad, de los derechos humanos²¹. La Experta independiente prestará particular atención al cumplimiento de este principio en lo que se refiere a los derechos culturales. Observa además que en general se concuerda en que el ejercicio de los derechos y libertades en un pie de igualdad no significa trato idéntico en todo caso²². Se propone estudiar más profundamente el significado de esas declaraciones con respecto a la aplicación de los derechos culturales, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de respetar y facilitar la expresión de diversas identidades culturales. Se debe obrar con cautela, sin embargo, ya que al exceder del alcance permisible del trato diferencial se puede violar el principio de la no discriminación²³.

18. El derecho de todas las personas al descanso y el ocio, tal como se ha enunciado en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, está estrechamente vinculado con los derechos culturales, pero hasta ahora ha recibido escasa atención. La Experta independiente, observando la importancia del tiempo disponible para que toda persona pueda participar en la vida cultural y la estrecha relación existente entre ocio y cultura, considera

²¹ En particular, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 20 (2009), sobre la no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2), párr. 7.

²² Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18 (1989) sobre la no discriminación, párr. 8. Véase también la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 2, que dispone que la discriminación incluye la denegación de alojamiento razonable, y la Declaration of Principles on Equality, cuyo artículo 2 señala que la igualdad de trato, como un aspecto de la igualdad, no es equivalente al trato idéntico. Para hacer realidad plena y efectivamente la igualdad es necesario tratar a las personas de manera diferente según sus diferentes circunstancias, para afirmar su igual valor y para realzar su capacidad de participar en la sociedad en tanto iguales. La Declaración fue aprobada por un grupo de expertos después de una conferencia organizada por The Equal Rights Trust, realizada en Londres del 3 al 5 de abril de 2008. Véase también Dimitrina Petrova, "Diverse cultural identities: the challenges of integrating cultural rights in policies and practices", documento de trabajo presentado en el seminario sobre la realización de los derechos culturales, pág. 6.

que esta disposición merece atención especial. Sin embargo, señala que la cultura, que se relaciona con todos los aspectos de la vida, no se puede limitar a actividades determinadas y no se debe limitar al concepto de descanso y ocio.

19. La Experta independiente observa además que varios estudios y otros documentos se refieren a una dimensión cultural de los derechos humanos. Según el último informe mundial de la UNESCO, el hecho de insistir en las dimensiones culturales de todos los derechos humanos no se debe percibir como un medio para socavar la universalidad con la diversidad, sino como un medio para que todos, individuos y grupos, hagan suyos esos derechos²⁴. En el artículo 9 d) de la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales se invita a todos los actores a identificar y tomar en consideración la dimensión cultural de todos los derechos humanos, con el fin de enriquecer la universalidad a través de la diversidad, y de promover que toda persona, individual o colectivamente, los haga propios. Algunos mecanismos de derechos humanos, y en particular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han referido a un concepto de “aceptabilidad cultural” o “carácter apropiado” con respecto al ejercicio, entre otros, de los derechos a la educación, la alimentación y la salud²⁵. El criterio seguido por los pueblos indígenas estimula también mayores ideas sobre el tema, por cuanto consideran que la cultura es holística e incluyente, de tal manera que cada tema y todos los temas de derechos humanos incluyen una dimensión cultural²⁶. La Experta independiente se propone estudiar más profundamente la existencia, el significado y el alcance de una dimensión cultural de los derechos humanos.

²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 20, párr. 13.

²⁴ UNESCO, *Informe Mundial 2009: invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural* (París, 2009), pág. 224.

²⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 13 (1999) sobre el derecho a la educación (art. 13, párr. 6 c)); Observación general N° 12 (1999) sobre el derecho a la alimentación adecuada (art. 11, párr. 8), y Observación general N° 14 (2000) sobre el derecho al nivel mas alto posible de salud (párr. 12 c)). Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21, párr. 16 e).

20. Convencida de que en los derechos culturales se incluyen las libertades y los derechos, la Experta independiente prestará especial atención a las obligaciones generales de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos culturales de todas las personas, sin discriminación, sobre la base de sus identidades particulares, y de manera que se realce el ejercicio de todos los derechos humanos. Como en el caso de otros derechos humanos, esas obligaciones tomarán en consideración los conceptos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y carácter apropiado, en la forma en que los ha elaborado en particular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷. La Experta independiente está interesada además en ocuparse de la cuestión de las responsabilidades de los actores no estatales en el cumplimiento de los derechos culturales. Se ocupará en particular de seguir de cerca la evolución relativa al “marco de proteger, respetar y remediar” respecto de las funciones y responsabilidades de los actores empresariales en lo que se refiere a los derechos humanos, con especial concentración en los derechos culturales²⁸.

B. Universalidad de los derechos humanos, los derechos culturales y la diversidad cultural

21. En su resolución 10/23 el Consejo de Derechos Humanos se refiere al principio de la universalidad de los derechos humanos, y da instrucciones a la Experta independiente de estudiar las relaciones entre derechos culturales y diversidad cultural. Las opiniones preliminares de la Experta independiente acerca de la interacción entre el principio de la universalidad de los derechos humanos, el reconocimiento y la realización de los derechos culturales y la necesidad de respetar la diversidad cultural se enuncian a continuación.

²⁶ Kenneth Deer, “The complexities in practical terms: cultural practices contrary to human rights, possible limitations to cultural rights, and tensions around who defines culture and rights”, documento de trabajo presentado al seminario sobre la realización de los derechos culturales: carácter, cuestiones en juego y retos, pág. 2.

²⁷ Observación general N° 21, párr. 16. Véase también Petrova, “Diverse cultural identities”, pág. 4.

²⁸ Véase el informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (A/HRC/11/13).

1. Relación entre derechos culturales y diversidad cultural

22. Según la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural ésta se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad (art. 1). Además, la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005), ratificada por un número cada vez mayor de Estados, indica en el artículo 4, sección 1, que la diversidad cultural: Se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados.

23. La Experta independiente desea agregar que la diversidad cultural existe no solamente entre grupos y sociedades, sino además dentro de cada grupo y sociedad, y que las identidades no son singulares. Cada persona es portadora de una identidad múltiple y compleja, que hace que sea un ser humano singular y único, y que al mismo tiempo le permite ser parte de comunidades de cultura compartida. Las personas se identifican de numerosas maneras, participando simultáneamente en varias comunidades culturales sobre la base de fundamentos como la etnicidad, la descendencia, la religión, las creencias y convicciones, el idioma, el género, la edad, la afiliación de clase, la profesión, formas de vida y la ubicación geográfica. En otras palabras, las identidades no se basan exclusivamente, desde luego, en la etnicidad, ni son uniformes dentro de una misma comunidad; pueden corresponder a diferentes miembros en diversos matices y grados²⁹. El movimiento cada vez mayor de personas e ideas ha aumentado la posibilidad de afiliaciones culturales. Las personas pueden elegir una identidad de comunidad por sobre otras en interacciones y compromisos particulares. Esas

identidades culturales múltiples, que incluyen, e incluso superan, cuestiones relativas a la etnia, las afiliaciones lingüísticas y religiosas, son pertinentes tanto a la vida privada como a la esfera de la vida pública, y son parte integrante de la diversidad cultural.

24. Un principio en el que existe amplia concordancia, que se destaca en la resolución 64/174 de la Asamblea General, es que la promoción y protección universal de los derechos humanos, incluidos los derechos culturales por una parte, y el respeto de la diversidad cultural por la otra, se apoyan recíprocamente (párr. 10). Esto implica varios elementos.

25. En primer lugar, como se señala en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, el pleno respeto de los derechos humanos, y en especial de los derechos culturales, crea un entorno propicio y es a la vez una garantía de la diversidad cultural (arts. 4 y 5). La defensa de la diversidad cultural es de esta manera un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad humana. Implica un compromiso con los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas (párr. 4). La libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, el multilingüismo, el igual acceso al arte en todas sus formas y al conocimiento científico y tecnológico, incluida su forma digital, y la posibilidad de que todas las personas tengan acceso a los medios de expresión y difusión, son garantías de la diversidad cultural (párr. 6). La Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales agrega que se puede proteger y promover la diversidad cultural solamente si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales, como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la capacidad de las personas para escoger las expresiones culturales (sección 1 del artículo 2). El derecho a participar o a no participar en la vida cultural de determinadas comunidades, como lo definen quienes

²⁹ Foundation on Inter-Ethnic Relations, "The Lund recommendations on the effective participation of national minorities in public life, and explanatory note" (septiembre de 1999), pág. 16.

adoptan las decisiones en esas comunidades o las autoridades estatales, es también fundamental para la protección de la diversidad cultural. El ejercicio de las libertades culturales por todos puede enriquecer la diversidad cultural³⁰.

26. Además, el respeto, la protección y la promoción de la diversidad cultural son esenciales para garantizar el pleno respeto de los derechos culturales. Esto se ha proclamado implícitamente en la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, que señala que los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías y estimularán las condiciones de la promoción de esa identidad (art. 1) lo que también parece derivar de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más allá de esto, la diversidad cultural puede brindar en una sociedad a las personas, independientemente de sus antecedentes, la oportunidad de gozar de gran diversidad de opciones culturales³¹. A este respecto es importante que se tenga presente la tendencia de los Estados-nación a proteger a las naciones o grupos dominantes³². Como se subraya en la Observación general N° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones de los Estados de respetar y proteger las libertades, el patrimonio cultural y la diversidad están interrelacionadas, y garantizar el derecho de participar en la vida cultural incluye la obligación de respetar y proteger el patrimonio cultural en todas sus formas y de todos los grupos y comunidades (párr. 50).

27. En opinión de la Experta independiente, este segundo aspecto requiere mayor reflexión. Se trata de saber en qué medida, y en qué circunstancias, los derechos culturales entrañan la obligación de respetar, proteger y promover la diversidad cultural y el patrimonio cultural en todas sus diversas formas. Desde la perspectiva de los derechos humanos se hallan en juego las posibilidades de que las

³⁰ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*, pág. 23.

³¹ *Ibíd.*

³² E/C.12/40/17, págs. 10 y 11.

personas y los grupos: a) expresen y desarrollen libremente su identidad cultural; b) tengan acceso al patrimonio cultural y a las referencias que permiten que tengan lugar libremente esos procesos de expresión, desarrollo e identificación, incluida la información ajena a sus propias comunidades especiales, así como a los beneficios del progreso científico, y c) participar en la interpretación, elaboración y desarrollo del patrimonio y las referencias culturales y en la reformulación de los contenidos y contornos de su identidad cultural.

28. Por lo tanto, la garantía del apoyo recíproco entre la diversidad cultural y los derechos humanos, en particular los derechos culturales, requiere que se cumplan ciertas condiciones. Como se dice en el *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*: Si bien es cierto que dar lugar a la diversidad en las prácticas culturales puede resultar muy importante, puesto que el ejercicio de la libertad cultural depende de esa diversidad, ello no equivale a defender la diversidad cultural por su propio mérito. El asunto es cómo lograr la diversidad cultural y el grado en que las personas involucradas pueden ejercer su libertad, ya que considerar la diversidad cultural como algo valioso sin importar cómo se consigue sería un error grave. De hecho, no se puede evaluar la diversidad cultural, específicamente desde la perspectiva del desarrollo humano, sin observar el proceso que conlleva y el lugar que ocupa la libertad de las personas en la forma en que se toman las decisiones³³.

29. Como se destacó además en el seminario de febrero de 2010, no se puede responder la pregunta de si la diversidad cultural y los derechos culturales tienen una relación de protección recíproca sin hacer una segunda pregunta: ¿Qué tipo de diversidad cultural es favorable al diálogo intercultural que influya de manera constructiva en los procesos dinámicos permanentes que son parte integrante de la diversidad cultural? Asimismo, más allá de los procesos deben evaluarse además el contenido y las consecuencias de las diversas prácticas culturales.

30. En particular, velar por la protección recíproca de los derechos culturales y la diversidad cultural se basará en a) el reconoci-

³³ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*, págs. 22 y 23.

miento de la diversidad de las identidades y expresiones culturales, b) la igualdad de trato y el respeto de la igual dignidad de todas las personas y comunidades, sin discriminación basada en sus identidades culturales, y c) la apertura, el intercambio intercultural y el debate intercultural con los otros. Por cuanto la cultura es un proceso vivo y dinámico, no se sugiere que se levanten las barreras entre personas y grupos a fin de proteger sus especificidades, ni que se proscriba el debate o la crítica de las prácticas culturales, las formas de vida y las visiones del mundo. Es responsabilidad de los Estados, sin embargo, crear una atmosfera favorable a la diversidad cultural y el ejercicio de los derechos culturales cumpliendo sus obligaciones de respetar, proteger y hacer cumplir esos derechos. Esto implica adoptar muy diversas medidas positivas, incluidas las medidas financieras³⁴. Aunque los Estados tienen la obligación de respetar y proteger el patrimonio cultural en todas sus formas, el reto consiste no tanto en preservar los bienes y prácticas culturales como están, lo que puede ser inapropiado en algunas circunstancias, sino preservar las condiciones que han permitido que se creen y desarrollen esos bienes y prácticas.

31. El cumplimiento de estas obligaciones constituye un reto enorme, especialmente en sociedades en que las personas consideran que su patrimonio cultural común se ve amenazado, como consecuencia en particular del dinamismo o predominio de otras culturas, la mundialización y los procesos de desarrollo y/o la posición dominante de actores empresariales en el campo de la cultura y el ocio. Además, el principio de la universalidad de los derechos humanos debe seguir constituyendo la base común de acción.

2. El principio de la universalidad de los derechos humanos

32. A veces se considera que el principio de la universalidad de los derechos humanos, uno de los principios básicos de las normas internacionales de derechos humanos, por una parte, y los derechos culturales y la diversidad cultural por la otra, son opuestos. Esta opinión deriva en parte de una tendencia errada a igualar diversidad cultural con relativismo cultural, lo que tiene el efecto de

³⁴ Párrs. 48 a 54.

despertar temores y generar interpretaciones erróneas con respecto al reconocimiento y la realización de los derechos culturales.

33. Según la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), si bien deben tenerse presentes el significado de las particularidades nacionales y regionales y los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos, es deber de los Estados, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (parte I, secc. 5). En particular, esto implica, como se consagra en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (art. 4), y se reitera en la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos (párr. 4), que nadie puede invocar la diversidad cultural para violar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni limitar su alcance. Como se indica claramente en el informe mundial de la UNESCO, el reconocimiento de la diversidad cultural fundamenta la universalidad de los derechos humanos en la realidad de nuestras sociedades al destacar su apropiación por *todos* los individuos que pueden identificar esos derechos con un sentido de propiedad, independientemente del idioma, la tradición y el lugar. En este mismo orden de cosas, el hecho de que esos derechos y libertades se deban ejercer en entornos culturales muy diversos no implica en modo alguno que se puedan relativizar las normas universales en cuanto a su aplicación³⁵.

34. Por lo tanto, no todas las prácticas culturales pueden considerarse protegidas por las normas internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Estados “tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. La Experta independiente subraya además que las culturas evolucionan

³⁵ Pág. 225.

constantemente, así como los conceptos de los derechos humanos, y que difícilmente exista una cultura que no haya violado en algún momento los derechos humanos³⁶. Además, las culturas son dinámicas, están sujetas a muchas influencias y a debates internos y pugnas internas, cambian con el tiempo, por lo que resulta miope y desinformado decir que las culturas son esencialmente propicias o contrarias a los derechos humanos. De hecho no son ninguna de las dos cosas y constituyen un terreno fértil para la controversia³⁷.

35. Los derechos culturales pueden estar sujetos a limitaciones en algunas circunstancias. No obstante, al igual que en el caso de cualquier limitación de las normas internacionales de derechos humanos, debe tratarse de un último recurso solamente y ajustarse a ciertas condiciones. Como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general N° 21 (párr. 19): En algunas circunstancias puede ser necesario imponer limitaciones al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, especialmente en el caso de prácticas negativas, incluso las atribuidas a la costumbre y la tradición, que atentan contra otros derechos humanos. Esas limitaciones deben perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general de una sociedad democrática, de conformidad con el artículo 4 del Pacto. En consecuencia, las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse. El Comité destacó además “la necesidad de tener en cuenta las normas internacionales de derechos humanos que existen con respecto a las limitaciones que pueden o no imponerse legítimamente respecto de los derechos inseparablemente vinculados con el derecho de participar en la vida cultural, como el derecho a la intimidad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de opinión y expresión, a la reunión pacífica y a la libertad de asociación”.

36. La Experta independiente considera que la declaración anterior es aplicable a todos los derechos culturales. No obstante, no

³⁶ E/C. 12/40/17, pág 8.

³⁷ *Ibíd.*, pág. 9.

siempre es tarea sencilla determinar exactamente cuáles prácticas culturales se deben considerar contrarias a los derechos humanos. En el plano nacional un proceso de identificación de ese tipo requiere, entre otras cosas, un marco jurídico que indique los principios sobre cuya base pueden limitarse los derechos culturales y un poder judicial independiente que pueda adoptar una decisión informada sobre la base de un marco jurídico de ese tipo, así como de las normas internacionales de derechos humanos, tomando en consideración la práctica de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos. El derecho por sí mismo no basta, sin embargo. Son también necesarias medidas normativas que permitan un debate informado, abierto y participativo en una sociedad y/o comunidad determinada, que estimulen una modificación de las pautas o prácticas culturales que van en desmedro del ejercicio de los derechos humanos. Lo que se necesita particularmente en el plano de la comunidad es el refuerzo de los elementos positivos de la cultura, a la vez que se despierta conciencia acerca del carácter opresivo de ciertas prácticas que se siguen en nombre de la cultura, mediante un proceso de “negociación cultural” en que participen las familias, los intelectuales y los dirigentes de la comunidad³⁸. Un proceso de ese tipo puede crear el espacio para que surjan nuevas interpretaciones y para desarrollar buenas prácticas culturales, en particular las que puedan fomentar la realización de los derechos humanos universales en diversos contextos culturales.

37. Durante su mandato la Experta independiente prestará especial atención a todos estos aspectos, en particular al integrar una perspectiva de género en su labor. Se propone además consultar en mayor medida a este respecto con todos los actores pertinentes, incluida la UNESCO, de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos. [...]

³⁸ Informe del Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk (E/CN.4/2004/66), párr. 55 b).

Protección de los usuarios de tierras

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación
11 de agosto de 2010, A/65/281

[...] III. PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE TIERRAS

10. La demanda apremiante de tierras a que se ha hecho referencia agrava los conflictos relativos a las tierras y llevan a una criminalización inquietante de los movimientos sociales cuyo objetivo es llevar a cabo la reforma agraria “desde abajo”, por ejemplo al reclamar tierras que no se utilizan y que, en su opinión, deberían distribuirse más equitativamente. Como resultado de ello, se cometen violaciones graves de una serie de derechos humanos, incluidos asesinatos de campesinos vinculados a dichas actividades, que el Relator Especial ha documentado en varias comunicaciones transmitidas a los Estados. Sin embargo, ese aumento de la demanda apremiante también es motivo de preocupación debido a la escasa protección de los que más dependen de la tierra para su supervivencia: los pequeños agricultores, pescadores tradicionales, pequeños ganaderos y pueblos (incluidos los pueblos indígenas y tribales) que dependen de los productos forestales. El presente informe se ocupa primero de la situación de los pueblos indígenas, que es específica en el sentido de que el derecho de esos pueblos a tener sus tierras demarcadas y protegidas está reconocido en el derecho internacional. Luego examina la situación de los pequeños agricultores, que cultivan la tierra en condiciones que a menudo son insuficientemente seguras, y la de otros usuarios de tierras, como los pescadores, pequeños ganaderos y pastores, que dependen particularmente de las tierras comunales. El mensaje esencial es que, si bien la seguridad de la tenencia es importante y debe considerarse crucial para la realiza-

ción del derecho a la alimentación, la adjudicación de títulos individuales y la creación de un mercado de derechos a la tierra quizá no sea la forma más adecuada para lograrla.

A. Pueblos indígenas

11. Los pueblos indígenas son cada vez más víctimas de la explotación de los recursos naturales de sus tierras, que a menudo se considera que pertenecen al Estado. La demarcación de sus tierras y territorios es un proceso largo y con muchos obstáculos. En general no hay ninguna participación. Sin embargo, el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigor en 1991, prevé varias garantías relativas a las tierras. Aunque el Convenio no se ha ratificado suficientemente²⁶, esto se ha compensado en parte con la aprobación, el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General, en su resolución 61/295, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que contribuye a la formación del derecho consuetudinario internacional en ese asunto²⁷. La Declaración establece, en su artículo 8 2) b), que los Estados deben prohibir, respecto de los pueblos indígenas, “todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos”, requisito que se corresponde con el artículo 18 del Convenio núm. 169 de la OIT. También prohíbe, en su artículo 10, todo desplazamiento por la fuerza de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios, e impone requisitos de consentimiento libre, previo e informado, un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso (en casos de traslado).

12. Además, el derecho de todos los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales —como se prevé en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966 y en el artículo 1 del Pacto

²⁶ Solo 20 Estados habían ratificado el Convenio en el momento de preparar el presente informe.

²⁷ Resolución 61/295 de la Asamblea General, anexo.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966²⁸—, implica la protección de los pueblos indígenas frente a ciertas formas de desposesión de sus territorios o de los recursos de que dependen. El artículo 5 d) v) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial también protege el derecho que tienen las comunidades indígenas a sus tierras²⁹. Y el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento y el registro oficiales de sus territorios se ha reafirmado en los instrumentos regionales pertinentes de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consideran que la posesión tradicional de los pueblos indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado: por lo tanto, cuando los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras como resultado de una transferencia legítima a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad³⁰. El derecho de las comunidades indígenas a sus tierras incluye el derecho a los recursos naturales que estas contienen³¹. Se considera que la propiedad, protegida en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye un derecho colectivo de los pueblos indígenas, ya que la propiedad de la tierra a menudo no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad³². Por consiguiente, los Estados tal vez tengan que

²⁸ Véase la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo. Véase también Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelandia* (Comunicación núm. 547/1993, CCPR/C/70/D/547/1993, 2000), párr. 9.7.

²⁹ Véase CERD/C/GUY/CO/14 (Guyana) y CERD/C/KHM/CO/8-13 (Camboya).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006), párr. 128; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya* (Comunicación núm. 276/2003, 2009), párr. 209; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni v. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001), párrs. 151 y 164.

³¹ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria* (Comunicación 155/96, 2001), párrs. 42, 54 y 55.

reconocer los sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra que protegen los derechos de propiedad comunal —por ejemplo, concediendo a la comunidad el derecho de veto con respecto a la enajenación de sus tierras por uno de sus miembros constituyentes, ya sea una persona o un clan, aldea o tribu.

13. El derecho internacional relativo a los derechos humanos protege la relación entre las comunidades indígenas y sus tierras, territorios y recursos al exigir a los Estados que demarquen esa tierra, la protejan contra la invasión y respeten el derecho de las comunidades de que se trate a gestionarla conforme a sus modos internos de organización. Si bien parece que a veces esas garantías en su mayoría no se respetan, la jurisprudencia demuestra que los derechos de uso derivados de la tenencia consuetudinaria pueden ser reconocidos y protegidos por el sistema jurídico; también demuestra que el derecho a la propiedad comunal —un derecho comunitario y no individual— es una alternativa a los derechos de propiedad individual. En ambos casos, puede servir de fuente de inspiración, para mejorar la protección de los derechos de otros usuarios de los recursos naturales.

B. Los pequeños agricultores que cultivan la tierra

14. El acceso a la tierra y la seguridad de la tenencia también son esenciales para que los pequeños agricultores puedan lograr un nivel de vida digno. Como se señaló anteriormente, el derecho a la alimentación impone a los Estados la obligación de no privar a los particulares del acceso a los recursos productivos de los que dependen. Cuando una comunidad se ha establecido en un terreno y depende de este para sus medios de vida, la obligación de respetar el derecho a la alimentación por lo tanto exige que se prohíba

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001), párr. 148; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006), párr. 120. Esta opinión la comparten varias cortes nacionales: véase Corte Suprema del Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia* (sentencia de 11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201; Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Alexkor Ltd. and Another v. Richtersveld Community and Others* (sentencia de 14 de octubre de 2003), párr. 62.

desalojar a la comunidad de ese terreno a menos que se cumplan ciertas condiciones. No debe llevarse a cabo ningún desalojo que no se ajuste a los criterios establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada: desalojos forzosos³³, y en los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento originados por el desarrollo³⁴. Esas directrices proporcionan un instrumento práctico para ayudar a los Estados y organismos a elaborar políticas, leyes, procedimientos y medidas preventivas para asegurar que no ocurran desalojos forzosos o, si la prevención no diera resultado, proporcionar recursos eficaces a las personas cuyos derechos humanos han sido violados.

15. De conformidad con el derecho de propiedad, los usuarios de la tierra también están protegidos contra desalojos, en determinadas circunstancias, según se establece en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 1 del primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien las condiciones en que puede efectuarse un desalojo varían de un instrumento a otro, los requisitos más comunes son los siguientes: todo desalojo debe tener un propósito público válido (o legítimo) (condición que debe excluir los desalojos llevados a cabo para promover intereses puramente privados); no puede ser discriminatorio; debe satisfacer las exigencias del procedimiento reglamentario; y debe ir acompañado de una indemnización justa. Aunque esa protección contra la expropiación arbitraria en principio no es aplicable a todas las formas de ocupación ilegal³⁵, en general se aplica a las formas de ocupación de la tierra que no están reconocidas oficialmente mediante un título legal (“extralegal”) o que se basan únicamente en la tenencia consuetudinaria.

³³ E/1998/22-E/C.12/1997/10, anexo IV.

³⁴ A/HRC/4/18, anexo I.

³⁵ Sin embargo, incluso cuando una persona se ha establecido ilegalmente en una zona determinada, puede, según el contexto y, en particular, según las

16. Se ha argumentado que la mejora de la seguridad de la tenencia anima a los pequeños agricultores a invertir en la tierra³⁶ y en principio podría reducir el costo del crédito al aumentar el uso de la tierra como garantía. También podría fomentar una agricultura más sostenible, en particular mediante la plantación de árboles y el uso más responsable del suelo y los recursos hídricos. Sin embargo, la verdadera cuestión no es si debe mejorarse la seguridad de la tenencia, sino cómo. El enfoque clásico ha consistido en adjudicación de títulos individuales, combinada con el establecimiento de sistemas de catastro o registros de tierras, para facilitar y asegurar las transacciones relacionadas con la tierra. Ese enfoque está vinculado a la idea de que la seguridad de la tenencia es principalmente un medio para promover la integración en el mercado: una vez que la propiedad ha sido reconocida jurídicamente, esta puede enajenarse o hipotecarse de modo que los beneficiarios pueden abandonar la agricultura u obtener efectivo para realizar las inversiones necesarias en tierras. A finales del decenio de 1970 y durante el de 1980 —y más recientemente, bajo la influencia de la obra de Hernando de Soto³⁷— las instituciones financieras internacionales promovieron el registro y la adjudicación de títulos como parte de sus programas de ajuste estructural, con la esperanza de que los mercados de tierras satisfactorios asegurarían una asignación eficaz de las tierras y estimularían el crecimiento económico, lo que a su vez se consideraba fundamental para hacer frente al problema de la pobreza rural y la inseguridad alimentaria³⁸.

alternativas disponibles, ser protegida contra la expulsión por la fuerza: véase Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (sentencia de 4 de octubre de 2000) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Öneryıldız v. Turkey* (sentencia de 30 de noviembre de 2004).

³⁶ Klaus Deininger, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction* (Banco Mundial, 2003); págs. 115 y 116; Klaus Deininger y Songqing Jin, "Tenure security and land-related investment: evidence from Ethiopia", *European Economic Review*, vol. 50(5) (2006), págs. 1245 a 1277; Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2008*, pág. 119.

³⁷ Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (Basic Books, 2000).

17. Sin embargo, el intento de transplantar el concepto occidental de los derechos de propiedad ha causado una serie de problemas. A menos que sea transparente y se vigile atentamente, el propio proceso de adjudicación de títulos puede pasar a manos de las élites locales o de inversionistas extranjeros, con la complicidad de funcionarios corruptos. Además, si se basa en el reconocimiento de la propiedad oficial, y no en los derechos de los usuarios de tierras, el proceso de adjudicación de títulos podrá confirmar la distribución desigual de las tierras y en la práctica dar como resultado una contrarreforma agraria. En particular, esto ocurrirá en países donde una pequeña élite terrateniente posee la mayor parte de las tierras disponibles, habiéndose beneficiado de la estructura agraria desigual de la época colonial. También existe el riesgo de que la adjudicación de títulos favorezca a los hombres. Toda medida encaminada a mejorar la seguridad de la tenencia debe más bien tratar de corregir los desequilibrios existentes, como lo hace el Proyecto de ordenación y administración de tierras de Camboya.

18. La adjudicación de títulos individuales también puede convertirse en una fuente de conflicto e inseguridad jurídica si contraviene las normas consuetudinarias relativas a la tenencia, por ejemplo, en materia de propiedad comunal de la tierra. De hecho, la adjudicación de títulos individuales, combinada con la comerciabilidad de la tierra, tal vez no sea compatible con el reconocimiento de las formas consuetudinarias de tenencia en materia de tierras comunales y los recursos de propiedad común, lo que coloca en una situación particularmente desventajosa a los grupos que no utilizan la tierra de manera intensiva o que no la ocupan permanentemente.

19. Por último, la creación de un mercado de derechos de propiedad puede en sí misma dar lugar a una serie de consecuencias indeseables. La justificación principal para crear dicho mercado es que este facilita la reasignación de tierras a los usuarios más eficientes, proporcionando así una salida a los residentes rurales para que puedan abandonar la agricultura cuando esta no es lo suficien-

³⁸ Manpreet Sethi, "Land reform in India: issues and challenges", en *Promised Land: Competing Visions of Agrarian Reform* (Food First Books, 2006), pág. 77.

temente rentable. Por consiguiente, el Banco Mundial señala: “los derechos de propiedad seguros y no ambiguos ... permiten la aparición de mercados para transferir la tierra a usos y usuarios más productivos”³⁹. Sin embargo, en muchos casos no han quedado claros los efectos de la adjudicación de títulos en la productividad agrícola cuando esta no se ha complementado con planes que ofrezcan a los productores niveles adecuados de apoyo⁴⁰. Las ventas de tierras suelen favorecer no a los que pueden utilizarlas con la mayor eficacia, sino a los que tienen acceso al capital y mayor capacidad para comprar tierras⁴¹. De hecho, la creación de un mercado de derechos a la tierra puede hacer que los especuladores dejen las tierras sin producir para mantenerlas como inversión, lo que hace que la productividad disminuya y también que aumente la carencia de tierras entre los pobres de las zonas rurales⁴². Los agricultores más pobres fácilmente podrían verse obligados a vender las tierras y luego quedar excluidos del mercado por los precios inasequibles, en particular si han adquirido deudas como resultado de una mala cosecha o de otras circunstancias. Por lo tanto, considerada aisladamente de otras políticas, la adjudicación de títulos individuales puede ser contraproducente, al aumentar la vulnerabilidad de los pobres⁴³. De hecho, la idea de que la adjudicación de títulos individuales contribuye a la reducción de la pobreza a medida que la tierra se transforma en capital⁴⁴ presupone que la propiedad se convierta en garantía, la garantía en crédito y el crédito en ingresos⁴⁵. Sin embargo, los pobres, para quienes la tierra es un factor esencial

³⁹ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2008*, pág. 119.

⁴⁰ Véase Frank Place y S. E. Migot-Adholla, “The economic effects of land registration on smallholder farms in Kenya; evidence from Nyeri and Kakamega districts”, *Land Economics*, vol. 74, núm. 3 (1998), págs. 360 a 373.

⁴¹ Celestine Nyamu Musembi, “De Soto and land relations in Africa: breathing life into dead theories about property rights”, en *Market-Led Agrarian Reform: Critical Perspectives on Neoliberal Land Policies and the Rural Poor*, Saturnino M. Borras Jr. y otros, eds. (Routledge, 2008).

⁴² Véase Rebeca Leonard y Kinkorn Narintarakul Na Ayutthaya, “Thailand’s land titling programme: securing land for the poor?”, págs. 139 a 141.

⁴³ Ana Palacio, *Legal Empowerment of the Poor: An Action Agenda for the World Bank* (2006), pág. 18.

de protección social cuando no se dispone de ningún otro, de hecho pueden ser reacios a hipotecar sus tierras para tener acceso al crédito. Y la adjudicación de títulos tampoco da como resultado necesariamente un acceso significativamente mayor a los créditos que ofrecen las instituciones financieras privadas.

20. Al parecer, a los pobres les importa menos la adjudicación de títulos individuales que la seguridad de la tenencia, lo que refleja el hecho de que cuando los ingresos son bajos y no existen otros mecanismos de seguridad social, la tierra sirve de red de protección social para los pobres de las zonas rurales y les proporciona los medios de vida básicos⁴⁶. En otras palabras, si bien la seguridad de la tenencia de la tierra y el reconocimiento de los derechos a la tierra pueden corresponder a una fuerte demanda, como demuestran las experiencias de algunos países, no puede decirse lo mismo de la adjudicación de títulos individuales y la alienabilidad de la tierra. Por el contrario, la limitación de la venta de tierras puede proteger a los pequeños agricultores para que no se vean presionados a ceder sus tierras; también puede proteger los derechos de uso de las tierras comunales y preservar las formas comunales de gestión de la tierra⁴⁷. Cada vez se tiene más experiencia con el uso de instrumentos accesibles y de bajo costo para el registro de derechos locales a la tierra, o por lo menos de transacciones de tierras, a fin de garantizar la seguridad de la tenencia mediante el reconocimiento de los derechos de uso en lugar de la plena propiedad. Entre los ejemplos figuran el “Plan foncier rural”, aplicado en Benin y puesto a prueba en Burkina Faso, y el proceso de registro de 1 dólar que da lugar a la expedición de certificados en algunos estados de Etiopía. Una muestra interesante de la gestión descentralizada de los derechos a la tierra es la Ley 2005-019 de Madagascar, que establece el estatuto de la tierra⁴⁸.

⁴⁴ Véase de Soto, *The Mystery of Capital*.

⁴⁵ Christopher Woodruff, “Review of De Soto’s *The Mystery of Capital*”, *Journal of Economic Literature*, vol. 39 (2001), pág. 1218.

⁴⁶ Palacio, *Legal Empowerment of the Poor*, pág. 16.

⁴⁷ John W. Bruce y otros, *Land Law Reform: Achieving Development Policy Objectives* (Banco Mundial, 2008), págs. 126 a 128.

21. Esto indica que existe una oposición fundamental entre dos conceptos de seguridad de la tenencia: uno orientado hacia la promoción de la comerciabilidad de la tierra mediante la adjudicación de títulos, y el otro orientado hacia la ampliación de los derechos de los grupos pertinentes a fin de garantizar medios de vida más seguros.

22. Varios países, especialmente en África, han ampliado el reconocimiento jurídico oficial de los derechos consuetudinarios vigentes, incluidos los derechos colectivos, como alternativa a la adjudicación de títulos individuales. Por lo general, ni los miembros particulares de los hogares ni las comunidades, mediante sus representantes, pueden disponer de sus tierras, por ejemplo, vendiéndolas. Sin embargo, el reconocimiento jurídico oficial de los derechos consuetudinarios proporciona una seguridad eficaz. Favorece las inversiones a largo plazo en las tierras. También es posible que facilite el acceso al crédito, puesto que los acreedores (a pesar de que no podrán tomar posesión de la tierra en caso de impago) pueden estar seguros de la viabilidad a largo plazo de las inversiones que ayudan a financiar. Y permite la creación de mercados de arrendamiento, que pueden mejorar el acceso a la tierra, en particular para las familias con poca educación y mano de obra abundante que no tienen muchas tierras⁴⁹. Al mismo tiempo, existe un alto riesgo de que las formas patriarcales tradicionales de distribución de la tierra se legitimen más mediante el reconocimiento de las formas consuetudinarias de tenencia, en violación de los derechos de la mujer. Esos riesgos deben evitarse mediante la inclusión de salvaguardias estrictas en el proceso de reconocimiento.

23. A medida que se reconocen las formas consuetudinarias de tenencia, es posible que varíe la relación entre los derechos individuales y los comunales. Por ejemplo, se pueden formalizar los derechos comunales relativos a la tierra como un conjunto de derechos

⁴⁸ André Teyssier, *Perspective núm. 4 - Decentralising Land Management: The Experience of Madagascar* (CIRAD, 2010).

⁴⁹ Véase Klaus Deininger y otros, "Efficiency and equity impacts of rural land market restrictions: evidence from India", *World Bank Policy Research Working Paper Series* 3013 (2006).

individuales. En Camboya, aunque la tierra puede estar en manos de las comunidades indígenas en su conjunto, la Ley de tierras de 2001 permite a miembros particulares de las comunidades retirarse y recibir su parte de la tierra comunal, con sujeción al acuerdo de toda la comunidad⁵⁰. Otro enfoque consiste en permitir a las autoridades de las comunidades locales administrar los derechos⁵¹. En Estados latinoamericanos donde se han concedido a los grupos indígenas tanto derechos políticos como derechos a la tierra, esos grupos han podido lograr cierto grado de autonomía en la gestión de la tierra, al tiempo que han obtenido seguridad de la tenencia⁵².

24. Por consiguiente, debe considerarse que el verdadero empoderamiento jurídico de los pobres incluye: a) protección contra el desalojo; b) dotación de instrumentos (asistencia jurídica, capacitación jurídica básica, servicios de asistentes de abogados) para asegurar la defensa efectiva de los derechos reconocidos oficialmente⁵³; c) apoyo a los usuarios de tierras en cuanto a la utilización de las mismas; y d) fortalecimiento de la capacidad de los organismos encargados de la administración de tierras y medidas para luchar contra la corrupción en dichos organismos. Los planes de adjudicación de títulos individuales solo deben fomentarse cuando puedan combinarse con la codificación de los derechos de los usuarios en base a las costumbres, y cuando se hayan establecido las condiciones para asegurar que la creación de un mercado de derechos a la tierra no dará lugar a una mayor concentración de la misma. Deben reconocerse las formas consuetudinarias de tenencia, que a menudo se perciben como sumamente legítimas⁵⁴, aunque es importante que dichos sistemas se examinen cuidadosa-

⁵⁰ Centro de Derechos de Vivienda y Desahucios, "Untitled: Tenure insecurity and inequality in the Cambodian land sector" (2009).

⁵¹ Klaus Deininger, "Land policies for growth and poverty reduction: key issues and challenges ahead" (2004).

⁵² Ruth Meinzen-Dick y otros, "Decentralization, pro-poor land policies and democratic governance", CAPRI Working Paper núm. 80 (2008); pág. 20.

⁵³ Lorenzo Cotula y Paul Mathieu, eds., *Legal Empowerment in Practice: Using Legal Tools to Secure Land Rights in Africa* (FAO e Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo, 2008).

mente y, de ser necesario, se modifiquen para tener en cuenta los derechos de la mujer, los derechos de uso de los que dependen de tierras comunales y los derechos de los miembros más vulnerables de la comunidad.

C. Pastores, pequeños ganaderos y pescadores

25. La protección de los derechos de los usuarios de tierras no debería limitarse a mejorar la seguridad de la tenencia de los agricultores. Los pescadores necesitan tener acceso a los caladeros y pueden verse gravemente afectados por el cercado de tierras que proporcionan acceso al mar o a los ríos. Los pequeños ganaderos necesitan pastizales para los animales que crían. Para esos grupos, como también para los que practican la agricultura itinerante, la formalización de los derechos de propiedad y el establecimiento de registros de tierras pueden constituir el problema, no la solución, al impedirles tener acceso a los recursos de los que dependen y hacerlos víctimas del establecimiento de vastos cercados que puede ser resultado de la adjudicación de títulos⁵⁵. En Kenya, los pequeños agricultores cuyos derechos se pasaron por alto en el proceso de formalización, presuntamente han sido víctimas de apropiaciones violentas de tierras por parte de hacendados y otros en busca de recursos escasos. Puesto que no tienen ningún derecho jurídico sobre la tierra, no pueden exigir reparación⁵⁶. En la República Unida de Tanzania, cinco años después de haber comenzado en serio la adjudicación de títulos, los pequeños agricultores informaron de que habían sido desalojados de varios pastizales comunes y habían sido amenazados con perder otros pastizales porque esas tierras se habían clasificado como “no utilizadas”⁵⁷.

⁵⁴ Unión Africana, Comisión Económica para África y Banco Africano de Desarrollo, *Land Policy in Africa: A Framework to Strengthen Land Rights, Enhance Productivity and Secure Livelihoods* (2009), párr. 3.1.3.

⁵⁵ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2008*, pág. 119.

⁵⁶ Declaración del Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías en el 41o período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Examination of State Party Report on Kenya, 3 de noviembre de 2008.

26. Para estos grupos, la existencia de tierras comunales es vital. Como lo señaló la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, en algunas culturas jurídicas, la propiedad comunitaria de los recursos naturales como los terrenos para pastoreo, los bosques, los cursos de agua, las áreas pesqueras y los minerales superficiales constituyen formas tradicionales y eficaces de ceder el control y brindar derechos de propiedad a personas que tienen pocas o ninguna propiedad. Estos sistemas deben ser reconocidos e íntegramente protegidos contra el apoderamiento arbitrario⁵⁸. En efecto, conforme al derecho internacional vigente, los requisitos aplicables a los pueblos indígenas tal vez tengan que ampliarse para incluir por lo menos a ciertas comunidades tradicionales que tienen una relación similar con sus tierras ancestrales, centrada no en el individuo sino en la comunidad como un todo⁵⁹. Esto fomentaría la gestión de recursos mancomunados a nivel local por las comunidades directamente interesadas, no mediante instrucciones impuestas desde arriba o la privatización de las tierras comunales. Cuando tales acuerdos se institucionalizan⁶⁰, la gestión descentralizada de los recursos mancomunados, que reconozca su función como bienes colectivos, se considera muy eficaz. Los que negocian las modalidades de la utilización de las tierras comunales tienen la mejor información acerca de su capacidad de sustentación, y por lo tanto acerca de los usos que son sostenibles, y los usuarios tienen fuertes incentivos para supervisar el uso de las tierras comunales y dar parte de las infracciones⁶¹.

⁵⁷ Chambi Chachage, *Prospects and Pitfalls of Legal Empowerment of the Poor in Tanzania: Some Key Observations* (2006), pág. 10.

⁵⁸ Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, “La ley: clave para el desarrollo sin exclusiones”, *Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres* (2008), vol. I, págs. 73 y 74.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Moiwana v. Suriname* (sentencia de 15 de junio de 2005), párrs. 132 y 133; y *Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname* (sentencia de 28 de noviembre de 2007), párr. 86.

⁶⁰ Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge University Press, 1990), cap. 5.

IV. REFORMA AGRARIA⁶²

27. Ante una distribución de tierras a veces sumamente desigual en las zonas rurales, tal vez no sea suficiente el fortalecimiento de la seguridad de la tenencia; es posible que se necesite una redistribución de tierras. En el artículo 11, párrafo 2 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce el vínculo que existe entre el derecho a la alimentación y el uso de los recursos naturales, y obliga a los Estados a llevar a cabo “el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales”. Esto debe entenderse como un fomento de una reforma agraria que conduzca a una distribución más equitativa de la tierra en beneficio de los pequeños agricultores, primero porque existe una relación inversa entre el tamaño y la productividad de la explotación agrícola, y segundo porque la agricultura de pequeña escala (que vincula a los agricultores más estrechamente a la tierra) podría redundar en un uso más responsable del suelo⁶³. Las Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, aprobadas en 2004 por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), también promueven la reforma agraria (directriz 8.1).

A. ¿Por qué una reforma agraria?

28. Una reforma agraria que dé como resultado granjas familiares utilizadas por sus propietarios es deseable por varias razones. A

⁶¹ Véase Ashwini Chhatre y Arun Agrawal, “Trade-offs and synergies between carbon storage and livelihood benefits from forest commons”, *Proceedings of the National Academy of Science*, vol. 106 (2009), págs. 17667 a 17670.

⁶² Las expresiones “reforma de la tenencia de la tierra” y “reforma agraria” a menudo se usan indistintamente en las publicaciones. En el presente informe, “reforma agraria” se refiere a las políticas de redistribución de tierras (cambio sistemático de la distribución de los derechos sobre la tierra) y las políticas de desarrollo rural que son esenciales para que dicha redistribución tenga éxito.

⁶³ A/57/356, párr. 30.

medida que las tierras se transfieren a las granjas familiares, las tierras en barbecho de los latifundios se utilizan para la producción, aumentando así los niveles de productividad⁶⁴. Un análisis del Banco Mundial de 2003 de las políticas agrarias de 73 países entre 1960 y 2000 revela que los países donde la distribución de la tierra era más equitativa inicialmente registraron tasas de crecimiento entre dos y tres veces superiores a las de los países donde la distribución de la tierra era menos equitativa inicialmente⁶⁵. [...]

29. El potencial de reducción de la pobreza que entraña una distribución más equitativa de la tierra se ilustra más en los análisis estadísticos que revelan que una disminución de un tercio en el índice de desigualdad de la distribución de la tierra reduce a la mitad el nivel de pobreza en un período de 12 a 14 años aproximadamente. El mismo nivel de reducción de la pobreza puede obtenerse en 60 años mediante el crecimiento agrícola sostenido de un promedio anual del 3% y sin cambiar la desigualdad de la distribución de la tierra⁶⁶. Las reformas de la tenencia de la tierra posteriores a la Segunda Guerra Mundial en Asia hicieron aumentar en un 30% los ingresos del 80% de los hogares del nivel más bajo, y disminuir en un 80% los ingresos del 4% de los hogares del nivel más alto⁶⁷.

⁶⁴ David Palmer y otros, "Hacia una mejor gobernanza de la tierra", Documento de trabajo sobre la tenencia de la tierra 11 (FAO y Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, 2009), pág. 36. Respecto de la relación inversa entre el tamaño y la productividad de la explotación agrícola y los efectos de escala en la agricultura, véase Abhijit Banerjee, "Land reforms: prospects and strategies" (Massachusetts Institute of Technology, Department of Economics Working Paper Series, Working Paper 99-24, 1999), págs. 1 a 5; Saturnino Borrás Jr. y otros, "Agrarian reform and rural development: historical overview and current issues", Institute of Social Studies/UNDP Land, Poverty and Public Action Policy paper No. 1 (2007), pág. 1.

⁶⁵ Deininger, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction*; 2003. Keith Griffin y otros, "Poverty and the distribution of land", *Journal of Agrarian Change*, 2(3), 2002, pág. 315.

⁶⁶ M. R. El-Ghonemy, "Land reform development challenges of 1963-2003 continue into the twenty-first century", *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives*, 2003/2, pág. 40.

30. Además de sus funciones económicas de estimular el crecimiento y reducir la pobreza rural, un acceso más equitativo a la tierra para los pobres de las zonas rurales contribuye a la inclusión social y al empoderamiento económico⁶⁸. El acceso a la tierra también mejora la seguridad alimentaria, ya que facilita la obtención de alimentos a un buen precio, atenuando así las sacudidas externas⁶⁹. Los hechos observados resultantes de la redistribución de la tierra en China indican que el acceso a la tierra, si bien protege los ingresos de los hogares solo moderadamente contra las sacudidas, garantiza una protección casi total contra la malnutrición⁷⁰. Así pues, una distribución más equitativa de la tierra y el establecimiento de explotaciones agrícolas familiares utilizadas por sus propietarios es conveniente por razones tanto de eficiencia como de equidad⁷¹. Las pequeñas explotaciones agrícolas familiares pueden usar la tierra de una manera más sostenible, ya que la agricultura sostenible suele exigir mayor densidad de mano de obra y requiere que exista un vínculo entre los agricultores y la tierra. Por otra parte, cuando las zonas rurales afrontan un desempleo y un subempleo elevados y una relativa escasez de tierras, es más razonable, tanto desde una perspectiva económica como desde una perspectiva de justicia social, aumentar la productividad de la tierra que tratar de aumentar la productividad laboral.

31. Por último, la reforma de la tenencia de la tierra puede verse como una oportunidad para fortalecer el acceso a la tierra por parte

⁶⁷ Veronika Penciakova, "Market-led agrarian reform: a beneficiary perspective of Cédula da Terra", London School of Economics Working Paper Series No. 10-100 (2010), pág. 8.

⁶⁸ Julian Quan, "Land access in the 21st century: issues, trends, linkages and policy options", Livelihood Support Programme Working Paper 24 (FAO, 2006), pág. 3.

⁶⁹ M. R. Carter, "Designing land and property rights reform for poverty alleviation and food security", *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives*, FAO, 2003/2.

⁷⁰ Klaus Deininger y Hans Binswanger, "The evolution of the World Bank's land policy: principles, experience and future challenges", *World Bank Research Observer* 14(2) (1999), pág. 256.

⁷¹ *Ibíd.*, pág. 248.

de las mujeres, en particular las solteras y las viudas. En el artículo 14, párrafo 2 g) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se garantiza el derecho de la mujer a recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y reasentamiento. Sin embargo, siguen existiendo leyes y costumbres sociales como las que garantizan que la tierra que pertenece a un esposo fallecido pertenece a sus hijos y no a la viuda, a pesar de la violación manifiesta de los derechos de la mujer que esto implica. [...]

32. La reforma de la tenencia de la tierra puede verse como una oportunidad para remediar ese desequilibrio, ya sea dando prioridad a las necesidades de los hogares encabezados por mujeres solteras o viudas, o asegurando sistemáticamente la titularidad conjunta en el proceso de reforma.

B. Contribución de la reforma de la tenencia de la tierra a la realización del derecho a una alimentación adecuada

33. Las promesas más recientes de llevar a cabo la reforma de la tenencia de la tierra se hicieron en la Conferencia Internacional sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural de la FAO, celebrada en Porto Alegre (Brasil) en marzo de 2006. La Declaración Final adoptada en la Conferencia alienta a que se sostengan diálogos nacionales e incluyentes para garantizar un progreso significativo en la reforma agraria y en el desarrollo rural, y la aplicación de una reforma agraria adecuada “principalmente en las áreas con fuertes disparidades sociales, pobreza e inseguridad alimentaria, como medio para ampliar el acceso sostenible a la tierra, al agua y a los demás recursos naturales”⁷³. Los Gobiernos representados en la Conferencia también recomendaron que el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial de la FAO adoptara un conjunto de directrices para la presentación de informes a fin de dar seguimiento a la implementación de la Declaración⁷⁴.

⁷² Recopiladas por el autor utilizando la base de datos Género y Derecho a la Tierra de la FAO en <http://www.fao.org/gender/landrights> (visitada el 19 de mayo de 2010).

⁷³ Declaración Final de la Conferencia Internacional sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural (CIRADR 2006/3), párr. 29.

34. La preparación de las directrices voluntarias de gobernanza responsable de la tenencia de la tierra y otros recursos naturales, dirigida por la FAO, es la iniciativa más importante de seguimiento de los compromisos contraídos en la Conferencia⁷⁵, y la Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Seguridad Alimentaria, celebrada en 2009, destaca esa conexión⁷⁶. Es demasiado pronto para evaluar las directrices a la luz de lo que prometen lograr. Sin embargo, a nivel regional, el marco y las directrices de la política agraria en África de la Unión Africana son un paso importante en ese sentido y el proyecto latinoamericano de seguimiento de la Conferencia, iniciado en agosto de 2009, incluye un gran número de países en la puesta en práctica de los compromisos establecidos en la Declaración. Pero el panorama general sigue siendo desigual entre las regiones.

35. Puede argumentarse que esa disparidad de los resultados se debe en parte a los matices fuertemente ideológicos del debate sobre cómo aplicar la reforma de la tenencia de la tierra. En la generación pasada, el desacuerdo principal consistía en la oposición entre la reforma agraria centralizada o dirigida por el Estado, efectuada mediante adquisiciones de tierras del Estado compensadas a precios por debajo del mercado, y la reforma agraria descentralizada, basada en criterios de mercado y en el principio de un comprador voluntario y un vendedor voluntario. Si bien la reforma agraria dirigida por el Estado es ahora menos común, la FAO sigue recibiendo solicitudes de asistencia relativas a ese tipo de reforma⁷⁷, y algunos países siguen redistribuyendo la tierra o se han comprometido a hacerlo. Sin embargo, desde el decenio de 1990, se ha observado una tendencia hacia la reforma agraria basada en el mercado, como lo demuestran programas como el proyecto Cédula da Terra, pues-

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 30.

⁷⁵ FAO, *Towards Voluntary Guidelines on Responsible Governance of Tenure of Land and other Natural Resources* (2008), pág. 4.

⁷⁶ Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Seguridad Alimentaria (WSFS 2009/2), párr. 18.

⁷⁷ Maximiliano Cox y otros, "FAO in agrarian reform", *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives*, 2003/2, pág. 25.

to en marcha en el Brasil durante el período 1996-2001 y renovado desde entonces; el programa colombiano elaborado conforme a la Ley 160 de 1994 sobre la reforma agraria; el Programa de Reconstrucción y Desarrollo de Sudáfrica, puesto en marcha en 1994; el proyecto de desarrollo de tierras rurales de base comunitaria en Malawi; y el plan de transferencia voluntaria de tierras en Filipinas.

36. Lamentablemente, a pesar de que varios movimientos sociales están tratando de presionar más a los gobiernos (incluso mediante la ocupación de tierras) para que hagan frente a esa cuestión, la urgencia de la redistribución de la tierra ha disminuido, debido al fin de la guerra fría y porque muchos responsables de políticas están convencidos de que las mejoras de la productividad impulsadas por la tecnología podrían ser una alternativa menos polémica a la reforma agraria⁷⁸.

37. Sin embargo, existen argumentos de peso a favor de la reforma de la tenencia de la tierra como una contribución a la realización progresiva del derecho humano a la alimentación, por lo menos en contextos caracterizados por a) un alto grado de concentración de la propiedad de la tierra (como por ejemplo, un nivel de desigualdad superior a un coeficiente de Gini de 0,65), combinado con b) un nivel significativo de pobreza rural atribuible a la carencia de tierras o al cultivo por pequeños agricultores de parcelas excesivamente reducidas. Esto implica que los Estados deben vigilar las desigualdades existentes en lo referente al acceso a la tierra y, cuando ambas circunstancias estén presentes, asignar el máximo de recursos disponibles a los planes de reforma agraria y ejecutar esos programas de conformidad con los principios de participación, transparencia y rendición de cuentas, para proteger tales recursos y evitar que las élites locales se apropien de ellos. Los Estados que no establezcan planes de redistribución de la tierra deberían justificar la decisión de no hacerlo.

38. Si bien las reformas agrarias dirigidas por el Estado en general pueden ser sumamente eficaces para resolver desigualdades

⁷⁸ Véase Cox y otros, "La FAO en el ámbito de la reforma agraria", pág. 2 de la versión en inglés, y Borrás y otros, "Agrarian reform and rural development", pág. 11.

de acceso a la tierra profundamente arraigadas siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, las reformas agrarias basadas en el mercado han tenido menos éxito en ese sentido, y a veces incluso han conducido a una nueva concentración de tierras, por razones similares a las que explican los límites de la adjudicación de títulos como medio para asegurar la tenencia de la tierra⁷⁹. Se pueden obtener enseñanzas importantes de experiencias pasadas: el éxito de los programas de reforma de la tenencia de la tierra dirigida por el Estado depende no solo de las leyes eficaces de límite de tierras y otras salvaguardias apropiadas, como los marcos jurídicos que definen claramente a los beneficiarios y la tierra exenta, sino también de la movilización social continua por parte de organizaciones de campesinos, que pueden ser socios vitales en la aplicación de políticas para brindar apoyo a los nuevos beneficiarios⁸⁰. Sin embargo, para que la redistribución de la tierra sea sostenible, los beneficiarios también deben ser respaldados mediante políticas amplias de desarrollo rural. Se ha estimado que la mejora del acceso al crédito y a los mercados, así como a la extensión rural, puede representar entre el 60% y el 70% de los costos totales de una reforma de la tenencia de la tierra, lo que supera los costos de adquisición y transferencia de tierras⁸¹. El fracaso de las reformas en Latinoamérica comparadas con las reformas en Asia se ha atribuido al hecho de que en Latinoamérica las reformas se han centrado tradicionalmente solo en el acceso a la tierra, dejando de lado las políticas de

⁷⁹ Esta conclusión se basa en un análisis exhaustivo del gran volumen de publicaciones sobre las respectivas ventajas y desventajas de los modelos de reforma agraria dirigida por el Estado y basada en el mercado en los últimos tres decenios, que no puede resumirse aquí. Entre las referencias importantes figuran: Saturnino M. Borrás Jr. y Terry McKinley, "The unresolved land reform debate: beyond State-led or market-led models", Policy Research Brief No. 2 (UNDP, 2006); Palmer y otros, "Hacia una mejor gobernanza de la tierra", pág. 36; Quan, "Land access in the 21st century", pág. 12; P. Rosset y otros, *Promised Land: Competing visions of agrarian reform*; Borrás y otros, "Agrarian reform and rural development", págs. 4 a 8; y Cox y otros, "FAO in agrarian reform"; pág. 13.

⁸⁰ Borrás y McKinley, "The unresolved land reform debate", pág. 3; Cox y otros, "FAO in agrarian reform"; pág. 21.

⁸¹ Palmer y otros, "Hacia una mejor gobernanza de la tierra", pág. 36.

desarrollo rural⁸². Para que tenga éxito, la redistribución de tierras debe ir acompañada de políticas más amplias de reforma agraria que apoyen a los pequeños agricultores y mejoren su capacidad de competir con explotaciones agrícolas más grandes; de lo contrario, habrá fuertes incentivos para que los beneficiarios de la reforma de la tenencia de la tierra vendan sus tierras a los grandes terratenientes⁸³. Se debe dar prioridad a las mujeres en esas iniciativas, como se hizo en el Programa de formación de jóvenes agricultoras en la provincia canadiense de Manitoba o en la estrategia que están aplicando actualmente en Noruega el sector agropecuario y el Ministerio de Agricultura y Alimentación, con el objetivo de lograr un nivel de participación del 40% de las mujeres en la agricultura⁸⁴. También pueden ser eficaces las leyes de límite de tierras. Aunque a menudo los grandes terratenientes eluden esas leyes —por ejemplo, registrando tierras a nombre de sus representantes— su aplicación puede aumentar la tierra disponible para redistribuirla a los hogares más pobres y limitar así el riesgo de una nueva concentración de tierras tras la reforma⁸⁵. Se puede obtener un resultado similar sometiendo las transacciones en materia de tierras a una autorización administrativa, lo que permite a la administración oponerse a transacciones que pudieran dar lugar a una concentración inaceptable de tierras, como ocurre en Alemania de conformidad con el artículo 9 1) de la Ley de transacciones de tierras. [...]

⁸² Banco Mundial, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction* (Banco Mundial y Oxford University Press, 2003), pág. 146.

⁸³ Las 22 recomendaciones formuladas en la evaluación internacional de la ciencia y la tecnología agrícolas para el desarrollo de 2008 resumen bien lo que esas políticas amplias deben incluir; se puede consultar en <http://www.agassessment.org/>.

⁸⁴ En Noruega, si bien se ha abolido la discriminación contra la mujer en el acceso a las tierras agrícolas, solo el 14,3% de los agricultores son mujeres.

⁸⁵ El-Ghonemy, "Land reform development challenges of 1963-2003 continue into the twenty-first century", pág. 37.

La violencia y discriminación contra la mujer

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México
Sentencia de 16 de noviembre de 2009
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VII. SOBRE LA VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER EN ESTE CASOARTÍCULOS 4 (DERECHO A LA VIDA)^{1*2}, 5 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL)³, 7 (DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL)⁴, 8 (GARANTÍAS JUDICIALES)⁵ 19 (DERECHOS DEL NIÑO)⁶ Y 25 (PROTECCIÓN JUDICIAL)⁷ EN RELACIÓN CON

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² El artículo 4.1 de la Convención estipula: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

³ El artículo 5 de la Convención establece: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas graves o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. [...]

⁴ El artículo 7 de la Convención dispone: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. [...]

⁵ El artículo 8.1 de la Convención establece que: 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. [...]

⁶ El artículo 19 de la Convención establece: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado

⁷ El artículo 25.1 de la Convención señala que: 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,

LOS ARTICULOS 1.1 (OBLIGACION DE RESPETAR LOS DERECHOS)⁸ y 2 (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO)⁹ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y CON EL ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ¹⁰

109. La Comisión solicitó a la Corte que declare que el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la vida de las víctimas “mediante la adopción de medidas para prevenir sus asesinatos, incurriendo de este modo en una violación del artículo 4 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado”. Asimismo, solicitó que “declare que el Estado falló en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia sufridos por las víctimas en contravención del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará”. Por último, sostuvo que el Estado incumplió su obligación de investigar efectiva y adecuadamente las desapariciones y posterior muerte de las jóvenes González, Herrera y Ramos, en violación de los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención Americana. Según la Comisión, “no obstante el transcurso de seis años, el Estado no ha avanzado en el esclarecimiento de los sucesos o de la responsabilidad correspondiente”.

110. Los representantes coincidieron con la Comisión y además alegaron que “la omisión del estado para preservar los derechos humanos de las víctimas aplica en cuanto al derecho a la vida,

aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁸ El artículo 1.1 de la Convención establece: 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.

⁹ El artículo 2 de la Convención dispone: 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.

¹⁰ *Cfr.* Radiografía Socioeconómica del Municipio de Juárez elaborada por el Instituto Municipal de Investigación y Planeación, 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXV, anexo 2, folios 8488 a 8490, 8493, 8495 y 8510)

pero también al derecho a la integridad personal y a la libertad personal, en relación directa con el derecho al debido proceso”. Señalaron que “la omisión de acción y reacción de las autoridades ante las denuncias de desaparición, no solo favoreció que las mataran sino también que las mantuvieran privadas de libertad y que las torturaran; lo anterior a pesar de la conocida situación de riesgo en la que se encontraban las mujeres”.

111. El Estado, aunque reconoció “lo grave que son estos homicidios”, negó “violación alguna” de su parte a los derechos a la vida, integridad y libertad personales. Según el Estado, ni la Comisión ni los representantes “han probado responsabilidad de agentes del Estado en los homicidios”. Además, alegó que en la segunda etapa de las investigaciones de estos tres casos, a partir del año 2004, “se subsanaron plenamente las irregularidades, se reintegraron los expedientes y se reiniciaron las investigaciones con un sustento científico, incluso con componentes de apoyo internacional”. Según el Estado, “no existe impunidad. Las investigaciones de los casos continúan abiertas y se siguen desahogando diligencias para dar con los responsables”.

112. La controversia planteada exige que la Corte analice el contexto que rodeó a los hechos del caso y las condiciones en las cuales dichos hechos pueden ser atribuidos al Estado y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional derivada de la presunta violación de los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Asimismo, a pesar del allanamiento efectuado por el Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas respecto a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado y el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Para ello, el Tribunal pasará a realizar las consideraciones de hecho y de derecho pertinentes, analizando las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación del Estado.

1. Antecedentes contextuales

1.1. Ciudad Juárez

113. Ciudad Juárez está ubicada en el norte del estado de Chihuahua, exactamente en la frontera con El Paso, Texas. Su población es de más de 1.200.000 habitantes¹¹. Se caracteriza por ser una ciudad industrial -en donde se ha desarrollado particularmente la industria maquiladora- y de tránsito de migrantes, mexicanos y extranjeros¹². El Estado, así como diversos informes nacionales e internacionales, hacen mención a una serie de factores que convergen en Ciudad Juárez, como las desigualdades sociales¹³ y la proximidad de la frontera internacional¹⁴, que han contribuido al desarrollo de diversas formas

¹¹ Cfr. Radiografía Socioeconómica del Municipio de Juárez 2002, *supra* nota 10, folio 8492; CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 1, folio 1742); Naciones Unidas, Informe de México producido por el CEDAW bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP8/MEXICO, 27 de enero de 2005 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 3b, folio 1921); Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, *Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: La Violencia contra la Mujer*, Misión a México, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de enero de 2006 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 3c, folio 2011), y Amnistía Internacional, México: *Muertes intolerables, Diez años de desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua*, AMR 41/027/2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 6, folio 2267).

¹² Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1921; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2011; Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2268, y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., *Compendio de recomendaciones sobre el feminicidio en Ciudad Juárez, Chihuahua, 2007* (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo XX, anexo 11.1, folio 6564).

¹³ Cfr. CNDH, Informe Especial sobre los Casos de Homicidios y Desapariciones de Mujeres en el Municipio de Juárez, Chihuahua, 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 5, folio 2168); Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2011, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2267.

¹⁴ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1742; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1921 y 1922; CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2168, y Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez,

de delincuencia organizada, como el narcotráfico¹⁵, la trata de personas¹⁶, el tráfico de armas¹⁷ y el lavado de dinero¹⁸, incrementando así los niveles de inseguridad y violencia¹⁹.

1.2. Fenómeno de homicidios de mujeres y niñas

114. La Comisión y los representantes alegaron que desde 1993 existe un aumento significativo en el número de desapariciones y homicidios de mujeres y niñas en Ciudad Juárez. Según la Comisión, “Ciudad Juárez se ha convertido en el foco de atención de la comunidad nacional como internacional debido a la situación particularmente crítica de la violencia contra las mujeres imperante desde 1993 y la deficiente respuesta del Estado ante estos crímenes”.

115. El Estado, reconoció “la problemática que enfrenta por la situación de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, particularmente, los homicidios que se han registrado desde principios de los 90s del siglo pasado”.

116. Diversos mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia de los derechos humanos han seguido la situación en Ciudad Juárez y han llamado la atención de la comunidad internacional. En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (en adelante la “CNDH”) examinó 24 casos de homicidios de mujeres y concluyó que durante las investigaciones se habían violado

Primer Informe de Gestión, noviembre 2003-abril 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXV, anexo 7, folio 8666).

¹⁵ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1922 e Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2011.

¹⁶ Cfr. Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 8666 e Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 195.

¹⁷ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1922 e Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2011.

¹⁸ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1742; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1921 a 1922; CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2168, y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., Compendio de recomendaciones, *supra* nota 12, folio 6564.

¹⁹ Cfr. CNDH, Recomendación 44/1998 emitida el 15 de mayo de 1998 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 4, folios 2113 a 2164).

los derechos humanos de las víctimas y sus familiares²⁰. A partir de esa fecha, se han pronunciado al respecto, *inter alia*, la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas (en adelante la “Relatora sobre ejecuciones extrajudiciales de la ONU”) en 1999²¹, el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de las Naciones Unidas (en adelante el “Relator sobre independencia judicial de la ONU”) en el 2002²², la Comisión Interamericana y su Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer (en adelante la “Relatora de la CIDH”) en el 2003²³, la Comisión de Expertos Internacionales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el 2003²⁴, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (en adelante “el CEDAW”) en el 2005²⁵ y la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas (en adelante la “Relatora sobre la violencia contra la mujer de la ONU”) en el 2005²⁶. Cabe notar que el Parlamento Europeo emitió una Resolución al respecto en el 2007²⁷. Además, se cuenta con informes realizados por organizaciones no gubernamentales de derechos humanos internacionales y nacio-

²⁰ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la misión de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2000/3, Add.3, 25 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 3d, folios 2025 a 2058).

²¹ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Misión del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, E/CN.4/2002/72/Add.1, 24 de enero de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 3e, folios 2060 a 2111).

²² Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folios 1732 a 1779.

²³ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, sobre la Misión en Ciudad Juárez, Chihuahua, México, noviembre de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 3a, folios 1861 a 1913).

²⁴ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1921.

²⁵ Cfr. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folios 2011 a 2021.

²⁶ Cfr. Parlamento Europeo, Resolución sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la Unión Europea en la lucha contra este fenómeno, emitida el 11 de octubre de 2007, 2007/2025/(INI) (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo XIII, anexo 3.1, folios 4718 a 4727).

²⁷ Cfr. Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2256 a 2305.

nales como Amnistía Internacional²⁸, el Observatorio Ciudadano para Monitorear la Impartición de Justicia en los casos de Femicidio en Ciudad Juárez y Chihuahua²⁹ (en adelante el “Observatorio Ciudadano”) y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C.³⁰.

117. El Informe de la Relatora de la CIDH resalta que aunque Ciudad Juárez se ha caracterizado por un pronunciado aumento de los crímenes contra mujeres y hombres³¹ (*supra* párr.), el aumento en lo referente a las mujeres “es anómalo en varios aspectos”, ya que: i) en 1993 se incrementaron notablemente los asesinatos de mujeres³², ii) los coeficientes de homicidios de mujeres se duplica-

²⁸ Cfr. Observatorio Ciudadano para Monitorear la Impartición de Justicia en los casos de Femicidio en Ciudad Juárez y Chihuahua, *Informe Final. Evaluación y Monitoreo sobre el trabajo de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Relacionados con los Homicidios de Mujeres en el Municipio de Juárez, Chihuahua de la Procuraduría General de la República*, noviembre de 2006 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo XX, anexo 11.2, folios 6629 a 6759).

²⁹ Cfr. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., Compendio de recomendaciones, *supra* nota 12, folios 6561 a 6626 y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *Femicidio en Chihuahua. Asignaturas Pendientes*, 2007 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo XX, anexo 11.3, folios 6761 a 6864).

³⁰ Según la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, aunque el fenómeno de violencia en Ciudad Juárez afecta tanto a hombres como a mujeres, “es importante mencionar que en el caso de los hombres se sabe que las causas de los asesinatos están relacionadas con el narcotráfico, ajustes de cuentas, riñas callejeras, entre otras” y “en el caso de los asesinatos de mujeres [...] no existen causas aparentes” (Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Compendio de recomendaciones, *supra* nota 12, folio 6565). En similar sentido, la Comisión para Ciudad Juárez señaló que a pesar de que el cuadro de violencia en Ciudad Juárez afecta a hombres, mujeres y niñas, “subyace un patrón de violencia de género que se advierte no obstante la necesidad de contar con más estudios y estadísticas locales sobre el tema” (Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 8668).

³¹ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folios 1744 y 1761.

³² El Informe de la Relatora de la CIDH explica que según una exposición realizada el 17 de marzo de 2000 por Cheryl Howard, Georgina Martínez y Zulma y Méndez titulada “Women, Violence and Politics”, un análisis basado en los certificados de defunción y otros datos llevaron a la conclusión de que en el período 1990-1993 fueron asesinados 249 hombres, mientras que entre 1994 y

ron en relación con los de los hombres³³, y iii) el índice de homicidios correspondiente a mujeres en Ciudad Juárez es desproporcionadamente mayor que el de ciudades fronterizas en circunstancias análogas³⁴. Por su parte, el Estado proporcionó prueba referente a que Ciudad Juárez ocupaba en el 2006 el cuarto lugar en homicidios de mujeres entre ciudades mexicanas³⁵.

1997 lo fueron 942 hombres, lo que implica un incremento del 300%. Según el mismo estudio, entre 1990 y 1993 fueron asesinadas 20 mujeres y entre 1994 y 1997 lo fueron 143, lo que implica un incremento del 600% (Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1761).

³³ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folios 1743 y 1761; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2007, y Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Femicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada, de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Violencia feminicida en 10 entidades de la República Mexicana*, publicado en abril del 2006 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo XXI, anexo 11.4, folio 6930).

³⁴ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua, Informe Final, emitido en enero de 2006 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XL, anexo 59, folio 14607). Cabe notar que las cifras referentes a homicidios con víctimas femeninas por cada cien mil habitantes mencionadas por la Comisión y por la Fiscalía Especial en sus respectivos informes difieren. La cifra proporcionada por la Comisión es de 7.9 (el informe no indica qué período se utilizó para calcularlo) y por la Fiscalía Especial de 2.4, para el período 1991 a 2004 (Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1761 y Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, folio 14607).

³⁵ Informes aportados como prueba al Tribunal, así como la prueba remitida por parte del Estado, demuestran que no existe consenso sobre las estadísticas de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez. Al respecto, el CEDAW señaló: “no existen registros claros, convincentes sobre la cantidad de mujeres asesinadas y desaparecidas. No hay coincidencia en las cifras que presentan las diferentes instancias del Gobierno y las que citan las ONGs” (Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1934). Asimismo, según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, existe “disparidad y contradicción de datos, números e información proporcionados por las autoridades federales y estatales competentes a esta Comisión Nacional, así como a diversos organismos internacionales y no gubernamentales defensores de los derechos humanos respecto de las mujeres víctimas de homicidios o desapariciones en el municipio de Juárez, Chihuahua, lo cual de por sí denota una negligencia en el desempeño de la procuración de justicia” (CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2247). Por su parte, la Fiscalía Especial destacó que “uno de los aspectos más difíciles

118. De la información aportada por las partes, la Corte observa que no existen datos claros sobre la cifra exacta de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez a partir del año 1993³⁶. Diversos informes indican cifras que oscilan entre 260 y 370 mujeres entre 1993 y 2003³⁷. Por su parte, el Estado remitió prueba según la cual hasta el año 2001 se habían registrado 264 homicidios de mujeres y hasta el 2003, 328³⁸. Según la misma prueba, para el año 2005 los homicidios de mujeres ascendían a 379³⁹. Al respecto, el Observatorio Ciudadano señaló que “difícilmente se podría considerar como confiable esta cifra, debido a la ya documentada inconsistencia en la conformación de expedientes, investigaciones y proceso de auditoría emprendido por la PGR [Procuraduría General de la República, contrastado además con la información que aportaron el Colegio de la Frontera Norte y la Comisionada para Prevenir y

de determinar y que mayor polémica ha generado en torno a lo sucedido en el Municipio de Juárez [...], es el relativo al número de casos de muertes y desapariciones ahí acaecidas, con características o patrones conductuales similares durante los últimos trece años. La especulación a que se ha llegado en este rubro ha sido enorme, manejándose sin ningún rigor cifras o hechos que no corresponden con lo sucedido en la realidad”. Según la Fiscalía Especial, “con cifras y pruebas se demuestra, que en los últimos años se ha generado una percepción diferente a la realidad, creándose un círculo vicioso, de hechos, impunidad y especulación que ha afectado principalmente a la sociedad juarense” (Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folios 14540 y 14607). La Comisión para Ciudad Juárez señaló que “no hay certeza en cuanto al número de homicidios y desapariciones en Ciudad Juárez; no hay una cifra que represente credibilidad para grupos familiares e instituciones del gobierno” (Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 8677).

³⁶ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1743; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1921; CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folios 2166 y 2167, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2256 y 2262.

³⁷ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14646.

³⁸ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14691 y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *Feminicidio en Chihuahua*, *supra* nota 29, folios 6761 a 6864.

³⁹ Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota 28, folio 6647.

Erradicar la Violencia contra las Mujeres, de la Secretaría de Gobernación, que hablan de 442 mujeres asesinadas”⁴⁰.

119. En cuanto a las desapariciones de mujeres, según informes del 2003 del CEDAW y Amnistía Internacional, las ONGs nacionales mencionan alrededor de 400⁴¹, entre los años 1993 y 2003, mientras que según el Informe de la Relatora de la CIDH, para el año 2002 no se había encontrado el paradero de 257 mujeres declaradas como desaparecidas entre 1993 y 2002⁴². Por otra parte, la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos Relacionados con los Homicidios de Mujeres en el Municipio de Juárez (en adelante la “Fiscalía Especial”) estableció que en el período entre 1993 y 2005 hubo 4.456 reportes de mujeres desaparecidas y el 31 de diciembre de 2005 había 34 mujeres pendientes de localizar⁴³.

120. El Observatorio Ciudadano cuestionó esta cifra y señaló que hay “firmes indicios de que [...] restos humanos corresponden a más de las 34 mujeres que supone la Fiscalía Especial, en virtud de que lo que suponía eran osamentas de una sola persona, han resultado ser de más de 60”. Agregó que la información que da sustento a la investigación de la Fiscalía Especial “es por completo inaccesible a la observación ciudadana, por lo que es virtualmente imposible cotejar las fuentes y la consistencia en los datos que la propia Fiscalía Especial maneja”⁴⁴. En sentido similar se pronunció la CNDH en el 2003, aunque no en relación a las cifras proporcionadas por la Fiscalía Especial, y señaló que observó “la falta de diligencia con la que se han emprendido las acciones, por parte de la Procuraduría General de Justicia del Estado, de los casos de mujeres reportadas como desaparecidas” y que

⁴⁰ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1928 y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2253.

⁴¹ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1746; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1928, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2274.

⁴² Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folios 14543, 14661, 14584 y 14587, y CNDH, Segundo Informe de Evaluación Integral, *supra* nota 19, folio 4667.

⁴³ Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota 28, folios 6650 y 6659.

⁴⁴ CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2238.

las autoridades proporcionaron diferentes informes a la CNDH de los proporcionados a organismos internacionales. A su vez, la CNDH indicó que al ser requerida oficialmente información y el estado actual de las investigaciones, “se recibió como respuesta que no estaban en posibilidad de saber cuál había sido el destino de 2.415 casos, toda vez que ‘los expedientes no los tenían físicamente’”⁴⁵.

121. La Corte toma nota de que no existen conclusiones convincentes sobre las cifras en cuanto a homicidios y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez, pero observa que de cualquier forma son alarmantes. Más allá de los números, que aún cuando son muy significativos no son suficientes para entender la gravedad del problema de violencia que viven algunas mujeres en Ciudad Juárez, los alegatos de las partes, así como la prueba aportada por éstas, apuntan a un fenómeno complejo, aceptado por el Estado (*supra* párr. 115), de violencia contra las mujeres desde el año 1993, que ha sido caracterizado por factores particulares que esta Corte considera importante resaltar.

1.3. Víctimas

122. En primer lugar, la Comisión y los representantes alegaron que las víctimas eran mujeres jóvenes de 15 a 25 años de edad, estudiantes o trabajadoras de maquilas o de tiendas u otras empresas locales, y que algunas vivían en Ciudad Juárez desde hacía relativamente poco tiempo. El Estado no se pronunció al respecto.

123. Los alegatos de los demandantes encontraron sustento en diversos informes de entidades nacionales e internacionales que establecen que las víctimas de los homicidios parecen ser predominante-

⁴⁵ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1744; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1924 y 1926; Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, *supra* nota 20, folio 2052; Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2256 y 2271, y Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14605.

mente mujeres jóvenes⁴⁶, incluyendo niñas⁴⁷, trabajadoras –sobre todo de maquilas⁴⁸, de escasos recursos⁴⁹, estudiantes⁵⁰ o migrantes⁵¹.

1.4. *Modalidad*

124. En segundo lugar, la Comisión y los representantes alegaron que un número considerable de los homicidios presentaron signos de violencia sexual. Según un informe de la Fiscalía Especial, algunos de los homicidios y las desapariciones desde 1993 “han presentado características y/o patrones conductuales similares”⁵².

⁴⁶ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1764; Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2256 y 2271, y declaración rendida ante fedatario público por la perita Jusidman Rapoport el 21 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo XIII, folio 3806).

⁴⁷ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1744; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1924 y 1926; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2012, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2257 y 2271.

⁴⁸ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1924 y 1926; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2012; Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2257; Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14605; declaración rendida ante fedatario público por la perita Monárrez Frago el 20 de noviembre de 2008 (expediente de fondo, tomo XIII, folio 3911), y Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Tercer Informe de Gestión, mayo 2005-septiembre 2006, citando el Segundo Informe de Gestión, titulado “El femicidio: formas de ejercer la violencia contra las mujeres” (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVII, anexo 12, folio 9016).

⁴⁹ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1744; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1924 y 1926; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2012, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2257 y 2271.

⁵⁰ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1744 e Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, *supra* nota 20, folio 2053.

⁵¹ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14525.

⁵² Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1924 y 1927 y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2271.

125. Diversos informes establecen los siguientes factores en común en varios de los homicidios: las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio⁵³, sus familiares denuncian su desaparición⁵⁴ y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos⁵⁵ con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones⁵⁶.

126. En cuanto a las características sexuales de los homicidios, el Estado alegó que según cifras del año 2004, alrededor del 26% de los homicidios obedecía a actos de índole sexual violento.

127. Por su parte, aunque la Fiscalía Especial concluyó que la mayoría de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez fueron independientes unos de otros y que, por tanto, eran cometidos en circunstancias de tiempo, modo y ocasión distintos⁵⁷, hasta el año 2005 esta institución “logró determinar que el número de casos en los que se presentó el patrón conductual que había identificado el fe-

⁵³ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* 11, folio 1744.

⁵⁴ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1744; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1927, e Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota 28, folio 6640.

⁵⁵ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1744; Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, *supra* nota 20, folio 2052; Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2271; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folio 2154, e Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1927.

⁵⁶ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14608. Al respecto, cabe notar que la Comisión para Ciudad Juárez señaló que, “si bien es cierto que ha sido difícil demostrar que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez están relacionados con asesinos seriales, faltó de parte de la Fiscalía Especial un análisis sobre el fenómeno criminal que constituyeron los casos paradigmáticos, aquéllos en los que sí puede haber evidencias de lo que la Fiscalía Especial llama ‘homicidios de mujeres con características y/o patrones conductuales similares’”. En similar sentido, criticó que la Fiscalía Especial “sigue sin enfocar su análisis desde la perspectiva de género; no obstante las recomendaciones internacionales que se han hecho” (Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Tercer informe de gestión, *supra* nota 48, folio 9073).

⁵⁷ Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Tercer informe de gestión, *supra* nota 48, folios 8996 y 8997.

nómeno denominado ‘Muertas de Juárez’, era de alrededor del 30% de los 379 homicidios identificados”, o sea alrededor de 113 mujeres. Asimismo, la Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez (en adelante la “Comisión para Ciudad Juárez”) señaló que, aunque seguían guardando discrepancias en cuanto a cifras absolutas, distintos informes coincidieron en que una tercera parte del total de los homicidios de mujeres eran aquéllos clasificados como sexuales y/o seriales, estos últimos “son aquéllos donde se repite un patrón en el que por lo general la víctima no conoce a su victimario y es privada de su libertad y sometida a vejaciones y sufrimientos múltiples, hasta la muerte”⁵⁸. Los informes del CEDAW y de Amnistía Internacional también coincidieron en que alrededor de un tercio de los homicidios tenían un componente de violencia sexual o características similares⁵⁹.

1.5. *Violencia basada en género*

128. Según los representantes, el tema de género es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, la cual “sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos”. Alegaron que “niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada”.

⁵⁸ Según el informe del CEDAW, publicado en el año 2005, el Instituto Chihuahuense de la Mujer refirió 90 casos, la Fiscalía Especial y el Delegado de la Procuraduría General de la República en Ciudad Juárez mencionó 93 casos y las ONGs contabilizaban 98 (Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1924).

⁵⁹ Estos alegatos coinciden con las conclusiones del Primer informe de gestión de la Comisión para Ciudad Juárez, el cual señala que en la década de los setenta y los ochenta, la industria maquiladora se caracterizó por la oferta casi exclusivamente a mujeres en un contexto de desempleo masculino, lo cual “produjo un choque cultural al interior de las familias” y que “los hombres se quedaron sin trabajo y las que sostenían el hogar eran las mujeres” (Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 8663. Ver también, Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1922; declaración rendida ante fedatario público por el perito Pineda Jaimes el 15 de abril de 2009, expediente de fondo, tomo VIII, folio 2825, y declaración de la perita Jusidman Rapoport, *supra* nota 46, folio 3778).

129. El Estado señaló que los homicidios “tienen causas diversas, con diferentes autores, en circunstancias muy distintas y con patrones criminales diferenciados, pero se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer”. Según el Estado, uno de los factores estructurales que ha motivado situaciones de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez es la modificación de los roles familiares que generó la vida laboral de las mujeres. El Estado explicó que desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en 1993 con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Señaló que, al dar preferencia a la contratación de mujeres, las maquiladoras causaron cambios en la vida laboral de éstas, lo cual impactó también su vida familiar porque “los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar”. Esto, según el Estado, llevó a conflictos al interior de las familias porque la mujer empezó a tener la imagen de ser más competitiva e independiente económicamente⁶⁰. Además, el Estado citó el Informe del CEDAW para señalar que “este cambio social en los papeles de las mujeres no ha sido acompañado de un cambio en las actitudes y las mentalidades tradicionales -el cariz patriarcal- manteniéndose una visión estereotipada de los papeles sociales de hombres y mujeres”.

130. Otros factores mencionados por el Estado como generadores de violencia y marginación son la falta de servicios públicos básicos en las zonas marginadas; el narcotráfico, tráfico de armas, criminalidad, lavado de dinero y trata de personas que se dan en Ciudad Juárez por ser una ciudad fronteriza; el consumo de drogas; el alto índice de deserción escolar, y la existencia de “numerosos agresores sexuales” y “efectivos militares [...] provenientes de conflictos armados” en la cercana ciudad de El Paso.

131. Según prueba remitida por el Estado, en los homicidios de mujeres ocurridos entre 1993 y 2005, el 31.4% fue por violencia social (que incluye venganza, riña, imprudencia, pandillerismo, robo), 28% fue por violencia doméstica, 20.6% fue por móvil sexual

⁶⁰ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14549.

y 20.1% es indeterminado⁶¹. Cabe notar que entre cifras del mismo Estado hay inconsistencias. Por ejemplo, en su respuesta al informe del CEDAW del 2003, el Estado señaló que 66% de los homicidios son el resultado de la violencia intrafamiliar o doméstica y común, el 8% tienen un móvil desconocido y el 26% restante obedece a actos de índole sexual violento⁶².

132. La Corte toma nota de que a pesar de la negación del Estado en cuanto a la existencia de algún tipo de patrón en los motivos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, éste señaló ante el CEDAW que “están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad⁶³”. También cabe destacar lo señalado por México en su Informe de Respuesta al CEDAW, en relación a las acciones concretas realizadas para mejorar la situación de subordinación de la mujer en México y en Ciudad Juárez:

debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas⁶⁴.

⁶¹ El Estado explicó en su Respuesta al Informe del CEDAW que el contexto de violencia contra la mujer en el que están inmersos muchos de los homicidios y las concepciones fuertemente arraigadas en la opinión pública sobre las posibles causas de éstos, “dificultan sobre manera realizar una clasificación en base a sus móviles”, pero que es posible realizar la clasificación referida “a la luz con que se cuenta sobre autores del homicidio, qué testigos existen, y bajo qué circunstancias se dio” (Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1957).

⁶² Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1957.

⁶³ Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1960.

⁶⁴ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1735; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1922; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra*

133. Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer⁶⁵. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida⁶⁶. El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”⁶⁷. A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”.

134. Por su parte, la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU explica que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse en el contexto de “una desigualdad de género arraigada en la sociedad”. La Relatora se refirió a “fuerzas de cambio que ponen en entredicho las bases mismas del machismo”, entre las que incluyó la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, lo cual proporciona independencia económica y ofrece nuevas oportunidades de formarse.

Estos factores, aunque a la larga permitan a las mujeres superar la discriminación estructural, pueden exacerbar la violencia y el sufrimiento.

nota 11, folios 2001 a 2002, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folios 2259 y 2269.

⁶⁵ Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2269.

⁶⁶ CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1766 (citando carta del Secretario de Gobierno de Chihuahua a la Relatora Especial de 11 de febrero de 2002).

⁶⁷ *Cfr.* Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folios 1937 y 1949.

miento a corto plazo. La incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia. Incluso los casos de violación y asesinato pueden interpretarse como intentos desesperados por aferrarse a normas discriminatorias que se ven superadas por las cambiantes condiciones socioeconómicas y el avance de los derechos humanos⁶⁸.

134. Por otro lado, la Comisión para Ciudad Juárez destacó que el énfasis de la Fiscalía Especial en la violencia intrafamiliar y en la grave descomposición social como razones para los crímenes sexuales, no rescata “los elementos de discriminación por género de la violencia que específicamente afecta a las mujeres”, lo cual, “amalgama la violencia de género como parte de la violencia social, sin ahondar en la forma como afecta específicamente a las mujeres”⁶⁹.

135. Por su parte, el Informe de la Comisión resaltó las características sexuales de los homicidios y señaló que “si bien no se conoce con suficiente certeza la magnitud de estos aspectos del problema, las pruebas recogidas en determinados casos indican vínculos con la prostitución o el tráfico con fines de explotación sexual” y que “en ambos casos pueden darse situaciones de coacción y abuso de mujeres que trabajan en el comercio sexual o se ven forzadas a participar en él”⁷⁰.

1.6. *Sobre el alegado feminicidio*

137. La Comisión no calificó los hechos acaecidos en Ciudad Juárez como feminicidio.

⁶⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folios 2001 y 2002.

⁶⁹ Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 9074.

⁷⁰ CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folios 1748 y 1750 (citando carta del Secretario de Gobierno de Chihuahua a la Relatora Especial de 11 de febrero de 2002).

138. Los representantes expresaron que “los homicidios y desapariciones de niñas y mujeres en Ciudad Juárez, son la máxima expresión de la violencia misógina”, razón por la que alegaron que esta violencia se ha conceptualizado como feminicidio. Según explicaron, éste consiste en “una forma extrema de violencia contra las mujeres; el asesinato de niñas y mujeres por el solo hecho de serlo en una sociedad que las subordina”, lo cual implica “una mezcla de factores que incluyen los culturales, los económicos y los políticos”. Por esta razón, argumentaron que “para determinar si un homicidio de mujer es un feminicidio se requiere conocer quién lo comete, cómo lo hace y en qué contexto”. Indicaron que aun cuando no siempre se tiene toda la información disponible en los crímenes de este tipo, existen indicadores tales como las mutilaciones de ciertas partes del cuerpo, como la ausencia de pechos o genitales.

139. Por su parte, el Estado en la audiencia pública utilizó el término feminicidio al hacer referencia al “fenómeno [...] que prevalece en Juárez”. No obstante, el Estado, en sus observaciones a peritajes presentados por los representantes, objetó el hecho de que pretendieran “incluir el término feminicidio como un tipo penal, cuando éste no existe ni en la legislación nacional, ni en los instrumentos vinculantes del sistema interamericano de derechos humanos”.

140. En México, la Ley General del Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, vigente desde 2007, define en su artículo 21 la violencia feminicida como “la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”⁷¹. A su vez, algunas instancias gubernamentales han proporcionado definiciones para el término feminicidio en sus informes⁷².

⁷¹ Artículo 21 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XLIII, anexo 109, folio 16126).

⁷² Cfr. Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 8661 y Comisión de la Cámara de Diputados, Violencia Feminicida en 10 entidades de la República Mexicana, *supra* nota 33, folio 6885.

141. Los peritos Monárrez Fragoso⁷³, Pineda Jaimes⁷⁴, Lagarde y de los Ríos⁷⁵ y Jusidman Rapoport⁷⁶ calificaron lo ocurrido en Ciudad Juárez como feminicidio.

142. Adicionalmente, el informe de la Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana de la Cámara de Diputados (en adelante la “Comisión de la Cámara de Diputados”) y los de la Comisión para Ciudad Juárez, se refieren al “feminicidio” que supuestamente ocurre en Ciudad Juárez⁷⁷. Asimismo, lo hacen el Observatorio Ciudadano⁷⁸, las ONGs Centro para el Desarrollo Integral de la Mujer y AC / Red Ciudadana de NO violencia y Dignidad Humana⁷⁹, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C.⁸⁰, así como también diferentes *amici curiae* allegados a la Corte⁸¹.

143. En el presente caso, la Corte, a la luz de lo indicado en los párrafos anteriores, utilizará la expresión “homicidio de mujer por razones de género”, también conocido como feminicidio.

⁷³ Cfr. declaración de la perita Monárrez Fragoso, *supra* nota 48, folio 3906.

⁷⁴ Cfr. declaración del perito Pineda Jaimes, *supra* nota 59, folio 2813.

⁷⁵ Cfr. declaración rendida ante fedatario público por la perita Lagarde y de los Ríos el 20 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo XI, folio 3386).

⁷⁶ Cfr. declaración de la perita Jusidman Rapoport, *supra* nota 46, folio 3806.

⁷⁷ Cfr. Comisión de la Cámara de Diputados, Violencia Feminicida en 10 entidades de la República Mexicana, *supra* nota 33, folio 6889 y Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Primer Informe de Gestión, *supra* nota 14, folio 8662.

⁷⁸ Cfr. Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota 28, folio 6714.

⁷⁹ Cfr. Centro para el Desarrollo Integral de la Mujer y AC / Red Ciudadana de No violencia y Dignidad Humana. *Las Víctimas de Feminicidio en Ciudad Juárez. Informe del Estado de la Procuración de Justicia y el Acceso a las Garantías Judiciales sobre feminicidios y mujeres desaparecidas en Juárez, 1993 – 2007*. Reporte ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mayo 2007 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, apéndice 5 Vol. III, folios 544 y 555).

⁸⁰ Cfr. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., Compendio de recomendaciones, *supra* nota 12, folio 6654.

⁸¹ Cfr. escrito presentado por el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, Colombia (expediente de fondo, tomo XV, folio 4416); escrito presentado por la Organización Mundial contra la Tortura y TRIAL – Track Impunity (expediente de fondo, tomo VI, folio 2197), y escrito presentado por la Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez (expediente de fondo, tomo XV, folio 4290).

144. Para efectos de este caso, la Corte considera que, teniendo en cuenta la prueba y argumentación sobre prueba obrante en el expediente, no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso. Por esta razón, se referirá a los casos de Ciudad Juárez como homicidios de mujeres, aunque entienda que algunos o muchos de éstos puedan haber sido cometidos por razones de género y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer.

145. En cuanto a las muertes producidas en el presente caso, la Corte analizará en secciones posteriores, conforme a la prueba aportada por las partes, si constituyen homicidios de mujeres por razones de género.

1.7 Investigación de los homicidios de mujeres

146. Según la Comisión y los representantes, otro factor que caracteriza estos homicidios de mujeres es su falta de esclarecimiento y las irregularidades en las investigaciones respectivas, lo que, según ellos, ha generado un clima de impunidad. Al respecto, la Corte toma nota del reconocimiento del Estado en cuanto a “la comisión de diversas irregularidades en la investigación y procesamiento de homicidios de mujeres cometidos entre los años de 1993 y 2004 en Ciudad Juárez”. El Estado, además, lamentó “los errores cometidos hasta antes del año 2004 por servidores públicos que participaron durante algunas de estas investigaciones”.

1.7.1 Irregularidades en las investigaciones y en los procesos

147. Aunque el Estado reconoció la comisión de irregularidades en la investigación y procesamiento de los homicidios de mujeres entre los años 1993 y 2003 (*supra* párr. 2145), no especificó cuáles fueron las irregularidades que encontró en las investigaciones y en los procesos realizados durante esos años. Sin embargo, la Corte toma nota de lo señalado al respecto por el Informe de la Relatora de la CIDH:

El Estado mexicano, por su parte, admite que se cometieron errores durante los primeros cinco años en que se vio confrontado con esos

asesinatos. Reconoce, por ejemplo, que no fue infrecuente que la Policía le dijera a un familiar que tratara de informar la desaparición de una niña que volviera a las 48 horas, siendo evidente que había cosas que investigar. Tanto los representantes del Estado como de entidades no estatales señalaron que las autoridades de Ciudad Juárez solían desechar las denuncias iniciales, manifestando que la víctima habría salido con un novio y no tardaría en volver al hogar. La PGJE mencionó también falta de capacidad técnica y científica y de capacitación, en esa época, por parte de los miembros de la Policía Judicial. Autoridades del Estado de Chihuahua señalaron que las fallas eran tales que en 25 casos, que databan de los primeros años de los asesinatos, los “expedientes” eran poco más que bolsas que contenían una serie de huesos, lo que prácticamente no servía de base para avanzar en la investigación⁸².

148. La Corte observa que aún cuando los detalles esgrimidos por las autoridades del Estado a la Relatora de la CIDH y señalados *supra* fueron circunscritos a las investigaciones y procesos llevados a cabo hasta 1998, el mismo Estado reconoció ante la Corte que hubo irregularidades hasta antes del año 2004 (*supra* párr. 2145), aunque no las detallara.

149. Diversos informes publicados entre 1999 y el 2005 coinciden en que las investigaciones y los procesos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez han estado plagados de irregularidades y deficiencias⁸³ y que dichos crímenes han permanecido impunes⁸⁴. Según la Fiscalía Especial, “debe hacerse hincapié en que la impunidad de los casos no resueltos se produjo, principalmen-

⁸² CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1750 (citando carta del Secretario de Gobierno de Chihuahua a la Relatora Especial de 11 de febrero de 2002).

⁸³ *Cfr.* CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1767; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folios 2118 a 2129 y 2138; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1924, e Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 23, folio 1898.

⁸⁴ *Cfr.* CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1749; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 23, folio 1869; CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2167, y declaración rendida ante fedatario público por el perito Castresana Fernández el 21 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo VIII, folio 2904).

te, entre los años 1993 al 2003, por causa de las graves omisiones en que incurrió el personal que laboró en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua”. Agregó que durante ese período “los gobiernos estatales no impulsaron políticas públicas encaminadas a dotar a la Procuraduría de dicho estado de la infraestructura, procesos de trabajo y personal especializado que le permitieran realizar las investigaciones de homicidios de mujeres en rangos de confiabilidad razonablemente aceptables”⁸⁵.

150. Conforme a la prueba aportada, las irregularidades en las investigaciones y en los procesos incluyen la demora en la iniciación de las investigaciones⁸⁶, la lentitud de las mismas o inactividad en los expedientes⁸⁷, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas⁸⁸, pérdida de información⁸⁹, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público⁹⁰, y la falta de contemplación de las agresiones a

⁸⁵ Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14573.

⁸⁶ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1746, Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1924, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2274.

⁸⁷ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1767; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folio 2140; Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folios 14579 y 14610; Conferencia de prensa que ofrecieron el Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad y la Fiscalía Especial para la Atención de los Delitos Relacionados con Actos de Violencia Contra las Mujeres en el auditorio de juristas, de Reforma 211, México, D.F., 16 de febrero de 2006, anexo 4 del Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota 28, folio 6714.

⁸⁸ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1750; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folio 2140; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 23, folio 1929, Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14579, y declaración rendida ante fedatario público por el testigo Doretti el 17 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo VI, folio 2326 y 2327).

⁸⁹ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1750; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 23, folios 1898 y 1899; declaración de la testigo Doretti, *supra* nota 88, folio 2332.

⁹⁰ Cfr. declaración de la testigo Doretti, *supra* nota 88, folios 2371 y 2372.

mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género⁹¹. Según el Relator sobre la independencia judicial de la ONU, luego de una visita a Ciudad Juárez en el 2001, “le sorprendió la absoluta ineficacia, incompetencia, indiferencia, insensibilidad y negligencia de la policía que había llevado hasta entonces las indagaciones”⁹². Por su parte, la Fiscalía Especial señaló en su informe del 2006 que de 139 averiguaciones previas analizadas, en más del 85% se detectaron responsabilidades atribuibles a servidores públicos, graves deficiencias y omisiones que “entorpecieron la resolución de los homicidios ahí relacionados, provocando impunidad”⁹³.

1.7.2. *Actitudes discriminatorias de las autoridades*

151. La Comisión y los representantes alegaron que las actitudes de las autoridades estatales frente a los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez eran notoriamente discriminatorias y dilatorias, situación que la Comisión describió como un “alarmante patrón de respuesta y concepciones estereotipadas de las mujeres desaparecidas”. En particular, el patrón “se manifestaba en la percepción de los funcionarios estatales que la búsqueda y protección de mujeres reportadas como desaparecidas no era importante” e implicaba que en un principio las autoridades se negaban a investigar.

152. Al respecto, el Estado señaló que la cultura de discriminación de la mujer “contribuyó a que tales homicidios no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”⁹⁴. El Tribunal observa que aunque el Estado no señaló este reconocimiento en el trámite ante la Corte, sí remitió el documento en el que consta tal recono-

⁹¹ *Cfr.* Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 23, folio 1897; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folio 2154; CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2227, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 11, folio 2279.

⁹² Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, *supra* nota 21, folio 2100.

⁹³ Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folios 14575 y 14609.

⁹⁴ Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1957.

cimiento⁹⁵, siendo parte del acervo probatorio que será analizado conforme a las reglas de la sana crítica.

153. Diversas fuentes afirman que la respuesta de funcionarios estatales frente a los crímenes fue influenciada por un contexto de discriminación basada en género⁹⁶. Según el Relator Especial sobre la independencia judicial de la ONU, “al principio es indudable que estos hechos no conmovieron mucho a los agentes de la policía y a los procuradores, quienes llegaron incluso a reprochar a las mujeres su presunta falta de moralidad”⁹⁷. La Relatora sobre ejecuciones extrajudiciales de la ONU señaló que:

la conducta arrogante de algunos funcionarios públicos y su manifiesta indiferencia ante [...] estos delitos permiten concluir que muchos de ellos fueron deliberadamente pasados por alto por la mera razón de que las víctimas eran ‘sólo’ muchachas corrientes y, por lo tanto, no eran consideradas una gran pérdida. Cabe temer que, como consecuencia de los retrasos y las irregularidades, se hayan perdido tiempo y datos muy valiosos⁹⁸.

154. Distintas pruebas allegadas al Tribunal, señalaron, *inter alia*, que funcionarios del estado de Chihuahua y del Municipio de Juárez minimizaban el problema y llegaron a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de los padres⁹⁹. En este sentido, destacaron las afirmaciones

⁹⁵ Cfr. Respuesta del gobierno de México al informe producido por el CEDAW bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención, 27 de enero de 2005 (anexos a la contestación de la demanda, tomo XXV, anexo 6, folios 8612 a 8653).

⁹⁶ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folios 1734 y 1742; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1928; Amnistía Internacional, *Muerres intolerables*, *supra* nota 11, folios 2259 y 2269; declaración del perito Pineda Jaimes, *supra* nota 59, folio 2832, y declaración de la perita Jusidman, *supra* nota 46, folio 3808.

⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, *supra* nota 21, folio 2100.

⁹⁸ Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, *supra* nota 20, folio 2053.

⁹⁹ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1765; Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1928; Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, *supra* nota 20, folio 2052; CNDH, Recomendación

de la CNDH en su Recomendación 44/1998, con respecto a que las declaraciones de funcionarios y autoridades de la Procuraduría estatal documentadas por esa institución denotaban “ausencia de interés y vocación por atender y remediar una problemática social grave, así como una forma de discriminación” y que constituían una “forma de menosprecio sexista”¹⁰⁰.

1.7.3. *Falta de esclarecimiento*

155. La Comisión hizo énfasis en que la respuesta de las autoridades ante los crímenes contra mujeres había sido “notablemente deficiente” y alegó que la gran mayoría de los asesinatos seguían impunes al momento de la visita de la Relatora de la CIDH a Ciudad Juárez en el 2002. Además, señaló que aunque el Estado tenía conocimiento de la gravedad de la situación, “existía una gran brecha entre la incidencia del problema de violencia contra las mujeres y la calidad de la respuesta estatal ofrecida a este fenómeno, lo cual propendió a la repetición de los hechos”.

156. Los representantes alegaron que en el año en que ocurrieron los hechos del presente caso, “es decir, a 8 años de que se tuvo noticia del incremento de la violencia contra las mujeres”, la situación de impunidad no había tenido mejora alguna, destacando que ese año presentó el más alto porcentaje de homicidios de mujeres.

157. El Estado reiteró “su convicción de que en el presente caso y en general, en relación a los homicidios de mujeres ocurridos en Ciudad Juárez, no se configura una situación de impunidad, ya que se ha investigado, perseguido, capturado, enjuiciado y sancionado a un número significativo de responsables”. También indicó que entre enero de 1993 y mayo de 2008 se habían registrado 432 casos de homicidios de mujeres, de los cuales “45.25% fueron resueltos por una instancia jurisdiccional y el 33.02% en etapa de investigación”.

158. La Corte observa que diversos informes coinciden en que la falta de esclarecimiento de los crímenes es una característica de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez que reviste especial

44/1998, *supra* nota 19, folio 2139, y declaración de la perita Monárrez Fragoso, *supra* nota 48, folios 3938 y 3940.

¹⁰⁰ CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folio 2155.

importancia. El Informe de la Relatoría de la CIDH del 2003 señaló que la gran mayoría de los casos siguen impunes¹⁰¹. Asimismo, según el CEDAW “una cultura de impunidad se ha enraizado que permitió y fomentó terribles violaciones de los derechos humanos”, y según la Oficina de Drogas y Delitos de la ONU señaló que los diferentes factores complejos del fenómeno criminal en Ciudad Juárez “han puesto a prueba un sistema de por sí insuficiente, que ha sido manifiestamente desbordado por un desafío criminal para el que no estaba preparado, dando lugar a un colapso institucional que ha determinado la impunidad generalizada de los responsables de los crímenes”¹⁰².

159. La Corte toma nota de que distintos informes apuntan a diferentes cifras sobre el estado de los casos de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez¹⁰³. Según cifras oficiales aportadas por el Estado, no controvertidas por las otras partes, de 379 casos de homicidios de mujeres que ocurrieron en Ciudad Juárez entre 1993 y 2005, 145 contaban en el año 2005 con sentencias condenatorias o sanciones¹⁰⁴, lo que representa alrededor de un 38.5%. Por otro lado, el Estado proporcionó al Tribunal una lista de 203 sentencias definitivas con respecto a los homicidios de mujeres hasta septiembre de 2008, de las cuales 192 son sentencias condenatorias¹⁰⁵. Al respecto, la Corte observa que el Estado no informó los números globales de homicidios hasta el año 2009 y no otorgó prueba en relación a sus alegatos de hecho relativos a que, en el año 2008, 41.33% de los homicidios de mujeres habían sido resueltos por un órgano jurisdiccional y 3.92% por el Tribunal para Menores.

¹⁰¹ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1734.

¹⁰² Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de Naciones Unidas, *supra* nota 23, folio 1869.

¹⁰³ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1734; Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2012, y CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 19, folio 2232.

¹⁰⁴ Cfr. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folios 14617 a 14651.

¹⁰⁵ Cfr. fichas de 203 casos de homicidios de mujeres cometidos en Ciudad Juárez, en los que se han dictado sentencia definitiva, septiembre 2003 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, tomo XLIX, anexo 6, folios 17347 a 17400).

160. En cuanto a las sentencias, específicamente aquéllas impuestas a los responsables de homicidios dolosos, la Fiscalía Especial observó en su informe del año 2006 que éstas se enmarcaron en un promedio no mayor a los 15 años de prisión, a pesar que en la mayoría de los casos se cometieron con agravantes y que esto:

pudo haber obedecido a una política judicial que en su momento deberá ser revisada por el propio Poder Judicial del Estado, o bien al hecho de que el Ministerio Público del fuero común no efectuó todas las acciones que permitieran a los jueces allegarse de elementos para sancionar de una manera más severa a los responsables¹⁰⁶.

161. Un aspecto relacionado recogido por los informes es que el número de sentencias y la pena impuesta son más bajos cuando se trata de los homicidios de mujeres con características sexuales. Sobre este punto, según cifras aportadas por el Estado ante la Comisión Interamericana, de 229 casos de homicidios de mujeres entre 1993 y 2003¹⁰⁷, 159 fueron casos con móviles diferentes al sexual y de éstos, 129 habían “concluido”, mientras que de 70 casos de homicidios de mujeres con móvil sexual, sólo habían “concluido” 24¹⁰⁸. Es importante señalar que el Estado no especificó qué entiende por “concluidos”¹⁰⁹ y que sobre el mismo punto en su respuesta

¹⁰⁶ Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14612.

¹⁰⁷ Cabe notar que existen inconsistencias entre las cifras globales, ya que según el Informe Final de la Fiscalía Especial, hasta el 2003 habían ocurrido 328 casos de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez (Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 34, folio 14646).

¹⁰⁸ *Cfr.* Procuraduría General de Justicia del estado de Chihuahua, Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres, Ciudad Juárez, 2003. Anexos al cuarto informe mensual del Estado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 17 de febrero de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XLII, anexo 75, folio 15446).

¹⁰⁹ De manera general, en cuanto a los llamados casos “concluidos” por el Estado, el CEDAW señaló en su informe de 2005 que le preocupaba que se consideraran e informaran como concluidos o resueltos los casos al ser presentados ante los Tribunales, “aunque los inculpados no sean detenidos ni sancionados” (Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1959). Asimismo, y también de manera general, la CNDH en su informe del 2005 indicó que “obtuvo información suficiente para desvirtuar las afirmaciones de la PGJE, en el sentido

al informe del CEDAW estableció que de los 92 delitos sexuales ocurridos hasta el 2004 sólo en 4 casos se había dictado sentencia¹¹⁰.

162. La Comisión para Ciudad Juárez, por su parte, destacó que “lo que más sorprende de estas historias de homicidios de mujeres es la impunidad aún vigente en muchos de los casos clasificados como sexuales y/o seriales”¹¹¹. Según el CEDAW, las autoridades mexicanas expresaron que había avances en el proceso de investigación, identificación y enjuiciamiento de los culpables por crímenes con móviles como violencia intrafamiliar o delincuencia común y que la mayoría de los sentenciados han sido condenados a penas que rebasan los 20 años de prisión, mientras que en los actos de carácter sexual violento “hay personas que llevan 7 años presas, otras 5 y aunque la Ley establece que hay que dictar sentencia en el término de 2 años, ocurre que los expedientes están incompletos y las pruebas no resultan convincentes para los jueces”¹¹². Por su parte, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU ha señalado que el porcentaje de encarcelamiento para los crímenes sexuales es menor que para el resto de los crímenes contra las mujeres, representando específicamente un 33.3% y 46.7%, respectivamente¹¹³.

de dar por resueltos casos, sin que existan bases jurídicas para sustentar dichas afirmaciones” (CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folio 2234).

¹¹⁰ *Cfr.* Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1964. Al respecto, cabe notar lo señalado por el CEDAW en su informe: “El Gobierno asegura que de los 90 casos que consideran como de violencia sexual sólo en 4 se ha dictado sentencia, mientras que la casi totalidad de las fuentes de la sociedad civil plantean que esos 4 casos tampoco están resueltos y que tal vez algunos de los acusados no sean culpables. Sólo un prisionero ha sido juzgado y sancionado, después de 8 años, encontrándose aún en fase de apelación” (Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1934).

¹¹¹ Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, Tercer Informe de Gestión, *supra* nota 48, folio 8997 (citando el Segundo Informe de Gestión, titulado “El feminicidio: formas de ejercer la violencia contra las mujeres”).

¹¹² Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1931.

¹¹³ *Cfr.* Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2012.

163. Finalmente, la Corte observa que algunos informes señalan que la impunidad está relacionada con la discriminación contra la mujer. Así, por ejemplo, el Informe de la Relatora de la CIDH concluyó que “cuando los perpetradores no son responsabilizados –como en general ha ocurrido en Ciudad Juárez— la impunidad confirma que esa violencia y discriminación es aceptable, lo cual fomenta su perpetuación”¹¹⁴. En similar sentido, la Relatora sobre ejecuciones extrajudiciales de la ONU expresó que: “los sucesos de Ciudad Juárez son el típico ejemplo de delito sexista favorecido por la impunidad”¹¹⁵.

1.8. *Conclusiones de la Corte*

164. De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad.

¹¹⁴ CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 11, folio 1766.

¹¹⁵ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2053.

2.2.1. Desapariciones de las víctimas

165. Laura Berenice Ramos Monárrez tenía 17 años de edad y era estudiante del quinto semestre de la preparatoria. La última noticia que se conocía de ella era una llamada que hizo a una amiga el sábado 22 de septiembre de 2001 para avisar que estaba lista para ir a una fiesta¹¹⁶. La denuncia instaurada señalaba que desapareció el martes 25 de septiembre de 2001, sin que se ofrezcan más detalles¹¹⁷.

166. Claudia Ivette González tenía 20 años de edad y trabajaba en una empresa maquiladora. Según una amiga cercana, “casi siempre salía con el tiempo limitado ya que le ayudaba a su hermana con el cuidado de su menor hija, motivo por el cual llegaba a veces tarde”¹¹⁸ al trabajo. El 10 de octubre de 2001 llegó dos minutos tarde a la maquila, por lo que le fue impedida la entrada¹¹⁹. Ese mismo día desapareció¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. comparecencia de Claudia Ivonne Ramos Monárrez ante un subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición y Homicidio de Mujeres efectuada el 1 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 17, folio 2621) y comparecencia de Rocío Itxel Núñez Acevedo ante un subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición y Homicidio de Mujeres efectuada el 5 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 19, folio 2625).

¹¹⁷ Cfr. Registro de Personas Desaparecidas No. 225/2001 diligenciado el 25 de septiembre de 2001 respecto a Laura Berenice Ramos Monárrez (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 11, folio 2609), y comparecencia de Benita Monárrez Salgado ante un subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial en la Investigación de Homicidios de Mujeres y Desaparición de Personas efectuada el 25 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexos 12 y 14, folio 2611).

¹¹⁸ Información reseñada en el parte informativo emitido por dos agentes de la Policía Ministerial adscritos a la Fiscalía Mixta para la Atención de Homicidios de Mujeres de Chihuahua el 28 de septiembre de 2007 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXV, anexo 50, legajo II, tomo IV, folio 12974).

¹¹⁹ Cfr. declaración efectuada el 24 de octubre de 2001 por Juan Antonio Martínez Jacobo ante la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres y Personas Desaparecidas (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 23, folio 2637) y Registro de Personas Desaparecidas No. 234/2001 diligenciado el 12 de octubre de 2001 respecto a Claudia Ivette González (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 8, folio 2603).

¹²⁰ Comparecencia de Irma Monreal Jaime ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial en la Investigación de Homicidios de Mujeres y

167. Esmeralda Herrera Monreal tenía 15 años de edad y contaba con “grado de instrucción tercero de secundaria”¹²¹. Desapareció el lunes 29 de octubre del 2001, luego de salir de la casa en la que trabajaba como empleada doméstica¹²².

168. Según los representantes, las jóvenes Ramos, González y Herrera eran de “origen humilde”.

2.2. *Las primeras 72 horas*

169. Los alegatos de la Comisión y de los representantes en este punto presentan inconsistencias, ya que se refieren en unas instancias a que las autoridades manifestaron a los familiares que debían esperar 72 horas respecto a una o dos víctimas y en otras instancias señalan que fue respecto de las tres víctimas. Asimismo, algunos alegatos se refieren a que no se levantaba la denuncia antes de transcurridas las 72 horas y otros a que no se iniciaban investigaciones hasta después de 72 horas.

170. El Estado controvertió lo anterior e indicó que “este señalamiento no está probado y es incorrecto”, toda vez que se “levantó el reporte de desaparición de las jóvenes en el momento en que sus familiares acudieron a denunciarlo”. Además, señaló de manera general y sin mencionar fechas específicas que “las autoridades [...] ordenaron la búsqueda y localización inmediata de las mujeres desaparecidas”, “tomando en cuenta la información proporcionada por los familiares”.

171. La Corte constata que la joven Ramos desapareció el 22 de septiembre de 2001 y, según lo alegado por la Comisión y los representantes el 25 de septiembre la madre interpuso la denuncia ante las autoridades, lo cual no fue controvertido por el Estado. Ese día se levantó el informe de desaparición.

Personas Desaparecidas el 30 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 29, folio 2653).

¹²¹ Cfr. comparecencia de Irma Monreal Jaime, *supra* nota 121; Registro de Personas Desaparecidas No. 241/2001 diligenciado el 30 de octubre de 2001 respecto a Esmeralda Herrera Monreal (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 13, folio 2613), y declaración rendida por la señora Monreal en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana del 28 de abril de 2009.

¹²² Cfr. comparecencia de Mayela Banda Gonzáles, *supra* nota 120, folio 2605.

172. La joven González desapareció el 10 de octubre de 2001. Los representantes alegaron que el 11 de octubre sus familiares y amigos cercanos fueron a interponer la denuncia¹²³. La Comisión y el Estado señalaron que el 12 de octubre se reportó la desaparición. La fecha del registro de persona desaparecida es del 12 de octubre de 2001¹²⁴.

173. La joven Herrera desapareció el 29 de octubre de 2001. Al día siguiente se hizo la denuncia¹²⁵ y el reporte de desaparición tiene fecha de ese mismo día¹²⁶.

174. Salvo el caso de la madre de la joven González, no consta en el expediente prueba con relación a que los familiares hubieran acudido a las autoridades antes de la fecha que se señala como el día que se presentó la denuncia. Ni la Comisión ni los representantes controvirtieron la validez de los registros de desaparición aportados por el Estado. Por todo esto la Corte concluye que el reporte de desaparición fue emitido el mismo día en que fue puesta la denuncia en los casos de las jóvenes Herrera y Ramos, mientras que en el caso de la joven González la Corte no cuenta con suficiente prueba para determinar si los familiares acudieron a las autoridades por primera vez el 11 o el 12 de octubre, pero en todo caso no transcurrieron 72 horas desde el momento en que acudieron a las autoridades hasta que se emitió el reporte de desaparición.

175. En cuanto a la alegada espera de 72 horas para iniciar las investigaciones, el Tribunal constata que en los tres casos, el mismo día en el que se hizo el “Registro de Personas Desaparecidas”¹²⁷,

¹²³ Cfr. Registro de Personas Desaparecidas No. 234/2001, *supra* nota 119.

¹²⁴ Cfr. testimonio efectuado el 5 de abril de 2006 por Irma Monreal Jaime ante la Fiscalía Mixta para la Investigación de Homicidios de Mujeres (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVIII, anexo 38, folio 9555), y comparecencia de Irma Monreal Jaime, *supra* nota 121.

¹²⁵ Cfr. Registro de Personas Desaparecidas No. 241/2001, *supra* nota 122.

¹²⁶ Registro de Personas Desaparecidas No. 225/2001, *supra* nota 117, folio 2609; Registro de Personas Desaparecidas No. 234/2001, *supra* nota 119, y Registro de Personas Desaparecidas No. 241/2001, *supra* nota 122.

¹²⁷ Cfr. oficio No. 549/2001 emitido el 25 de septiembre de 2001 por la Coordinadora del Programa de Atención a Víctimas de los Delitos y Personas Desaparecidas en relación con la desaparición de Laura Berenice Ramos Monárrez (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVIII, anexos 20 y 90, folio 9420); oficio No. 589/2001 emitido el 12 de octubre de 2001 por la Coordinadora del Programa de Atención a Víctimas de los Delitos en relación con la desapa-

el Programa de Atención a Víctimas de los Delitos dirigió un oficio al Jefe de la Policía Judicial¹²⁸. Dichos oficios tenían por objeto informar que se puso en conocimiento de esa oficina la desaparición de las tres víctimas, razón por la cual se solicitaba al personal de dicha dependencia la práctica de “investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos”¹²⁹.

176. Durante la audiencia pública ante la Corte, las madres de las tres víctimas manifestaron que en el primer contacto con las autoridades se les manifestó que debían transcurrir 72 horas para dar como desaparecidas a sus hijas¹³⁰, lo cual fue reiterado en otras declaraciones¹³¹.

177. Según los representantes, la prueba de la demora en el inicio de las investigaciones se encuentra en las “Fichas 103-F” del informe especial de la CNDH de 2003. Sin embargo, dichas fichas no hacen alusión a que las autoridades hayan hecho una afirmación en tal sentido¹³².

rición de Claudia Ivette González (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 10, folio 2607), y oficio No. 634/01 emitido el 30 de octubre de 2001 por el Programa de Atención a Víctimas de los Delitos en relación con la desaparición de Esmeralda Herrera Monreal (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXVIII, anexos 32 y 88, folio 9575).

¹²⁸ Oficios No. 549/2001, 589/01 y 634/01, *supra* nota 128.

¹²⁹ *Cfr.* declaraciones rendidas por las señoras Monárrez, González y Monreal en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 28 de abril de 2009.

¹³⁰ *Cfr.* comparecencia voluntaria de Irma Monreal Jaime ante un Agente del Ministerio Público de la Federación Comisionado a la Agencia Mixta de Investigaciones de Homicidios de Mujeres efectuada el 20 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folio 10578); documento presentado por Josefina González y la Red Ciudadana de No Violencia y Dignidad Humana ante la CIDH el 3 de septiembre de 2006 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, apéndice 5, vol. I, folio 131), y documento presentado por Irma Monreal Jaime y la Asociación Nacional de Abogados Democráticos ante la CIDH el 29 de julio de 2005 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, apéndice 5 vol. III, folio 734).

¹³¹ *Cfr.* CNDH, Informe Especial, *supra* nota 13, folios 2192 a 2220.

¹³² *Cfr.* declaración rendida ante fedatario público por el perito de la Peña Martínez el 21 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo XI, folio 3350), y declaración rendida ante fedatario público por la perita Azaola Garrido el 20 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo XI, folio 3369).

178. Las declaraciones periciales confirman que las madres informaron a su psiquiatra o psicóloga respectiva, sobre una supuesta negativa del Estado a iniciar una posible averiguación antes de las 72 horas¹³³. Adicionalmente, la testigo Delgadillo Pérez, refiriéndose a todas las desapariciones del campo algodonero, indicó que las investigaciones en “varios de los expedientes no se iniciaron en el momento en que las familias lo denunciaron, sino una vez que transcurrieron 72 horas”, señalando específicamente el caso de la joven Herrera y concluyendo que “se perdieron las primeras horas que eran fundamentales para la búsqueda”¹³⁴. En el mismo sentido la perita Jusidman Rapoport indicó que, a la fecha, “para las autoridades es necesario que transcurran 72 horas para iniciar la búsqueda de mujeres reportadas como desaparecidas”¹³⁵. Esto también fue indicado en el informe del EAAF para el caso de la joven Herrera¹³⁶. La Corte nota que aunque estas declaraciones proporcionan indicios sobre una supuesta demora de 72 horas para iniciar la búsqueda de personas desaparecidas, los peritos no indicaron la fuente de sus conclusiones a partir de las cuales sea posible valorar su afirmación. Además, las declaraciones de los peritos no brindan fechas específicas, por lo cual la Corte no puede concluir si, según ellos, la espera de 72 horas existía en el año 2001.

179. Para resolver la cuestión, la Corte tiene en consideración que en este aspecto la carga de la prueba corresponde al Estado, ya que éste es el que sostiene que sus autoridades procedieron con las investigaciones, lo cual es susceptible de prueba. Distinta es la situación de la Comisión y los representantes, quienes alegan un hecho negativo, es decir, la ausencia de investigación en las primeras 72 horas. Además, se toma en cuenta que los medios de prueba

¹³³ Declaración rendida ante fedatario público por la testigo Delgadillo Pérez el 21 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo XI, folios 3481 y 3482).

¹³⁴ Declaración de la perita Jusidman Rapoport, *supra* nota 46, folio 3824.

¹³⁵ *Cfr.* EAAF, dictamen en antropología y genética forense, Esmeralda Herrera Monreal, 12 de junio de 2006 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folio 10326).

¹³⁶ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, supra* nota 29, párr. 135; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 95, y Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra* nota, párr. 127.

están a disposición del Estado, por lo que su defensa no puede descansar sobre la imposibilidad de los demandantes de allegar pruebas que no pueden obtenerse sin su cooperación¹³⁷.

180. Al respecto, la Corte observa que la prueba remitida por el Estado indica que en las primeras 72 horas únicamente se registraron las desapariciones y los testimonios de quienes las interpretaron, se emitió un oficio del Programa de Atención a Víctimas de los Delitos y se recibieron testimonios de apenas tres personas, una en cada caso, aparte de las declaraciones adoptadas al momento de la presentación de denuncia¹³⁸. Es decir, más allá de diligencias rutinarias y formales, el Estado no presentó alegatos ni prueba sobre acciones tomadas en el período referido para movilizar al aparato investigador en la búsqueda real y efectiva de las víctimas.

181. Además, la Corte resalta que el Estado no presentó copia de la totalidad del expediente penal en estos casos, tal como le fue solicitado (*supra* párr.). Por tal motivo, el Tribunal cuenta con un margen de discreción para dar por establecidos cierto tipo de hechos según la ponderación que pueda efectuarse con el resto del acervo probatorio. Por esto la Corte concluye que, aunque no se puede dar por probado que efectivamente las autoridades le dijeron a las madres de las víctimas que tenían que esperar 72 horas luego de su desaparición para que empezaran las investigaciones, el Estado no ha demostrado qué gestiones concretas realizó y cómo buscó efectivamente a las víctimas durante el período mencionado.

¹³⁷ En el caso de la joven Ramos está la declaración de su padre, Daniel Ramos Canales, de 28 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 15, folio 2615). En el caso de la joven González, una amiga de nombre Juana González Flores acudió voluntariamente a rendir declaración el 12 de octubre de 2001 ante un Subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición y Homicidio de Mujeres, el mismo día que se interpuso la denuncia (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11104 y 11105). En el caso de la joven Herrera, consta la declaración de Eduardo Chávez, quien acudió voluntariamente el 2 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folios 10315 y 10316).

¹³⁸ *Cfr.* carteles titulados “ayúdanos a encontrar a esta persona”, emitidos por el Grupo Especial de Atención a la Familia Unidad Juárez de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua (expediente de anexos a la demanda, tomo IX, anexos 30, 31 y 32, folios 2655, 2657 y 2659).

2.3. Alegada falta de búsqueda de las víctimas antes del hallazgo de sus restos

182. La Comisión alegó que “la actuación de las autoridades estatales frente a las denuncias de desaparición se limitó a la realización de gestiones formales y administrativas, sin medidas concretas, tendientes a encontrar a la brevedad a las víctimas, con vida”.

183. Los representantes señalaron que las tres madres “tuvieron que iniciar sus propias acciones de búsqueda” ante la “falta de acciones eficientes por parte de las autoridades”, como pegar volantes en las calles, acudir a medios de comunicación y hacer rastreos.

184. El Estado controvertió lo anterior y señaló que las autoridades “ordenaron la búsqueda y localización inmediata de las mujeres desaparecidas”, “tomando en cuenta la información proporcionada por los familiares”. Asimismo, alegó que realizó diversas acciones para dar con el paradero de las víctimas.

185. Tal como fue señalado, el día en el que se levantaron los registros de desaparición de las víctimas fue solicitado a la Policía Judicial que se adelantaran investigaciones. Sin embargo, no fue aportada alguna respuesta a tal solicitud y el Estado no brindó detalles sobre el seguimiento que se dio a la misma.

186. Por otra parte, aún cuando conste evidencia de que las autoridades elaboraron un cartel con información respecto a la desaparición de cada una de las víctimas¹³⁹, dichos carteles no indican la fecha en la que fueron emitidos y el Estado no precisó en qué

¹³⁹ Documento presentado por Irma Monreal Jaime y la Asociación Nacional de Abogados Democráticos ante la CIDH el 29 de julio de 2005 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, apéndice 5, vol. III, folio 756); comparecencia voluntaria de Irma Monreal Jaime de 20 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folios 10578); tarjeta informativa del 15 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folios 10571 y 10572); testimonio de Irma Monreal Jaime ante un agente del Ministerio Público de la Fiscalía Mixta para la Atención de Homicidios de Mujeres efectuado el 5 de abril de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folios 10286 y 10287), y testimonio de Benigno Herrera Monreal ante un agente del Ministerio Público de la Fiscalía Mixta para la Atención de Homicidios de Mujeres efectuado el 5 de abril de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folio 10294).

momento y cómo los hizo circular. Según la madre de la joven Herrera, fue ella “quien se encargó de difundirlo y pegarlo en varios puntos de la Ciudad”¹⁴⁰. La madre de la joven González señaló que luego de interponer la denuncia de desaparición, comenzaron “con rastreos y a poner fotos de ella como volantes, [...] y preguntando, buscando en la Cruz Roja, en los hospitales”¹⁴¹, y la madre de la joven Ramos dijo que ella buscó a su hija en todos los lugares “habidos y por haber”¹⁴². Esto coincide con lo declarado por la testigo Delgadillo Pérez, quien señaló que “son las familias las que ante la desesperación y falta de apoyo institucional, se mueven por la ciudad tratando de encontrar a sus hijas”¹⁴³.

187. En relación con la joven Ramos, las autoridades recibieron, además de la declaración rendida cuando se denunció su desaparición¹⁴⁴, declaraciones de dos familiares¹⁴⁵ y tres amigas de su

¹⁴⁰ Declaración rendida por la señora González, *supra* nota 183. En el mismo sentido declaró la hermana de la joven González mencionando acciones tomadas por la familia (*Cfr.* comparecencia de Mayela Banda González, *supra* nota 120).

¹⁴¹ Declaración rendida por la señora Monárrez, *supra* nota 183; comparecencia de Ivonne Ramos Monárrez, *supra* nota 116, folio 2620; comparecencia voluntaria de Benita Monárrez Salgado ante un agente del Ministerio Público de la Federación adscrita a la Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo efectuada el 20 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVII, anexo 50, legajo III, tomo II, folio 13593), y comparecencia de Ivonne Ramos Monárrez ante un agente del Ministerio Público de la Federación adscrita a la Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo efectuada el 20 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVII, anexo 50, legajo III, tomo II, folio 13600).

¹⁴² Declaración de la testigo Delgadillo Pérez, *supra* nota 134, folio 3523.

¹⁴³ *Cfr.* comparecencia de Benita Monárrez Salgado, *supra* nota 117, folio 2611.

¹⁴⁴ *Cfr.* comparecencia de Daniel Ramos Canales ante un Subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial en la Investigación de Homicidios de Mujeres y Desaparición de Personas efectuada el 28 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 15, folio 2615), y comparecencia de Claudia Ivonne Ramos Monárrez, *supra* nota 116, folios 2619 a 2621.

¹⁴⁵ *Cfr.* comparecencia de Ana Catalina Solís Gaytán ante un subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición y Homicidio de Mujeres efectuada el 1 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 16, folio 2617); comparecencia de Diana América Corral Hernández ante un subagente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial en la Investigación de Homicidios de Mujeres y Desaparición de Personas efectuada el 1 de octubre de 2001 (expediente de ane-

escuela¹⁴⁶. De estos testimonios la Corte observa que se desprenden ciertos posibles indicios que pudieron haber ayudado en la búsqueda de la joven Ramos, como por ejemplo, información sobre un muchacho con quien ella hablaba frecuentemente por teléfono¹⁴⁷, lugares que frecuentaba¹⁴⁸, sus planes para la noche de su desaparición¹⁴⁹, sobre un muchacho que trabajaba con ella y otras personas que pudiesen tener información,¹⁵⁰ así como de un hombre, con quien, según lo declarado, la joven Ramos no quería salir¹⁵¹.

188. Asimismo, la madre de la joven Ramos declaró en el año 2003 sobre varias llamadas que recibió en los días posteriores a la desaparición de su hija, y que en una de ellas “logró escuchar que su hija Laura discutía con una persona” y que por esta razón se trasladó “a la Procuraduría General de Justicia del Estado para que rastrearan la llamada” y le dijeron que no la podían rastrear¹⁵². Adicionalmente, según la señora Monárrez, no se llevaron a cabo diligencias de averiguación en la escuela donde estudiaba su hija, otras entrevistas a sus amigas y conocidos, o en algunos sitios que frecuentaba, con el propósito de encontrarla¹⁵³. Asimismo, no se realizaron gestiones en relación con las llamadas telefónicas que la joven Ramos había efectuado y recibido en su celular¹⁵⁴.

189. En relación con la joven González, además de la declaración rendida cuando se denunció la desaparición¹⁵⁵, se tomaron las

xos a la demanda, tomo VIII, anexo 18, folio 2623), y comparecencia de Rocío Itxel Núñez Acevedo, *supra* nota 116 (folios 2625 a 2626).

¹⁴⁶ *Cfr.* comparecencia de Ana Catalina Solís Gaytán, *supra* nota 146.

¹⁴⁷ *Cfr.* comparecencia de Rocío Itxel Núñez Acevedo, *supra* nota 116, folio 2626.

¹⁴⁸ *Cfr.* comparecencia de Rocío Itxel Núñez Acevedo, *supra* nota 116, folio 2626.

¹⁴⁹ *Cfr.* comparecencia de Claudia Ivonne Ramos Monárrez, *supra* nota 116, folios 2620 y 2621 y comparecencia de Rocío Itxel Núñez Acevedo, *supra* nota 116, folio 2626.

¹⁵⁰ *Cfr.* comparecencia de Diana América Corral Hernández, *supra* nota 146.

¹⁵¹ *Cfr.* tarjeta informativa del 15 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVII, anexo 50, legajo III, tomo II, folio 13580).

¹⁵² *Cfr.* documento presentado por Benita Monárrez Salgado y la Red Ciudadana de No Violencia y Dignidad Humana ante la CIDH, *supra* nota 131, folio 294.

¹⁵³ *Cfr.* comparecencia de Rocío Itxel Núñez Acevedo, *supra* nota 116, folios 2625 y 2626.

¹⁵⁴ *Cfr.* comparecencia de Mayela Banda González, *supra* nota 120.

¹⁵⁵ *Cfr.* comparecencia de Juana González Flores, *supra* nota 138; comparecencia de Ana Isabel Suárez Valenciana ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición de Personas y Ho-

declaraciones de cinco amigos¹⁵⁶, un compañero de trabajo en la maquiladora¹⁵⁷, su ex pareja sentimental¹⁵⁸ y dos jefes de seguridad de la empresa¹⁵⁹. De estos testimonios se desprenden ciertos posibles indicios que pudieran haber ayudado en la búsqueda de la joven Gon-

micidio de Mujeres efectuada el 16 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11106 a 11108); comparecencia de Aide Navarrete García ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición de Personas y Homicidio de Mujeres efectuada el 16 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11109 a 11111); comparecencia de Armando Velazco Fernández ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición de Personas y Homicidio de Mujeres efectuada el 19 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11112 y 11113), y comparecencia de Verónica Hernández Estrada ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Desaparición de Personas y Homicidio de Mujeres efectuada el 19 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11114 a 11115).

¹⁵⁶ Cfr. comparecencia de Efrén Pérez Maese ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres y Personas Desaparecidas efectuada el 24 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folio 11116).

¹⁵⁷ Cfr. comparecencia de Víctor Hugo Hernández Bonilla ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres y Personas Desaparecidas efectuada el 25 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11119 a 11120).

¹⁵⁸ Cfr. comparecencia de Juan Antonio Martínez Jacobo ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres y Personas Desaparecidas efectuada el 24 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folios 11117 a 11118) y comparecencia de Jesús Moisés Cuelar Juárez ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres y Personas Desaparecidas efectuada el 25 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXII, anexo 50, legajo II, tomo I, folio 11121).

¹⁵⁹ Cfr. comparecencia de Mayela Banda González, *supra* nota 120; comparecencia de Juana González Flores, *supra* nota 138; comparecencia de Ana Isabel Suárez Valenciana, *supra* nota 156, folios 11106 y 11107; comparecencia de Aide Navarrete García, *supra* nota 156, folio 11110, y comparecencia de Armando Velazco Fernández, *supra* nota 156, folio 11113.

zález, como por ejemplo, información sobre un muchacho con quien ella salía¹⁶⁰, sobre una pareja que al parecer la observaba mucho cada vez que pasaba¹⁶¹ y un muchacho de la maquila que la molestaba¹⁶².

190. Por otra parte, la Comisión alegó que se había comunicado a las autoridades que dos semanas antes de su desaparición la joven González había sido hostigada por dos policías. Si bien es cierto que la prueba presentada por la Comisión corresponde a una nota de prensa emitida en 2005 -donde la madre de la joven González no precisa el momento en que informó de dichos hechos a las autoridades- y que las demás declaraciones al respecto fueron efectuadas en 2007 y 2009¹⁶³, el Estado no controvertió ni los hechos ni la fecha en la que se alega fueron informadas las autoridades. Además, no presentó la totalidad del expediente penal. Por esta razón, el Tribunal da por establecido que se comunicó dicha información a las autoridades antes del 6 de noviembre de 2001, es decir, antes del hallazgo de su cuerpo¹⁶⁴. No se desprende del expediente que los investigadores hayan adelantado línea de investigación en torno a dicha información, con el propósito de encontrar a la joven González con vida.

191. Una declarante señaló que un muchacho le dijo a ella y a la hermana de la joven González que “él se había dado cuenta,

¹⁶⁰ Cfr. comparecencia de Juana González Flores, *supra* nota 138, folio 11105.

¹⁶¹ Cfr. comparecencia de Ana Isabel Suárez Valenciana, *supra* nota 156, folio 11107.

¹⁶² Cfr. nota de prensa titulada “*Impunes crímenes de las ocho mujeres*”, publicada en el diario “Norte” el 6 de noviembre de 2005 (expediente de anexos a la demanda, tomo VIII, anexo 7, folio 2329); parte informativo, *supra* nota 118; testimonio rendido por Irma Josefina González ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Mixta para la Investigación de Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez efectuado el 12 de febrero de 2009 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folios 17193 y 17194), y testimonio rendido por Ana Isabel Suárez Valenciana ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía para la Atención de Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez efectuado el 25 de febrero de 2009 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folio 17197).

¹⁶³ En similar sentido ver ECHR. *Case of Pukhigova v. Russia*, Judgment of 2 July 2009, paras. 75 and 84.

¹⁶⁴ Testimonio rendido por Ana Isabel Suárez Valenciana, *supra* nota 156.

no dijo cómo, que Claudia Ivette estaba desaparecida”¹⁶⁵. Tampoco consta que el Estado haya señalado alguna investigación respecto a este indicio.

192. Según la Comisión, entre el reporte de la desaparición de la joven González y el hallazgo de sus restos el único contacto de las autoridades con la familia de ésta fueron dos llamadas efectuadas por la Fiscalía Especial, en las que se indagó si tenían novedades. El Estado no controvertió lo anterior ni presentó prueba en contrario.

193. En el caso de la joven Herrera, según el Estado, la madre informó ante un agente de la policía que su hija conocía a un joven que trabajaba en una imprenta y que “le insistía en que fuera a comer con él” y que dicho joven no había ido a trabajar el día en que desapareció la víctima. Las autoridades posteriormente recibieron la declaración de este joven, quien reconoció haber saludado a la joven Herrera, pero negó haberla invitado a comer¹⁶⁶. No consta en el expediente que el Estado haya adelantado alguna otra gestión encaminada a encontrar con vida a la joven Herrera.

194. A pesar de que el Estado alegó haber empezado la búsqueda de las víctimas de inmediato, según lo que consta en el expediente, lo único que se hizo antes del hallazgo de los restos fue elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. No consta en el expediente que las autoridades hayan hecho circular los carteles de búsqueda ni que efectuaran una indagación más profunda sobre hechos razonablemente relevantes que se derivaban de las más de 20 declaraciones tomadas¹⁶⁷.

¹⁶⁵ *Cfr.* comparecencia de Eduardo Chávez Marín ante un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial en la Investigación de Homicidios de Mujeres y de Desaparición de Personas efectuada el 2 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folios 10315 a 10316).

¹⁶⁶ No obstante, la Corte observa que existe una declaración de un agente policial señalando diversas declaraciones tomadas, incluyendo algunas tomadas en la maquila donde trabajaba la joven González y la escuela donde estudiaba la joven Ramos (*Cfr.* testimonio de José Miramontes Caro efectuado el 14 de abril de 2009 ante un Agente del Ministerio Público, expediente de anexos a los alegatos finales escritos del estado, tomo XLVIII, anexo 4, folios 17221 y 17222).

¹⁶⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, *supra* nota 11, folio 2018.

195. Además, la Corte considera que es posible enmarcar estos hechos dentro de un contexto general documentado en el expediente. En efecto, en enero de 2006 la Relatora de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer indicó que “al parecer, la policía municipal de Ciudad Juárez no emprende acciones de búsqueda ni adopta ninguna otra medida preventiva por sistema en el momento de recibir una denuncia de desaparición de una mujer. Inexplicablemente, la policía suele esperar a que se confirme la comisión de un delito”¹⁶⁸.

2.4. Alegados estereotipos proyectados por los funcionarios hacia los familiares de las víctimas

196. La Comisión alegó que “cuando se denunció cada desaparición, los familiares recibieron comentarios por parte de agentes estatales sobre la conducta de sus hijas que consideran influenciaron la inacción estatal posterior”.

197. Los representantes señalaron que “las autoridades minimizaban los hechos o desacreditaban” las denuncias de los familiares de las víctimas “bajo el pretexto de que eran muchachitas que ‘andaban con el novio’ o ‘andaban de voladas”.

198. La madre de la joven Herrera declaró que, al interponer la denuncia, las autoridades le dijeron que su hija “no está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga”¹⁶⁹, “que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”¹⁷⁰.

199. La madre de la joven González indicó que cuando acudieron a presentar el reporte de desaparición, un funcionario habría

¹⁶⁸ Cfr. declaración rendida por la señora Monreal, *supra* nota 183. Ver también la manifestación de Irma Monreal Jaime en la petición presentada ante la Comisión Interamericana el 6 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la demanda tomo XXVII, anexo 42, folio 9802). En el mismo sentido, el hermano de la víctima declaró que las autoridades decían no poder hacer nada “porque seguramente se había ido con el novio” (Cfr. declaración de la perito Azaola Garrido, *supra* nota 133, folio 3369).

¹⁶⁹ Cfr. declaración de la señora Monreal Jaime, *supra* nota 183.

¹⁷⁰ Cfr. comunicación presentada por Josefina González ante la Comisión Interamericana en septiembre de 2006 (escrito de anexos a la demanda, tomo II, apéndice 5 volumen I, folio 141).

dicho a una amiga de su hija que “seguro se había ido con el novio, porque las muchachas eran muy ‘voladas’ y se les aventaban a los hombres”¹⁷¹. La madre también señaló que cuando fueron a poner la denuncia le dijeron que “a lo mejor se fue con el novio, que a lo mejor al rato regresaba”¹⁷².

200. Por su parte, la madre de la joven Ramos indicó que los agentes policiales le dijeron que ella tenía que buscar a su hija porque “todas las niñas que se pierden, todas [...] se van con el novio o quieren vivir su vida solas”¹⁷³. Agregó que en una ocasión solicitó a los agentes policiales para que la acompañaran a un salón de baile a buscar a su hija y que ellos le habrían dicho “no señora, es muy tarde, nosotros ya tenemos que ir a descansar y usted espere el momento en que le toque para buscar a Laura”, y palmeando su espalda habrían manifestado: “vaya usted para que se relaje, tómese unas heladas a nuestra salud, porque nosotros no podemos acompañarla”¹⁷⁴.

201. El Estado no controvertió estas declaraciones de las madres de las víctimas.

202. De otra parte, el testimonio de la señora Delgadillo Pérez, respecto al desempeño de las autoridades en el presente caso, indica que “se determinaba la responsabilidad o no de la víctima, de acuerdo al rol social que a juicio del investigador tenía en la sociedad. Esto quiere decir que si la mujer asesinada le gustaba divertirse, salir a bailar, tenía amigos y una vida social, es considerada en parte, como responsable por lo que sucedió”¹⁷⁵. Según la testigo “en ese entonces la autoridad estigmatizaba a las víctimas de desaparición por el hecho de ser mujeres”, siendo el pretexto que “andaban

¹⁷¹ Cfr. declaración de la señora González, *supra* nota 183.

¹⁷² Cfr. declaración de la señora Monárrez, *supra* nota 183.

¹⁷³ Cfr. declaración de la señora Monárrez, *supra* nota 183 y tarjeta informativa emitida por el Comandante de la Agencia Federal de Investigación informando de la entrevista sostenida con la señora Benita Monárrez Salgado el 15 de octubre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXXVII, anexo 50, legajo III tomo II, folio 13579).

¹⁷⁴ Cfr. declaración de la testigo Delgadillo Pérez, *supra* nota 134, folio 3481.

¹⁷⁵ Cfr. declaración de la testigo Delgadillo Pérez, *supra* nota 134, folios 3494 y 3495.

con el novio” o “andaban de locas”, “se llegó también a culpar a las madres por permitir que sus hijas anduvieran solas o que salieran por la noche”¹⁷⁶.

203. La Corte resalta que el testimonio de la señora Delgadillo Pérez, así como las declaraciones de las madres y familiares de las víctimas, concuerdan con el contexto descrito por diversas instancias nacionales e internacionales, en el cual funcionarios y autoridades “minimizaban el problema” y denotaban “ausencia de interés y vocación por atender y remediar una problemática social grave” (*supra* párr. 154).

204. Los representantes relacionan los comentarios efectuados por los funcionarios que atendieron los casos con una política que, al momento de los hechos, distinguiría entre “desapariciones de alto riesgo” y otras que no lo eran.

205. Amnistía Internacional señaló que “en el año 2001 la PGJECH había puesto en práctica el criterio de ‘desapariciones de alto riesgo’, basado únicamente en el comportamiento de la víctima. Si la mujer desaparecida era una persona con una rutina estable, ésta podría ser candidata para este tipo de búsqueda. Este criterio resultó altamente discriminatorio y poco funcional ya que para el año 2003, solo existía un caso de desaparición considerado como de alto riesgo”¹⁷⁷.

206. En similar sentido la CNDH en el 2003 indicó que “la Procuraduría del estado adoptó hace tres años el criterio de desapariciones de ‘alto riesgo’, basado en que la joven antes de desaparecer tenía una rutina estable o no había manifestado su voluntad de abandonar a su familia”¹⁷⁸. Asimismo, el CEDAW en el 2003 criticó la clasificación entre las consideradas de “alto riesgo” y las que no lo son.

¹⁷⁶ Según un informe de Amnistía Internacional, para marzo de 2003, del total de 69 desapariciones vigentes sólo un caso en Ciudad Juárez era considerado para las autoridades como de “alto riesgo”. Se trataba de una joven de 18 años desaparecida desde el 10 de mayo de 2002 (*Cfr.* Amnistía Internacional, *Muertes Intolerables*, *supra* nota 11, folio 2274). Cabe notar que según la CNDH, de un oficio de 18 de junio de 2003 se desprendía “que los casos de cinco personas se tiene considerados como de ‘alto riesgo’” (CNDH, Informe especial, *supra* nota 13, folio 2204).

¹⁷⁷ CNDH, Informe especial, *supra* nota 13, folio 2174.

¹⁷⁸ *Cfr.* Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 11, folio 1950.

207. De otra parte, la Corte constata que el formato en el que los familiares denunciaban la desaparición requería información sobre las “preferencias sexuales” de las víctimas¹⁷⁹.

208. El Tribunal considera que en el presente caso, los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos. De otra parte, tanto las actitudes como las declaraciones de los funcionarios demuestran que existía, por lo menos, indiferencia hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias.

2.5. Hallazgo de los cuerpos

209. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de tres mujeres en un campo algodonero¹⁸⁰. Estas tres mujeres fueron posteriormente identificadas como las jóvenes Ramos, González y Herrera. El 7 de noviembre de 2001, en un lugar cercano dentro del mismo campo algodonero, fueron encontrados los cuerpos de otras cinco mujeres¹⁸¹, quienes no son consideradas presuntas víctimas en el presente caso, por los motivos expuestos en la Resolución del Tribunal de 19 de enero de 2009¹⁸².

¹⁷⁹ Registro de Personas Desaparecidas No. 225/2001, *supra* nota 117, folio 2609; Registro de Personas Desaparecidas No. 234/2001, *supra* nota 119, folio 2603, y Registro de Persona Desaparecida No. 241/2001, *supra* nota 175, folio 2613.

¹⁸⁰ *Cfr.* actas de levantamiento de cadáver de los cuerpos no identificados No. 188/2001, 189/2001 y 190/2001 emitidas por el Departamento de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua el 6 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo IX, anexo 35, 36 y 37, folios 2672 a 2675, 2677 a 2679 y 2681 a 2683).

¹⁸¹ *Cfr.* fe prejudicial de evidencia emitida por un agente del Ministerio Público adscrito a la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres en el Expediente de Averiguación Previa 27913/01/1501 el 8 de noviembre de 2001 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo XIV, anexo 3, folios 4778 a 4783).

¹⁸² En dicha Resolución la Corte señaló, *inter alia*:

40. Que [...] la Comisión emitió los informes de admisibilidad sólo respecto de [...] tres víctimas y sus familiares. [...]

41. Que con posterioridad a la adopción de los informes de admisibilidad, en la etapa de fondo, los representantes hicieron solicitudes a la Comisión para que ésta se pronunciara sobre posibles violaciones a los derechos de las otras presuntas víctimas halladas en el campo algodonero. En particular, solicitaron a la Comisión que tramitara *motu proprio* dichos casos y los acumulara a los casos

210. La Comisión y los representantes manifestaron que los cuerpos de las jóvenes Herrera, González y Ramos fueron objeto de un particular ensañamiento por parte de los perpetradores de los homicidios. Los representantes añadieron que “la forma en que fueron encontrados los cuerpos de las tres víctimas sugiere que fueron violadas y abusadas con extrema crueldad”.

211. El Estado alegó que el certificado de autopsia concluyó que “los fenómenos cadavéricos iniciales ya no eran apreciables en los cuerpos por el transcurso del tiempo y por la acción ambiental sobre los mismos (contractura muscular post-mortem y livideces cadavéricas), lo que implicaba que el grado de descomposición era tan elevado que inhibía científicamente un análisis pormenorizado y, por lo tanto, el establecimiento de la causa de muerte”. México enfatizó que el “estado de descomposición de los cuerpos (cuestión de orden natural que no le es atribuible)” impidió “determinar la causa de la muerte”. Asimismo, señaló que la “primera acción de la Procuraduría General de Justicia fue determinar la naturaleza de las muertes, tomando en consideración las condiciones en que fueron encontrados los cuerpos”.

212. De la prueba aportada se desprende que el 6 de noviembre de 2001, día en que fueron encontrados los cadáveres de las tres presuntas víctimas, se dictó acta de levantamiento de los cuerpos¹⁸³

que ya se encontraban en desarrollo, o que, supletoriamente, se considerara a la ANAD como peticionaria por las nuevas presuntas víctimas. [...]

44. Que [...] la Comisión no se pronunció en ningún momento sobre las solicitudes de los peticionarios [...]. La Corte observa que los representantes únicamente conocieron la posición de la Comisión tres años después, cuando la Corte requirió a ésta información sobre el punto. [...]

46. Que teniendo en cuenta que respecto de las nuevas presuntas víctimas alegadas por los representantes no se cumplieron con todas las etapas procesales necesarias que permitieran a la Comisión integrarlas a su Informe de fondo, la Corte debe rechazar la solicitud de incluir a María de los Ángeles Acosta Ramírez, Guadalupe Luna de la Rosa, Mayra Juliana Reyes Solís, Verónica Martínez Hernández, Bárbara Aracely Martínez Ramos, María Rocina Galicia Meraz, Merlín Elizabeth Rodríguez Sáenz y a la mujer que permanece como femenina no identificada 195/01, así como a los señores Víctor Javier García Ramírez, Gustavo González Meza y Edgar Álvarez Cruz como presuntas víctimas en el presente caso. [...]

¹⁸³ Cfr. actas de levantamiento de cadáver, *supra* nota 181, folios 2672 a 2683.

y fe ministerial de lugar y de cadáveres¹⁸⁴, y además se les practicó las correspondientes autopsias, cuyos certificados se expidieron el 9 de noviembre de ese mismo año¹⁸⁵. De estos documentos consta la siguiente información:

- a. respecto de Esmeralda Herrera Monreal, vestía blusa desgarrada¹⁸⁶ en el lado superior derecho y *brassier*, ambas prendas levantadas por encima de la región pectoral, así como calcetines blancos desgarrados. El estado de conservación del cuerpo era incompleto, encontrándose en una posición decúbito dorsal, con su extremidad cefálica en dirección al oriente, sus extremidades inferiores en dirección opuesta y flexionadas, mientras que sus extremidades superiores se encontraban unidas entre sí en la región lumbar, con un cordón negro el cual daba dos vueltas en cada muñeca, con dos nudos en la muñeca derecha y tres en la mano izquierda. El cordón rodeaba el cuerpo en su totalidad por la región abdominal. Al retirarse el cordón se apreciaron marcas equimóticas alrededor de las muñecas. La piel presentaba coloración de violácea a negruzca. El cráneo y el cuello se presentaron descarnados, así como la región clavicular derecha, hombro derecho, tercio superior de brazo derecho y la región pectoral derecha. El cráneo presentaba algunos cabellos adheridos. Ausencia de región mamaria derecha. Ausencia parcial de partes del pezón de la región mamaria izquierda. Ambas manos presentaban desprendimiento de la piel a este nivel en forma de guante. El cadáver presentaba fauna cadavérica. Bajo el cráneo, sobre el piso de tierra, se encontró una mancha rojiza. Se estableció causa de la muerte indeterminada y el tiempo de la muerte de 8 a 12 días;
- b. en cuanto a Claudia Ivette González, vestía blusa blanca de tirantes y *brassier* de color claro. Su estado de conservación era

¹⁸⁴ Cfr. fe ministerial de lugar y de cadáveres emitida por un agente del Ministerio Público de Chihuahua y dos testigos de asistencia el 6 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo IX, anexo 33, folios 2661 a 2667).

¹⁸⁵ Cfr. certificados de autopsia de los cuerpos no identificados 188/2001, 189/2001 y 190/2001 emitidos por un Médico Legista de la Oficina Técnica de Servicios Periciales de la Procuraduría de Chihuahua, el 9 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la demanda, tomo IX, anexos 40, 41 y 42, folios 2696, 2697, 2699, 2700, 2702 y 2703).

¹⁸⁶ La fe ministerial de lugar y de cadáveres señala lo siguiente: “blusa a rayas de colores blanco, rosa y rojo la cual se encuentra desgarrada de su parte superior derecha” (Cfr. fe ministerial de lugar y de cadáveres, *supra* nota 185, folio 2662). Por su parte, el certificado de autopsia se refiere a “blusa roja con blanco y anarajanda desgarrada que le falta parte del lado derecho” (Cfr. certificado de autopsia del cuerpo no identificado 188/2001, *supra* nota 186, folio 2696).

incompleto. Se encontraba en una posición decúbito lateral derecho, con la extremidad cefálica apuntando hacia el oriente, de las extremidades superiores la derecha por debajo del tórax y la izquierda semi flexionada y separada del cuerpo. La extremidad inferior derecha extendida y hacia el lado opuesto de la extremidad cefálica y la izquierda flexionada a la altura del pliegue de la rodilla. Presencia de vegetación propia del lugar. Cráneo descarnado con escasa presencia de cuero cabelludo. Ausencia de tejido en cuello y tórax. Se establece causa de la muerte indeterminada y el tiempo de la muerte de 4 a 5 semanas, y

- c. en relación con el cuerpo de Laura Berenice Ramos Monárrez, vestía blusa blanca de tirantes de cuello en V y *brassier* color negro colocados ambos por encima de la región mamaria y se observaba en el pezón derecho herida plana de 5 mm que cercenó la punta del mismo. El estado de conservación del cuerpo era incompleto. Se encontraba en posición decúbito dorsal con la extremidad cefálica apuntando hacia el sur, las extremidades inferiores en dirección contraria y las superiores extendidas por encima de la extremidad cefálica. Presentaba acartonamiento en la piel. El cráneo descarnado en su parte posterior. Cabello escaso con cortes irregulares. Se encontraba cubierto de vegetación propia del lugar. Se establece causa de la muerte indeterminada y el tiempo de la muerte de 4 a 6 semanas¹⁸⁷.

213. El 2 de febrero de 2002 los peritos de campo que realizaron el levantamiento de los cadáveres en noviembre de 2001 emitieron un dictamen criminalístico¹⁸⁸ en el que indicaron, *inter alia*, que “es posible establecer que las agresiones fueron perpetradas en el lugar del levantamiento”. Agregaron que pese a que no fue posible mediante autopsia de ley determinar que hubo violación sexual, “debido a las condiciones de semi desnudez en las que se [...] encontraron, es posible establecer con alto grado de probabilidad que se trata de [...] crímenes de índole sexual”.

¹⁸⁷ Se hace notar que en el acta de levantamiento del cadáver se establece tiempo de muerte de 3 a 4 semanas (*Cfr.* acta de levantamiento de cadáver del cuerpo no identificado No. 190/2001, *supra* nota 181, folio 2681). Por su parte, en el certificado de autopsia se determina un tiempo de muerte de 4 a 6 semanas. (*Cfr.* certificado de autopsia del cuerpo no identificado 190/2001, *supra* nota 186, folio 2703).

¹⁸⁸ *Cfr.* dictamen de criminalística emitido por peritos oficiales de la Procuraduría General del estado de Chihuahua en las áreas de criminalística de campo, fotografía forense y excavación forense el 2 de febrero de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo IX, anexo 62, folios 2914 a 2920).

214. Específicamente, respecto de la joven Herrera, concluyeron que “por el grado de dificultad que se apreciaba en el amarre que presentaba [...] de la cintura a sus extremidades superiores, era posible establecer que [...] llegó maniatada al lugar de los hechos”; que en relación a la ausencia de tejido blando desde el tórax hasta la extremidad cefálica era “posible establecer que [...] presentaba alguna lesión en dichas regiones, que le causaron la muerte”, y que era “factible suponer que la causa del deceso fuera por estrangulamiento”.

215. En cuanto a la joven Ramos, los peritos concluyeron que en base a los hematomas que se apreciaron en diferentes tejidos óseos era “posible establecer que [...] fue severamente golpeada antes de su deceso”.

216. En relación con dictámenes criminalísticos realizados por peritos de campo, el 9 de julio de 2003 el Director de Medicina Forense hizo de conocimiento del Juzgado Séptimo Penal que “un perito en criminalística de campo no se encuentra capacitado para determinar cuestiones estrictamente médicas, como lo es determinar la causa de la muerte de cada uno de los cadáveres que se mencionan en las diferentes fojas del expediente [...], así como tampoco es posible que [...] determine la data estimada del fallecimiento de cada uno, esto corresponde al área de medicina legal”¹⁸⁹.

217. En la resolución de la Sala Cuarta del Tribunal de Chihuahua emitida el 14 de julio de 2005 se estableció, en referencia al dictamen criminalístico (*supra* párr. 213), que los “peritos hablan de probabilidad y éstas no son más que suposiciones, conjeturas, las que por su carácter de índole subjetivo [...] no son, en este caso, medios adecuados para llegar a la verdad histórica y legal de los verdaderos acontecimientos”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ *Cfr.* manifestación efectuada por el Director de la Dirección de Servicios Periciales y Medicina Forense de la Procuraduría General de Justicia y consignada en un acuerdo firmado por el Juez Séptimo Penal del Distrito Judicial Morelos el 9 de julio de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo IX, anexo 74, folios 2982 a 2983).

¹⁹⁰ *Cfr.* sentencia de 14 de julio de 2005 emitida por la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua (expediente de anexos a la demanda, tomo X, anexo 83, folios 3422 a 3500).

218. El 18 de noviembre de 2005 el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) realizó una segunda autopsia de los restos de la joven Herrera¹⁹¹. Dicho equipo estableció que la autopsia realizada el 6 de noviembre de 2001 (*supra* párr. 212) no tuvo en cuenta los principios generales en los que debe basarse una correcta necropsia médico legal, por lo que “al carecer de estas normas no se arriba a los objetivos de una autopsia médico legal [...]. Inclusive en algún punto de su redacción lleva a [...] confusión y carece de la profundidad necesaria para realizar un diagnóstico diferido al no ser completa la necropsia y carecer de estudios complementarios”. El EAAF concluyó que “de la lectura de la autopsia no se pueden sacar conclusiones válidas, dada la pobre descripción de los exámenes interno y externo, los cuales, hubiesen permitido establecer una hipótesis fundada de la causa de la muerte”. Respecto de la joven Ramos, la familia sólo contaba con una clavícula, ya que habían incinerado los demás restos, por lo que la entregaron al EAAF para que confirmaran su identidad¹⁹². Los restos de la joven González no fueron incluidos en los casos a reexaminar por el EAAF ante la negativa de los familiares¹⁹³.

219. A pesar de las deficiencias en las primeras etapas de las investigaciones, especialmente en el procedimiento para la realización de las autopsias -a las que el Tribunal se referirá en detalle más adelante- es posible concluir que Esmeralda Herrera Monreal, al estar maniatada en la espalda, desnuda en la parte inferior del cuerpo, con la camiseta y *brassier* por encima de la zona pectoral, sin región mamaria derecha y con daños en partes del pezón izquierdo (*supra* párr. 212), sufrió un ensañamiento tal que le debió causar severos sufrimientos físicos y psíquicos en forma previa a su muerte.

¹⁹¹ *Cfr.* reautopsia de Esmeralda Herrera Monreal efectuada por Luis Alberto Bosio el 18 de noviembre de 2005 (expediente de fondo, tomo VII, folio 2481).

¹⁹² *Cfr.* comparecencia de Benita Monárrez Salgado ante un agente del Ministerio Público de Chihuahua el 24 de julio de 2006 (expediente de fondo, tomo VII, folio 2718).

¹⁹³ *Cfr.* dictamen en antropología y genética forense, emitido por el Equipo Argentino de Antropología Forense respecto a Esmeralda Herrera Monreal el 12 de junio de 2006 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo XXX, anexo 50, legajo I, tomo I, folio 10341).

220. En cuanto a Laura Berenice Ramos Monárrez y Claudia Ivette González, no es posible para este Tribunal, por las señaladas deficiencias en las primeras etapas de las investigaciones, diferenciar científicamente cuáles signos fueron causados por agresión y cuáles por el paso del tiempo. Por ello, la Corte debe tener en consideración los diversos factores que se dieron respecto a la desaparición de las víctimas. En concreto, que el trato sufrido durante el tiempo que permanecieron secuestradas antes de su muerte con toda probabilidad les causó, al menos, un sufrimiento psicológico agudo, y que muy posiblemente los hechos acaecidos antes de su muerte, al igual que en el caso de la Esmeralda Herrera Monreal, tuvieron un móvil sexual, pues las jóvenes fueron encontradas semi desnudas en la parte inferior del cuerpo y Laura Berenice Ramos Monárrez con la blusa y el *brassier* levantadas por encima de los senos (*supra* párr. 212). Lo anterior se une al hecho de que en Ciudad Juárez, al momento de la desaparición de las víctimas, existían numerosos casos análogos al presente en los que las mujeres presentaban signos de -violencia sexual- (*supra* párrs. 116 y 117).

221. Las tres víctimas estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. Por las deficiencias en los certificados de autopsia, el Tribunal no puede determinar con certeza cuanto tiempo duró su secuestro.

3. La violencia contra la mujer en el presente caso

222. La Comisión y los representantes se refirieron a lo vivido por las jóvenes González, Ramos y Herrera como “violencia contra la mujer”. Los representantes alegaron que “los asesinatos del presente caso coinciden en su infinita crueldad, y son crímenes de odio contra estas niñas y mujeres juarenses, crímenes misóginos acunados en una enorme tolerancia -e impulso social y estatal- a la violencia genérica contra las mujeres”.

223. El Estado reconoció “la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez [...] como un problema que debe combatirse en forma integral”.

224. Antes de analizar la posible responsabilidad internacional del Estado en este caso, la Corte considera pertinente establecer si la violencia que sufrieron las tres víctimas constituye violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará.

225. En el caso *Penal Castro Castro vs. Perú*, la Corte se refirió a algunos alcances del artículo 5 de la Convención Americana en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, considerando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana¹⁹⁴.

226. La Convención Belém do Pará define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”¹⁹⁵.

227. Esta Corte ha establecido “que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará”¹⁹⁶.

228. En el presente caso, la Corte toma nota, en primer lugar, del reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (*supra* párr. 222), así como su señalamiento con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez “se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer” (*supra* párr. 129).

229. En segundo lugar, el Tribunal observa lo establecido *supra* (párr. 133) en cuanto a que los informes de la Relatoría de la CIDH, del CEDAW y de Amnistía Internacional, entre otros, señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género.

¹⁹⁴ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

¹⁹⁵ Artículo 1 de la Convención Belém do Pará.

¹⁹⁶ *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra* nota párr. 295.

230. En tercer lugar, las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez (*supra* párr. 123). Las mismas fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonnero. Se ha tenido como probado que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte.

231. Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. Corresponde ahora analizar si la violencia perpetrada contra las víctimas, que terminó con sus vidas, es atribuible al Estado.

4. Deber de respeto, garantía y no discriminación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana y acceso a la justicia conforme a los artículos 8 y 25 de la misma [...]

5. Derechos de las niñas, artículo 19 de la Convención Americana

403. La Comisión alegó que el Estado “tenía un deber reforzado de proteger los derechos humanos de Laura Berenice Ramos y Esmeralda Herrera Monreal, por dos factores, su minoría de edad y la obligación de adoptar medidas especiales de cuidado, prevención y garantía”. Sin embargo, según la Comisión, “las instancias estatales encargadas de hacer cumplir la ley no actuaron para prevenir que acontezcan hechos como los que aquí se analiza ni para individualizar y sancionar a los responsables” y “las agencias estatales encargadas específicamente de la protección a la infancia no intervinieron de modo alguno ni en la prevención de estos hechos ni en proponer alguna clase de solución para el caso”.

404. Para los representantes, las niñas Herrera y Ramos “fueron asesinadas ocho años después de que se tuviera registro de los primeros homicidios de niñas y mujeres en Ciudad Juárez. El Esta-

do tenía la obligación de adoptar medidas especiales de protección para garantizar su vida, libertad e integridad personales”. Manifestaron que el Estado “falló en adoptar medidas para prevenir la violencia comunitaria y para asegurar el pleno goce de los derechos fundamentales de la niñez”.

405. El Estado afirmó que “cumple con su obligación de protección a los niños con la adopción de medidas acordes con su situación especial de vulnerabilidad”. Además, sostuvo que no tendría responsabilidad internacional puesto que “no existió participación directa de agentes estatales en los homicidios [...], además de que no se demostró que la minoría de edad de las víctimas hubiera sido un factor relevante”, y por ha implementado “medidas especiales para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”.

406. Como ya se ha establecido con anterioridad, en la época de los hechos, las autoridades públicas tenían conocimiento de un contexto de desapariciones, violencia y homicidios contra mujeres jóvenes y niñas (*supra* párr. 129).

407. El experto independiente de las Naciones Unidas para el estudio de la violencia contra los niños ha afirmado que “la violencia contra los niños se presenta bajo diversas formas y depende de una amplia gama de factores, desde las características personales de la víctima y el agresor hasta sus entornos culturales y físicos”. El grado de desarrollo económico, el nivel social, la edad, el sexo y el género son algunos de los muchos factores relacionados con el riesgo de la violencia letal. Asimismo, ha manifestado que “la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia”, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia¹⁹⁷.

408. Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición

¹⁹⁷ Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, Paulo Sérgio Pinheiro, presentado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrs. 25, 29 y 30.

exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona¹⁹⁸. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad¹⁹⁹. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable²⁰⁰.

409. En el presente caso, la Corte considera que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas. En concreto, el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas.

410. A pesar de la existencia de legislación para la protección de la niñez²⁰¹, así como de determinadas políticas es-

¹⁹⁸ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 164, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 133.

¹⁹⁹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 417, párrs. 56, 57 y 60 y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra* nota 199, párr. 134.

²⁰⁰ Cfr. CEDAW, Recomendación general 24: La mujer y la salud, 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 6 y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *supra* nota 199, párr. 134.

²⁰¹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 43, tomo XXVIII, folio 9816) y Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, artículos 2 a 5 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 103, tomo XLIII, folio 16049).

tatales²⁰², la Corte resalta que de la prueba aportada por el Estado no consta que, en el caso concreto, esas medidas se hayan traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita. En definitiva, el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas.

411. Consecuentemente, este Tribunal encuentra que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice

6. Derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas

412. Este Tribunal ha determinado que no subsiste controversia en torno a las alegadas violaciones al derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas, por las violaciones aceptadas por el Estado en la “primera etapa” de las investigaciones (supra párr. 20). Sin perjuicio de lo anterior, considera oportuno precisar la entidad y alcance de tales violaciones. Además, se determinará si hubo o no violación del artículo 5 de la Convención por hechos distintos a los reconocidos por el Estado. En este sentido, la Corte analizará la afectación a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas por los hechos acaecidos a éstas, las investigaciones llevadas a cabo para determinar lo ocurrido y el trato que las autoridades dieron a los familiares y a los restos de las víctimas. Posteriormente, se analiza-

²⁰² Como por ejemplo la creación del Consejo Nacional para la Infancia y la Adolescencia (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 104, tomo XLIII, folios 16065 a 16068); el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (expediente de fondo, tomo III, folio 1082); el Plan de Acción Nacional para Prevenir, Atender y Erradicar la Explotación Sexual Comercial Infantil (expediente de fondo, tomo III, folio 1082), y la Campaña de Prevención de la Violencia hacia la Niñez (expediente de fondo, tomo III, folio 1085).

rán las alegadas violaciones por actos de hostigamiento, amenazas e intimidaciones a los familiares de las víctimas.

6.1. Sufrimiento de los familiares por lo ocurrido con las víctimas y por la búsqueda de la verdad

413. La Comisión alegó que las madres de las víctimas fueron afectadas en su integridad psíquica y moral como consecuencia directa de la repentina desaparición de sus hijas, del desconocimiento de su paradero durante un periodo considerable de tiempo y de la falta de investigación de lo ocurrido, así como por el tratamiento que recibieron por parte de las autoridades, desde actitudes indiferentes hasta hostiles.

414. Los representantes alegaron que “la desaparición, la tortura, el asesinato, la destrucción de sus restos y la falta de respuestas apropiadas, oportunas y eficaces por parte de las autoridades para esclarecer las circunstancias de la muerte de las víctimas, han provocado en los familiares daños considerables a su salud física y mental, a su calidad y proyecto de vida, a su sensación de bienestar y han vulnerado de manera importante sus sentimientos de dignidad, de seguridad y de pertenencia a una comunidad donde los derechos de las víctimas son reconocidos y respetados, marcando un límite a sus expectativas de vida”.

La Corte ha declarado en otras oportunidades que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas²⁰⁵.

416. En el caso de la joven Ramos, su madre declaró ante este Tribunal que:

²⁰⁵ *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 160; Caso Escué Zapata Vs. Colombia, supra nota 309, párr. 77 y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, supra nota 30, párr 105. Si bien en la sentencia del caso Valle Jaramillo, la Corte estableció que con respecto a los familiares que no pertenecen al núcleo de “familiares directos” no hay presunción de sufrimiento si no que corresponde al Tribunal analizar en esos casos si existe, *inter alia*, vínculo afectivo, sufrimiento o si participaron en la búsqueda de la verdad, en el presente caso el Estado se allanó respecto al alegado sufrimiento de los familiares, por lo que la Corte no aplica en el presente caso tal análisis (*Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. supra nota párr 119*).*

tuvieron que pasar cinco meses para que me pudieran mostrar el cuerpo de mi hija, y no era cuerpo, eran huesos [...] y siempre me decían que tenía que llevar un médico o un dentista y los llevaba y nunca nos permitieron ver el cuerpo tampoco. [...]

Necesitaba saber si mi hija estaba viva o muerta y necesitaba reconocer ese cuerpo, por lo que le dije a la fiscal suplente que si yo reconocía el cuerpo me lo entregaba como regalo de cumpleaños, y me dijo que era muy cruel, pero que sí. El 20 de marzo logré entrar a reconocer los huesos, y me dijeron que podía hacer lo que quisiera con ellos²⁰⁴. [...]

Las investigaciones realizadas por la autoridades fueron nulas, aunque yo les llevaba líneas precisas de investigación, nunca me hicieron caso, trataban de darnos mínimas ayudas que no reestablecían el dolor que llevaba dentro, todo lo que tenía que luchar para seguir investigando [...].

No es sólo el daño de que mi hija se perdió, nos dañaron a toda la familia, mis hijos Claudia Ivonne y Jorge Daniel, ellos necesitan mucho apoyo psicológico porque les quitaron también una parte, [...] ya no estamos completos, [...] yo no necesito que me den una palmada de pobrecita, yo necesitaba que buscaran a mi hija, que me entregaran a mi hija, que me entregaran el reconocimiento de que era mi hija o no. Ahora les exijo [...] retribúyanme toda mi vida, porque mi vida ya no es la misma, eso es lo que yo les pido a estas personas que yo sé que tienen el poder para poder hacer que ellos paguen todo el daño, todo lo que nos han hecho²⁰⁵.

417. En el caso de la madre de la joven Herrera, en su declaración ante la Corte relató:

La actitud de las autoridades ha sido muy mala [...] nunca se han dignado ni siquiera en llamarnos, en [...] ocho años, para decirme cómo van las investigaciones [...] de todo me tengo que enterar por los medios de comunicación. [...]

²⁰⁴ Cfr. *declaración de la señora Monárrez en la audiencia pública*, supra nota 183. Ver también *declaración de la señora Benita Monárrez Salgado ante el agente del Ministerio Público de la Procuraduría General de Justicia del estado de Chihuahua el 24 de julio de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XXIX, anexo 46, folio 10046)*.

²⁰⁵ Cfr. *declaración de la señora Monárrez*, supra nota 183.

El proceso de identificación de mi hija se hace hasta los cuatro años que yo pido una exhumación y un ADN [...]. Ese proceso fue muy difícil para mí y para mi familia, porque volvimos a vivir un funeral, una exhumación, yo en varias ocasiones intenté quitarme la vida porque para mí la vida no tenía sentido, porque yo no veía justicia [...]. Mis hijos más pequeños intentaron quitarse la vida, estuvieron internados. Mi hija que era una niña de once años en ese entonces, [...] dibujaba pesquisas y las pegaba por toda la casa [...] porque las autoridades nunca me elaboraron una pesquisa. [...]

Yo me pasaba las noches imaginándome lo que a mi hija le hicieron, cómo me la violaban, cómo me la torturaban. Era una cosa horrible, que yo no podía dormir, por estar imaginando. De igual manera, por estar esperándola, yo tenía la esperanza y la ilusión de que mi hija iba a aparecer, que algún día que yo llegara de mi trabajo me iban a decir, así como me decían Esmeralda no aparece, [...] Esmeralda aquí está. Esmeralda ya apareció.

418. La madre de la joven González declaró ante la Corte que:

Yo me afecté mucho, yo me enfermé, mi hermana se puso mala también, y también tuve un hijo malo de cáncer, a él le afectó cuando encontramos el cadáver, a los dos meses [...] falleció [...] en nada me han ayudado las autoridades ni siquiera tienen avances [...]. No [...] nos han respetado [...] porque no han hallado a los culpables, y sigue habiendo muchas muchachitas desaparecidas [...]. No confío ya en ellos [...]. Tengo hijas y tengo miedo que me vuelva a pasar porque la autoridad no hace nada [...].

para que nos dieran información [...] íbamos a diario y [...] a veces [...] tenían la puerta cerrada y no nos atendían, [nada más que nuestra fuerza eran los periodistas. [...] Nos hicieron a mi hija y a mí la primera vez prueba de ADN y pasaron como tres meses y vinieron a hacer otra prueba de ADN. La mandaron otra vez de México y yo les dije: “pues si ya habían hecho una ¿dónde está?”. Respondieron “No señora pues que se perdió, que se echó a perder” [...].

Lo más difícil es la impotencia, el coraje por mis hijas que me quedan, eso es lo que ya no quiero que me pase²⁰⁶.

²⁰⁶ Cfr. declaración de la señora González, *supra* nota 183.

419. Del acervo probatorio se desprende que tras la desaparición de las tres víctimas, los familiares tuvieron que emprender diferentes actuaciones para buscar a las desaparecidas ante la inactividad de las autoridades, las cuales al mismo tiempo emitían juicios reprochables en contra de las jóvenes, causando con ello sufrimiento a los familiares. Así, los informes periciales indicaron que los juicios emitidos por las autoridades, en el sentido de que la culpabilidad de las desapariciones radicaba en la conducta de las jóvenes, “producen confusión y angustia en los familiares, especialmente en aquellos en los que les consta que la vida de sus hijas no concuerda con estas versiones”²⁰⁷. Asimismo, “las madres insisten en el agravio experimentado por la negligencia de las autoridades y la inhumanidad con que han sido tratadas, subrayando [...] el padecimiento agravado por ese maltrato, por desalentar la denuncia que tal vez hubiera permitido encontrarlas con vida y por la falta de información durante todo el proceso”²⁰⁸.

420. Por otra parte, los familiares sufrieron en su salud mental y emocional por la falta de diligencia en la determinación de la identidad de los restos encontrados y la falta de información sobre las actuaciones realizadas por parte de las autoridades. Así, “la no identificación de los cuerpos por el lapso de varios años ha impedido a las familias vivir los ritos que acompañan la muerte y el entierro de su ser querido, alterando bruscamente su proceso de duelo. No han podido sanar las heridas, obligadas a vivir con un dolor permanente que se reaviva cada vez que las noticias anuncian el hallazgo de nuevos cadáveres”²⁰⁹.

421. La falta de investigaciones tendientes a hallar la verdad, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables “agrava la experiencia de impotencia, desamparo e indefensión de estas familias”²¹⁰.

²⁰⁷ Cfr. declaración rendida mediante fedatario público por la perito Lira Kornfeld el 21 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo XI, folio 3340).

²⁰⁸ Cfr. declaración de la perito Lira Kornfeld, *supra* nota 426, folio 3340.

²⁰⁹ Cfr. Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 64, folio 2282 En igual sentido CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folio 1745.

²¹⁰ Cfr. declaración de la perito Lira Kornfeld, *supra* nota 426, folio 3339.

422. El Estado reconoció que “las irregularidades admitidas por la autoridad al inicio de las investigaciones de los tres homicidios [...], afectaron directamente a los familiares [...]. En tal virtud, el Estado reconoce y acepta que el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares se vio vulnerado”.

423. El Estado especificó el alcance de su allanamiento en los siguientes términos:

i) al momento en que los cuerpos fueron localizados, las autoridades no tomaron las precauciones suficientes para resguardar el lugar de los hechos y los demás elementos que se encontraron en el mismo, elementos que constituyen evidencias materiales de los homicidios. Esta negligencia obstaculizó e indujo a errores en las investigaciones iniciales de los homicidios, lo que provocó un sufrimiento adicional en los familiares de las víctimas;

ii) los errores y negligencias en la integración de los expedientes contribuyeron de igual forma al retraso en las investigaciones para encontrar a los responsables de los homicidios. Esta cuestión afectó a los familiares al no tener certeza sobre la seriedad, imparcialidad y exhaustividad de las investigaciones por los homicidios de las víctimas;

iii) el reinicio de las investigaciones de los homicidios se debió en parte a la necesidad de identificar a las víctimas, en virtud de que los familiares habían expresado duda razonable sobre los exámenes de identificación realizados, reconociendo “el sufrimiento de las madres [...] al tener que identificar los cuerpos de sus hijas, cuando estos se encontraban en un alto grado de descomposición que los hacía prácticamente irreconocibles”;

iv) el Estado es consciente del sufrimiento que causa a los familiares de las víctimas el hecho de que no se haya identificado hasta el momento a los responsables de los homicidios de las jóvenes González, Herrera y Ramos, y

v) que al inicio de las investigaciones los familiares no fueron informados puntualmente de las indagatorias y de las dili-

gencias que las autoridades llevaban a cabo para identificar y ubicar a los responsables. Reprobó las actitudes insensibles mostradas por los funcionarios de la Procuraduría General de Justicia del estado de Chihuahua con los familiares. Reprobó la insensibilidad de las autoridades al entregar los cuerpos de las jóvenes González, Herrera y Ramos a sus familiares y lamentó las declaraciones emitidas por funcionarios públicos en relación con los homicidios de las jóvenes González, Herrera y Ramos, que lastimaron la integridad psíquica y moral de sus familiares.

424. En virtud de lo expuesto, la Corte concluye que la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas se ha configurado por las circunstancias sufridas durante todo el proceso desde que las jóvenes Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González y Laura Berenice Ramos Monárrez desaparecieron, así como por el contexto general en el que ocurrieron los hechos. La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad ha provocado en ellos un gran sufrimiento y angustia. Todo ello, a criterio del Tribunal, configura un trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos, Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

6.2. Amenazas, intimidación y hostigamientos sufridos por los familiares

425. La Comisión alegó que “las madres de Claudia Ivette, Esmeralda y Laura Berenice [...] han sido víctimas de hostigamiento, malos tratos e intimidación por autoridades y agentes estatales de manera continua desde la denuncia de las desapariciones hasta la actualidad”. Para la Comisión, “la búsqueda de justicia en este caso conllevó a que las madres y algunos miembros de sus familias sean víctimas de hostigamientos y amenazas en diferentes momentos a partir de que ocurrieron las desapariciones de sus hijas, poniéndose en riesgo sus vidas e integridad”.

426. Los representantes afirmaron que “ante la demanda de justicia y de investigación por parte de las madres de Esmeralda, Laura, Claudia y sus familias, la respuesta del Estado mexicano fue la intimidación, hostigamiento, formas sistemáticas de disuasión, hasta la violencia en su contra: directa, hacia sus hijos o contra sus defensoras”.

427. El Estado destacó que “durante las investigaciones por la desaparición, la ubicación de los restos y las indagatorias para encontrar a los responsables de los homicidios de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, no se encuentran elementos que demuestren actos de desprecio público, persecución o discriminación en agravio de los familiares de estas tres mujeres”. El Estado aseguró que “no se encuentran elementos que permitan demostrar acusaciones falsas o amenazas cometidas por agentes del Estado en contra de los familiares de las tres víctimas. Por el contrario, el Estado ha informado a la Corte que los familiares de las jóvenes González, Herrera y Ramos cuentan con todos los recursos contemplados en la legislación nacional para denunciar posibles acusaciones o amenazas. No obstante, los familiares no han acudido a reportar estas actuaciones con lo que las autoridades no cuentan con elementos para investigar las mismas y sancionar a los responsables.

428. La señora Monárrez declaró ante el Tribunal lo siguiente:

por haber tomado el hueso de mi hija] empezaron seguimientos, carros, identificados tanto por mí como por mi hija Claudia Ivonne, que nos seguían a todas partes, vehículos oficiales de la PGR. [...]

yo tuve que salir de mi país porque en alguna ocasión trataron de arrollarnos a mis dos hijos menores y a mí, y tuve que pedir asilo en los Estados Unidos porque después de que no buscaron a mi hija yo formé una organización que se llamó Integración de Madres por Juárez [...]

estábamos siendo perseguidos, inclusive a mi hija Claudia Ivonne, ella se había quedado en México cuando yo me fui a pedir asilo. Tuvimos que llevar un proceso muy duro. Tuvimos que estar detenidos. Yo duré tres semanas con mi niño de cinco años, que ahorita él tiene un problema. Él no puede ver a las autoridades. Él no puede ver a un uniformado porque les tiene pánico. Mi hija Claudia se quedó en México porque no podían ayudarnos a todos a la vez. Se quedó con mis nietas. Trataron de sacarle a una de mis niñas de siete años de la escuela. A Claudia le pusieron una pistola en la cabeza y le dijeron que se callara, que [...] no siguiera diciendo nada porque si no se la iban a quebrar [...]

Las autoridades llevaron a cabo actos de hostigamiento porque a mí no me pudieron comprar nunca, aún con todas las cosas que me hacían para tener miedo, [...] por eso me fui. [...]

Tuve que pedir a mucha gente que me ayudara. Tuve que vender comida en la calle. Tuvimos que dormir en la calle. Tuvimos que estar en un lugar con los indigentes de la calle. Creo que mi familia no merecía esto. Creo que las autoridades son tan culpables de haberme hecho que yo tuviera que emigrar para proteger la vida de mis hijos y la mía propia [...]. Me fui el 4 de septiembre de 2006 y mi hija [...] el año pasado, que fue cuando ya no pudo soportar más. [...].

Las hostilidades se dieron desde un principio que mi hija desapareció, desde ahí yo me sentí atada de pies y manos²¹¹.

429. El 9 de julio de 2007 Claudia Ivonne Ramos Monárrez, hermana de la joven Ramos, declaró ante el Ministerio Público que:

el día dos de mayo de 2006 presenté una denuncia sobre unos vehículos y personas que anduvieron en mi casa preguntando donde vivía yo y con quien vivía y que hacía y anduvieron investigando mi

²¹¹ Cfr. declaración rendida por la señora Monárrez, *supra* nota 183.

vida [...]. la denuncia se hizo ante la Procuraduría y ella giró ordenes expresas a una funcionaria quien me tomó declaración y todo se hacía en secrecía [...] hasta la fecha no se ha investigado nada; además [...] hace dos meses [...] solicité por escrito una copia de la denuncia que [inter]puse y me di cuenta que no era una denuncia, sino que me tomaron mi declaración como testimonio y lo anexaron al expediente [...] de mi hermana Berenice Ramos [...] por lo que vuelvo a solicitar se investigue, por qué estuvieron los judiciales y carros oficiales enfrente de mi domicilio²¹².

430. La familia Ramos Monárrez solicitó asilo a las autoridades estadounidenses. El Juez que decidió sobre la solicitud de asilo político basó su decisión, *inter alia*, en la declaración de varios testigos, quienes mencionaron que:

Hay varios grupos que han hablando en contra el femicidio. Dichos grupos han realizado protestas y marchas. Uno de estos grupos fue 'Integración de Madres por Juárez', la cual fue fundada por la Sra. Monarrez Salgado. La declarante intenta asistir a una reunión de la organización. Antes de llegar, unos hombres armados asaltan a los asistentes, por lo que la reunión se cancela²¹³; [...]

Prevalece, claramente, un clima de miedo e intimidación en contra de la gente que habla en contra de los asesinatos y la falta de investigación relacionada con los homicidios de las jóvenes mujeres en Ciudad Juárez [...]. La Sra. Monarrez Salgada se convirtió en una de los familiares de las victimas de femicidio que más se hace oír a la hora de solicitar que la policía investigue estos crímenes [...]. Ha públicamente cuestionado la competencia de la policía, su nivel de compromiso para resolver crímenes y ha discutido abiertamente la

²¹² Cfr. declaración de Claudia Ivonne Ramos Monárrez ante el agente del Ministerio Público de la Procuraduría General de Justicia de Chihuahua el 9 de julio de 2007 (expediente de anexos a la demanda, tomo X, anexo 91, folio 3544). En relación con esta denuncia ver también la solicitud de copia de la denuncia por hostigamiento realizada el 25 de agosto de 2006, por Claudia Ivonne Ramos Monárrez ante la Fiscalía Especial de asesinatos contra mujeres el 1 de mayo de 2007 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XXXVI, folio 13128).

²¹³ Cfr. United States Department of Justice, Executive Office for Immigration Review, written decision of the Immigration Court, April 13, 2009 (expediente de fondo, tomo XIII, folio 4015).

posible participación directa de la policía en el encubrimiento de los femicidios. [...] Ha participado en varias entrevistas nacionales e internacionales a través de distintos radios, canales de televisión y periódicos. [...] Los funcionarios del gobierno y la gente directamente vinculada al él, están detrás de las amenazas y actos de intimidación, dado su interés en silenciar el apoyo a los homicidios y las críticas respecto del manejo de los casos de femicidio por parte del gobierno²¹⁴;

431. Por último, el mismo juez consideró los testimonios de la familia Ramos Monarrez, los cuales calificó como “consistentes y bien fundamentados por la prueba documentada”²¹⁵. En lo que respecta a las declaraciones de la señora Monarrez señaló que:

A través de los medios de comunicación, la Sra. Monárrez Salgado acusó públicamente a los funcionarios del gobierno de México, incluyendo el Gobernador y el Fiscal General del estado mexicano de Chihuahua, de ser cómplices de la muerte de su hija y la subsiguiente deficiente investigación. [...]

Después de identificar el cuerpo de su hija, la Sra. Monárrez Salgado empezó a recibir llamadas amenazantes. Las personas que la llamaron le dijeron que si continuaba hablando, la iban a matar o le iban a hacer desaparecer a sus hijos. Las llamadas telefónicas fueron continuas, sin embargo, se intensificaron después de que la Corte Interamericana admitió el caso de los Asesinatos del Campo Algodonero;

Un día mientras caminaba hacia un funeral, la Sra. Monárrez Salgado notó que la seguía una camioneta. La camioneta aceleró y se dirigió rápidamente hacia ella. Ella pudo quitarse del camino. La camioneta dio vuelta a la manzana e intentó atropellarla nuevamente. La Sra. Monárrez Salgado pudo evitar el segundo ataque, por lo que la camioneta se alejó. Luego se dirigió al funeral;

Al volver del funeral, se encontró con que alguien había entrado a su casa y había revisado sus expedientes relacionados con la muerte de su hija. Faltaban algunos documentos. Unas semanas después, alguien intentó entrar a su casa por segunda vez.

²¹⁴ Cfr. written decision of the Immigration Court, *supra* nota 432, folio 4023.

²¹⁵ Cfr. written decision of the Immigration Court, *supra* nota 432, folio 4025.

432. De igual manera la señora Claudia Ivonne Ramos Monárrez y el señor Jorge Daniel Ramos Monárrez, declararon ante el juez de inmigración determinados hechos de hostigamiento que les condujeron a sentirse amenazados y a ver peligrar su vida, por lo que solicitaron asilo a las autoridades estadounidenses, el cual les fue otorgado²¹⁶.

433. El Juez otorgó el asilo al constatar que “en el transcurso de ocho años, la familia Monárrez Salgado ha tenido que enfrentar actos de hostigamiento, amenazas y atentados en contra de sus vidas que llegaron al nivel de persecución. Cada miembro de la familia sufrió incidentes, llegando a ser una seria amenaza en contra de sus vidas y por lo tanto, ello constituiría acoso. Sin embargo, es claro que han sufrido acoso cuando se tiene en cuenta el efecto acumulativo de los años de intimidación, hostigamiento y ataques físicos”²¹⁷.

434. La prueba pericial aportada en el proceso ante la Corte ha determinado, en cuanto a los familiares de la joven Ramos, que sufren miedo sostenido por los peligros y las amenazas diversas que han padecido, reflejados en hechos que han puesto en peligro su seguridad y su integridad en espacio público, sin que las autoridades hayan dado atención expedita y adecuada a sus demandas. También han padecido sensaciones de soledad y aislamiento por la desconfianza creciente en las autoridades²¹⁸.

435. Del expediente del presente caso se desprenden ciertos datos en referencia a la existencia de un patrón de conductas estatales hacia familiares de mujeres víctimas de violencia en Ciudad Juárez que consistían en tratos despectivos e irrespetuosos y hasta agresivos cuando intentaban obtener información sobre las investigaciones²¹⁹, que además generaban en la mayoría de los casos desconfianza y temor, por lo que no denunciaban los hechos. En algunos casos los familiares manifestaron que se les

²¹⁶ *Cfr.* written decision of the Immigration Court, *supra* nota 432, folios 4018 a 4020.

²¹⁷ *Cfr.* written decision of the Immigration Court, *supra* nota 432, folios 4028 y 4029.

²¹⁸ *Cfr.* declaración del perito de la Peña Martínez, *supra* nota 133, folio 3352.

²¹⁹ *Cfr.* CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folios 1745 y 1770 y Naciones Unidas, Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 64, folio 1924.

dijo que dejaran de realizar averiguaciones o llevar a cabo otras actividades en procura de justicia²²⁰. Asimismo, se ha reportado que “el hostigamiento y las amenazas a las familiares de las víctimas, a sus representantes y a las organizaciones de la sociedad civil, se ha recrudecido en la misma medida en que la presión nacional e internacional se han acrecentado”, haciéndolos responsables por esa dimensión nacional e internacional que ha tomado la situación²²¹.

436. Con base en lo anterior, la Corte considera que del acervo probatorio se desprende que la señora Monárrez sufrió diversos actos de hostigamiento desde la desaparición de su hija hasta que abandonó su país para irse como asilada a Estados Unidos, circunstancias que también sufrieron sus tres hijos y nietos.

437. En lo que respecta a la familia Herrera, el 5 de abril de 2006, la señora Monreal Jaime declaró ante la Fiscalía que a su hijo Adrián Herrera Monreal, “lo interceptaron en su vehículo, llegaron dos patrullas de la Policía Municipal y dos camionetas de la Policía Judicial, lo bajaron, lo golpearon y se llevaron su vehículo. ocho meses después apareció el auto desmantelado en un terreno de la Policía Judicial”²²². Esta declaración es consistente con la vertida ante esta Corte en la audiencia pública²²³ y con la prueba pericial aportada²²⁴.

438. Por otro lado, no consta cuestionamiento específico por parte del Estado en contra de estos hechos alegados, ni el mismo ha aportado prueba que desvirtúe la existencia de éstos. Por ende, el Tribunal tiene por establecido la existencia de actos de hostigamiento contra el señor Adrián Herrera Monreal.

²²⁰ Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folios 1748 y 1769.

²²¹ Cfr. Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 64, folio 1946.

²²² declaración testimonial de Irma Monreal Jaime ante el agente del Ministerio Público, adscrito al grupo de la Fiscalía Mixta para la Investigación de Homicidios de Mujeres el 5 de abril de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, tomo XXX, anexo 50 legajo I tomo I, folio 10290).

²²³ Cfr. declaración rendida por la señora Monreal, *supra* nota 183.

²²⁴ Cfr. declaración de la perito Azaola Garrido, *supra* nota 133, folio 3366.

439. Por lo que respecta a la familia González, ni los representantes ni la Comisión precisan hechos concretos que reflejen los alegados hostigamientos y amenazas, ni construyeron una argumentación con fundamentos probatorios que le permita realizar a la Corte una conclusión sobre el alegato.

440. En virtud de lo expuesto, la Corte concluye que los actos de hostigamiento que sufrieron los familiares configura una violación al derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos y Atziri Geraldine Bermúdez Ramos. [...]

La violación sexual

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Fernández Ortega y otros vs. México
Sentencia de 30 de agosto de 2010
(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VIII. ARTÍCULOS 5 (DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL)¹ Y 11 (PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD)³, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS)⁴ DE LA CONVENCIÓN

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² El artículo 5 de la Convención Americana dispone, en lo pertinente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
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 El artículo 11 de la Convención establece, *inter alia*:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

⁴ El artículo 1.1 de la Convención establece: “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”.

AMERICANA Y 1, 2 Y 6 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA⁵, Y 7 DE LA CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ⁶.

77. Con el fin de analizar las alegadas violaciones a los derechos establecidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana y supuestos incumplimientos de obligaciones previstas en otros instrumentos interamericanos relacionadas con aquellas, la Corte establecerá: a) los hechos del presente caso relacionados con la supuesta violación sexual; b) los alegatos de las partes al respecto, y examinará: c) si del acervo probatorio puede derivarse la responsabilidad internacional del Estado; d) la eventual calificación jurídica de los hechos mencionados; e) las supuestas afectaciones a la integridad personal relacionadas con la búsqueda de justicia, y f) la alegada injerencia en el domicilio familiar.

⁵ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, *inter alia*:

Artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Artículo 6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

⁶ *Cfr. Diagnóstico 2003*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *supra* nota 28, folio 325; *Diagnóstico sobre violencia contra las mujeres en los municipios de la región La Montaña de Guerrero*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y otros (expediente de anexos recibidos durante la audiencia pública, tomo X, anexo 7, folio 13628), y declaración rendida ante fedatario por el perito Stavenhagen el 29 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo III, folio 1444).

A Hechos relativos a la alegada violación sexual de la señora Fernández Ortega

78. Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero⁷, dirigida a reprimir actividades ilegales como la delincuencia organizada. Se ha denunciado que en la represión de tales actividades se vulneran derechos fundamentales⁸. En el estado de Guerrero un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas, quienes conservan sus tradiciones e identidad cultural y residen en municipios de gran marginación y pobreza⁹. En general, la población indígena se encuentra en una situación de vulnerabilidad, reflejada en diferentes ámbitos, como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para

⁷ Cfr. *Diagnóstico 2003*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *supra* nota 28, folio 325; *Diagnóstico*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y otros, *supra* nota 52, folios 13635 y 13636; *Siempre cerca, siempre lejos: Las Fuerzas Armadas en México*, *supra* nota 28, folios 3783, 3784, 3786 a 3790), y declaración rendida ante fedatario por el perito Stavenhagen, *supra* nota 52, folio 1444.

⁸ Cfr. *Diagnóstico*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y otros, *supra* nota 52, folio 13615; Programa para el fortalecimiento institucional y social para el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres indígenas: Analfabetismo, Violencia contra las mujeres, Mortalidad Materna, Secretaría de la Mujer, Secretaría de Asuntos Indígenas, Secretaría de Educación, Secretaría de Salud y Procuraduría General de Justicia del estado de Guerrero, julio de 2008 (expediente de anexos recibidos durante la audiencia pública, tomo IX, anexo 4, folios 12993 y 12994); Modelo de Referencia de Casos de Violencia de Género para el Estado de Guerrero, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero, diciembre 2008 (expediente de anexos recibidos durante la audiencia pública, tomo X, anexo 6.5, folios 13412 y 13413); *Diagnóstico de los Derechos Humanos de las mujeres en Guerrero*, Información sociodemográfica del Municipio de Ayutla de los Libres, Secretaría de Asuntos Indígenas del estado de Guerrero, 2010 (expediente de anexos presentados durante la audiencia pública, tomo IX, anexo 3, folio 12871), y declaración rendida ante fedatario por el perito Stavenhagen, *supra* nota 52, folio 1444.

⁹ Cfr. *Modelo de Referencia 2008*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero, *supra* nota 54, folio 13412, y *Desarrollo de Redes de detección, apoyo y referencia de casos de violencia contra las mujeres indígenas de Guerrero*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y Red Nacional de Refugios, diciembre 2008 (expediente de anexos recibidos durante la audiencia pública, tomo X, anexo 6.4, folios 13242 a 13251).

acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso¹⁰. Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias¹¹, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras “prácticas dañinas tradicionales”¹².

79. Entre las formas de violencia que afectan a las mujeres en el estado de Guerrero se encuentra la “violencia institucional castrense”¹³. La presencia del ejército cumpliendo labores policiales en Guerrero ha sido un tema controvertido en relación con los derechos y libertades individuales y comunitarias, y ha colocado a la población en una situación de gran vulnerabilidad, afectando a las mujeres de una manera particular¹⁴. De acuerdo con la Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero “las mujeres indígenas siguen padeciendo las consecuencias de una estructura patriarcal ciega a la equidad de género, especialmente en instancias como fuerzas armadas o policiales, donde se les entrena para la defensa, el combate o el ataque a criminales, pero no se les sensibiliza en los derechos humanos de la comunidad y de las mujeres”¹⁵. En este contexto,

¹⁰ *Cfr. Diagnóstico 2003*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *supra* nota 28, folios 325 y 326, y declaración rendida ante fedatario público por el perito Stavenhagen, *supra* nota 52, folio 1445.

¹¹ *Cfr. Desarrollo de Redes 2008*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y Red Nacional de Refugios, *supra* nota 55, folio 13248, y declaración rendida ante fedatario público por el perito Stavenhagen, *supra* nota 52, folios 1445 a 1447.

¹² *Cfr. Diagnóstico*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y otros, *supra* nota 52, folios 13628, 13634 y 13625, y *Diagnóstico 2003*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *supra* nota 28, folio 325.

¹³ *Cfr. Diagnóstico*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y otros, *supra* nota 52, folio 13635.

¹⁴ *Desarrollo de Redes 2008*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y Red Nacional de Refugios, *supra* nota 55, folio 13247.

¹⁵ *Cfr. Diagnóstico*, Secretaría de la Mujer del estado de Guerrero y otros, *supra*

entre 1997 y 2004 se presentaron seis denuncias de violaciones sexuales a mujeres indígenas atribuidas a miembros del Ejército en el estado de Guerrero, las cuales fueron conocidas por la jurisdicción militar¹⁶ sin que conste que en alguno de esos casos se hubiera sancionado a los responsables.

80. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, residente en Barranca Teacoani, estado de Guerrero¹⁷. Al momento de los hechos tenía casi 25 años¹⁸, estaba casada con el señor Prisciliano Sierra¹⁹, con quien tenía cuatro hijos y un año y medio después nació una hija más²⁰. La señora Fernández Ortega se dedicaba a las tareas domésticas, al cuidado de los animales que criaban y a la siembra de diferentes cultivos en la parcela familiar²¹. La comunidad de Barranca Teacoani se encuentra en una zona montañosa, aislada y, por lo tanto, de difícil acceso²².

81. El 22 de marzo de 2002, alrededor de las tres de la tarde, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos, Noemí, Ana Luz, Colosio y Nérida, todos ellos de

nota 52, folios 13635 y 13636, y declaración rendida ante fedatario público por el perito Stavenhagen, *supra* nota 52, folio 1446.

¹⁶ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega el 19 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo III, folio 1483).

¹⁷ Cfr. Acta de nacimiento de la señora Fernández Ortega (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo I, anexo E, folio 3874).

¹⁸ Cfr. Acta de matrimonio del señor Prisciliano Sierra y de la señora Fernández Ortega de 29 de abril de 1995 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo I, anexo F, folio 3876).

¹⁹ Cfr. Actas de nacimiento de Noemí, Ana Luz, Colosio, Nérida, y Neftalí, todos ellos de apellidos Prisciliano Fernández. No obstante, en el acta de nacimiento de la niña Ana Luz se indica como segundo apellido "Ortega" (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo I, anexos G a K, folios 3878 a 3886).

²⁰ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folios 1483 y 1487, y declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra el 19 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo III, folios 1499 y 1500).

²¹ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortes el 25 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo III, folios 1531 y 1532) y alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, tomo V, folio 2474).

²² Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folios 1483 y 1484, y declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández el 22 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo III, folio 1493).

apellidos Prisciliano Fernández, cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, se acercaron a su casa. Tres de ellos ingresaron en el domicilio²³.

82. La señora Fernández Ortega declaró que los tres militares que ingresaron a su casa sin su consentimiento y le preguntaron, en varias ocasiones, a “donde había ido a robar carne su marido”, a lo que no les contestó por no hablar bien español y por miedo. Los militares le apuntaron con sus armas insistiendo con la misma pregunta y, seguidamente, uno de ellos la tomó de las manos y, apuntándole con el arma, le dijo que se tirara al suelo y así lo hizo. Una vez en el suelo, otro militar con una mano tomó las manos de la presunta víctima y con la otra le levantó la falda, le bajó la ropa interior y la violó sexualmente mientras los otros dos militares miraban. Posteriormente, esas tres personas salieron de la casa, junto con los que se habían quedado afuera se retiraron del lugar²⁴.

83. Mientras los militares se encontraban en el interior de la casa agrediendo a la señora Fernández Ortega, en los momentos inmediatamente previos a la violación sexual, sus cuatro hijos corrieron al domicilio de sus abuelos, quienes vivían cerca. Una vez que el grupo de militares se retiró de la propiedad, los niños regresaron con su abuelo paterno al domicilio familiar, donde se encontraron a su madre llorando²⁵. Más tarde, cuando su esposo regresó a la casa la presunta víctima le contó lo ocurrido²⁶.

²³ *Cfr.* Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1484; denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, el 24 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo II, folio 6836); escrito de ampliación de denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, de fecha 18 de abril de 2002, (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo II, folios 6869 y 6870).

²⁴ *Cfr.* Declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Sierra, *supra* nota 68, folio 1494; declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1484; denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, *supra* nota 69, folio 6836.

²⁵ *Cfr.* Declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folio 1500.

²⁶ *Cfr.* Declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra,

84. Al día siguiente, el señor Prisciliano Sierra se dirigió a la sede de la Organización del Pueblo Indígena Me'paa en Ayutla de los Libres con el fin de contar lo relatado por su esposa a la señora Eugenio Manuel y al señor Ramírez Rodríguez, miembros de dicha organización. La señora Eugenio Manuel llamó al señor Lugo Cortés, Visitador General de la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del estado de Guerrero (en adelante también “Comisión de Derechos Humanos de Guerrero” o “CODDEHUM”) para presentar una queja y este último acudió a la oficina de la OPIM. Posteriormente, los cuatro se dirigieron al domicilio de la señora Fernández Ortega y la llevaron a un doctor particular en Ayutla, puesto que “se sentía muy mal”²⁷. El médico solo le dio analgésicos dado que, “según refirió, no había más medicina”²⁸.

supra nota 66, folios 1500 y 1501; declaración rendida ante fedatario público por la señora Eugenio Manuel el 19 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo III, folio 1152); declaración rendida ante fedatario público por el señor Ramírez Rodríguez (expediente de fondo, tomo III, folios 1510 y 1511); declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folios 1530 a 1533, y declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folios 1484 y 1485, quien declaró que estando en su casa tras ocurridos los hechos “tenía mucho frío y dolor en su panza, también cuando iba al baño”.

²⁷ Declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1533, y declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1485.

²⁸ *Cfr.* Denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, *supra* nota 69, folio 6826; declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folios 1500 y 1501; declaración rendida ante fedatario público por la señora Eugenio Manuel, *supra* nota 72, folio 1152; declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1533, y declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1485. Asimismo, el 24 de marzo de 2002 la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del estado de Guerrero dio vista para inicio de averiguación previa al Ministerio Público del Fuero Común por delitos de violación, allanamiento de morada, abuso de autoridad y lo que resulte, en agravio de la señora Fernández Ortega, *cfr.* Oficio No. 847/2002 emitido por la CODDEHUM, dirigido al Agente del Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, de 24 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, apéndice 4, folio 1931).

85. El 24 de marzo de 2002 la señora Fernández Ortega, acompañada por el señor Prisciliano Sierra, la señora Eugenio Manuel y el señor Lugo Cortés, se presentó ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, con residencia en el Municipio de Ayutla los Libres (en adelante también “Ministerio Público de Allende”) para interponer la denuncia de los hechos, dando origen a la averiguación previa ALLE/SC/03/76/2002²⁹. Debido a las dificultades de la señora Fernández Ortega para hablar español, ya que su lengua materna es el me’paa, la señora Eugenio Manuel participó como intérprete en su declaración³⁰. Ante la indicación hecha por la presunta víctima sobre que los autores de los hechos habían sido militares, el agente del Ministerio Público les indicó “que no tenía tiempo de recibir la denuncia”³¹. Finalmente, tras la intervención del Visitador General de la Comisión de Derechos Humanos de Guerrero, un funcionario del Ministerio Público tomó la declaración a la señora Fernández Ortega, en presencia de otras personas que se encontraban en las instalaciones de ese organismo³². El Ministerio Público solicitó al médico legista del Distrito que “realizara la auscultación a la señora Fernández Ortega a la brevedad posible y remitiera el certificado médico legal ginecológi-

²⁹ Cfr. Denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, *supra* nota 69, folios 6828 y 6835; declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1485; declaración rendida ante fedatario público por la señora Eugenio Manuel, *supra* nota 72, folio 1152, y declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1534.

³⁰ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1485; declaración rendida ante fedatario público por la señora Eugenio Manuel, *supra* nota 72, folio 1152; declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folio 1501, y declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1534.

³¹ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1485, y declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1534.

³² Denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, *supra* nota 69, folio 6826 y Oficio No. 283 emitido por el Ministerio Público del Fuero Común el 24 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo II, folio 6831).

co de lesiones”³³. Tanto la señora Fernández Ortega como el señor Lugo Cortés insistieron en que debía ser revisada por una médica³⁴. Debido a la ausencia de una mujer que pudiera realizar la exploración médica, el Ministerio Público refirió a la presunta víctima al Hospital General de Ayutla³⁵.

86. El mismo 24 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se presentó en el Hospital General de Ayutla, donde solicitó la revisión médica por parte de personal médico femenino. Dado que no había una médica en ese momento, se le indicó que regresara en los turnos de lunes a viernes cuando podía ser atendida por una doctora³⁶. El 25 de marzo de 2002 la señora Fernández Ortega acudió de nuevo al Hospital General de Ayutla y una médica general realizó una revisión ginecológica en la cual determinó que la presunta víctima “físicamente no presentaba datos de agresión” y solicitó la realización de exámenes de laboratorio³⁷.

87. El 4 de abril de 2002 el Director del Hospital General de Ayutla informó al Ministerio Público que “por no contar con reactivos disponibles para los estudios solicitados, éstos no fueron rea-

³³ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1485, y declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folios 1534 y 1535. En igual sentido ver Oficio No. 847/2002 emitido por la CODDEHUM, *supra* nota 74, folio 1931.

³⁴ Cfr. Oficio No. 286 emitido por el Ministerio Público del Fuero Común, dirigido al Director del Hospital General de Ayutla, de 24 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo II, folio 6839).

³⁵ Cfr. Declaración de un médico rendida ante el Ministerio Público Militar adscrito a la 35 Zona Militar el 3 de mayo de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo IV, apéndice 4, folio 1908) y Oficio 0176/02 emitido por el Director del Hospital General de Ayutla dirigido al Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende el 26 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo II, folio 6842).

³⁶ Cfr. Nota emitida por una médica del Hospital General de Ayutla el 25 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 7, folio 398), y Oficio 0176/02 emitido por el Director del Hospital General de Ayutla, *supra* nota 81, folio 6842.

³⁷ Cfr. Ampliación de declaración de la señora Fernández Ortega de 18 de abril de 2002, *supra* nota 69, folios 6869 a 6871, y declaración de la niña Noemí Prisciliano Fernández ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende el 18 de abril de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo II, folios 6862 a 6865).

lizados”. El 5 de abril de 2002 la señora Fernández Ortega solicitó al Ministerio Público que requiriera al Director del referido hospital “que a la brevedad posible emitiera un dictamen de la auscultación física y ginecológica y de los análisis realizados a su persona” el 25 de marzo de 2002 y que “explicara por escrito qué hizo el personal médico a su cargo con las muestras tomadas para realizar los análisis que solicitó la doctora, dado que el Director del Hospital [...] informó que en en el mismo no cuentan con los reactivos para efectuar los análisis solicitados”. El 18 de abril de 2002 la señora Fernández Ortega amplió su declaración ante el Ministerio Público de Allende y su hija mayor, Noemí Prisciliano Fernández, rindió declaración sobre los hechos ocurridos el 22 de marzo de 2002³⁸.

88. El 9 de julio de 2002 un dictamen rendido por una perita química determinó “la presencia de líquido seminal” y la identificación de “células espermáticas” en las muestras remitidas al laboratorio el 5 de julio de 2002³⁹.

89. Posteriormente, el 16 de agosto de 2002 el Coordinador de Química Forense de la Procuraduría General de Justicia informó al Ministerio Público Militar, quien se había declarado competente para llevar adelante la investigación, que “las muestras obtenidas de la cavidad vaginal de la señora Fernández Ortega [...] se consumieron durante su estudio, por tal motivo no se encuentran en el archivo biológico”⁴⁰. Luego el mismo servidor público indicó que “las dos laminillas tomadas de la cavidad vaginal de la señora Fernández Ortega [...] fueron agotadas en el proceso de análisis”.

³⁸ Cfr. Dictamen químico forense No. PGJE/DGSP/XXVI-II/305/02 emitido por la Procuraduría General de Justicia, Dirección General de Servicios Periciales, de 9 de julio de 2002 (expedientes de anexos a la contestación de la demanda, tomo V, folio 7830).

³⁹ Oficio No. PGJE/DGSP/XXVI-II/096/02 emitido por el Coordinador de Química Forense de la Procuraduría General de Justicia, Dirección General de Servicios Periciales, el 16 de agosto de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 11, folio 406).

⁴⁰ Oficio No. PGJE/DGSP/XXVI-II/426/2002 emitido por el Coordinador de Química Forense de la Procuraduría General de Justicia, Dirección General de Servicios Periciales, el 25 de septiembre de 2002 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 12, folio 408).

B. Alegatos de las partes

90. La Comisión señaló que la violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye una grave violación a los derechos humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana. En los casos de violación sexual contra mujeres indígenas, el dolor y la humillación se agrava por su condición de indígenas debido “al desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes, y por el repudio de su comunidad como consecuencia de los hechos”. La señora Fernández Ortega “fue víctima de violación sexual por parte de miembros del ejército mexicano”, en consideración, entre otros, de los siguientes indicios: i) la declaración de la señora Fernández Ortega ante las autoridades civiles y su posterior ampliación; ii) la declaración de su hija, Noemí Prisciliano Fernández; iii) la presencia de espermatozoides en las muestras tomadas de la cavidad vaginal de la presunta víctima; iv) la certificación psiquiátrica del perito médico adscrito a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante también “la CNDH”) que señala que la presunta víctima estuvo expuesta a un acontecimiento traumático; v) el hecho no controvertido de la presencia de militares en la zona durante la época que ocurrieron los hechos; vi) los informes de los organismos de Naciones Unidas que indican haber recibido información sobre denuncias de abusos sexuales contra mujeres indígenas en el estado de Guerrero, y vii) el informe pericial de la señora Correa González, quien indicó que la señora Fernández Ortega sufrió un evento traumático. Resaltó, además, “que a nivel interno se ha documentado el incremento de la violencia sexual contra las mujeres, cometida con fines políticos, particularmente en zonas donde hay una intensa militarización, como en los estados de Chiapas, Oaxaca, Veracruz y Guerrero”.

91. La Comisión agregó que una violación sexual, además de afectar la integridad física, psíquica y moral de la víctima, quebranta su dignidad, invade una de las esferas más íntimas de su vida, su espacio físico y sexual y la despoja de su capacidad para tomar decisiones respecto de su cuerpo conforme a su autonomía. Además, la violación sexual en presencia de un familiar, tiene un significado

particularmente grave, siendo aún más humillante para la víctima y traumático para ambos. Por ello, solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación del artículo 5.1 y el artículo 11 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Fernández Ortega, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. Asimismo, solicitó a la Corte que declare que el abuso contra la integridad física, psíquica y moral de la señora Fernández Ortega, cometido por agentes del Estado, constituyó tortura, dado que se cumplen los requisitos de esta figura: i) que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales; ii) cometido con un fin, y iii) por un funcionario público. Finalmente, consideró que la investigación que debe llevar a cabo el Estado sobre hechos violatorios del artículo 5.1 de la Convención, está normada también por los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.

92. Los representantes alegaron que está claramente probada la existencia de la violación sexual de la señora Fernández Ortega y que la ausencia de elementos de prueba adicionales es responsabilidad única y exclusiva del Estado que no ha llevado a cabo una investigación efectiva. Además de la agresión sexual cometida por el perpetrador directo, la señora Fernández Ortega “fue víctima de otro tipo de agresión sexual por los otros dos militares presentes en el lugar de los hechos, en la medida en que su presencia aseguraba un mayor grado de control del autor material, pero también porque permanecieron observando lo que ocurría”. La violación sexual es un tipo especialmente grave de violencia sexual que “fue utilizada como una forma de manifestar dominación por parte de los militares”. Además, la violación sexual “fue una manifestación profunda de discriminación [...] por su condición de indígena y por su condición de mujer” y buscaba “humillar, causar terror y mandar un mensaje de advertencia a la comunidad”. Estos factores “afectaron profundamente la integridad física y psicológica de la presunta víctima, y constituyeron claros actos de violencia contra la mujer”. Por lo anterior, solicitaron a la Corte declare que el Estado es responsable por la violación a los artículos 7.a de la Convención de Belém do Pará, y 5 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

93. Al igual que la Comisión, los representantes consideraron que la alegada violación sexual sufrida por la señora Fernández Ortega “debe ser considerada como un acto de tortura”, ya que concurren los tres elementos de la misma: i) es un acto intencional; ii) que causa graves sufrimientos, y iii) que se comete con un fin o propósito. El hecho de que fueran militares los perpetradores de la alegada violación sexual afectó particularmente a la señora Fernández Ortega, como también le afectó la presencia de sus hijos al momento de ser agredida. Además de vivir “con temor de que lo ocurrido pueda sucederle nuevamente a ella o a su hija, en vista de que las fuerzas militares permanecen en la zona donde ella reside”, se culpa de los hechos. También indicaron que las irregularidades y la impunidad en que se mantiene el caso demuestran el incumplimiento del Estado de su deber de garantizar el derecho de la víctima a una investigación seria y efectiva de los actos de violencia y tortura de que fue objeto. En atención a lo anterior, los representantes solicitaron a la Corte que declare que el Estado mexicano es responsable por la violación del artículo 5.2 de la Convención Americana, 7.b de la Convención de Belém Do Pará y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

94. Los representantes añadieron que “la violación sexual de la presunta víctima constituyó una de las más agresivas injerencias a la privacidad de una mujer. El agente estatal que la violó invadió de la manera más arbitraria su cuerpo, afectando su ámbito más íntimo”, negándosele con ello “su derecho a [...] escoger con quién y cómo establecer relaciones personales, pues la obligó a mantener relaciones sexuales con él, de manera violenta y contra su voluntad”. Además, la señora Fernández Ortega “vio afectado tanto el concepto que tenía de sí misma como su reputación”. Si bien los representantes no consideran que siempre que se presente una violación sexual la mujer verá lesionada su reputación, en este caso efectivamente sucedió, por lo que se violó el derecho a la honra y a la dignidad de la presunta víctima. Asimismo, sostuvieron que la violación a este derecho se ha dado también por la falta de investigación adecuada de los hechos, ya que pese a su gravedad no se ha llevado a cabo una investigación seria y efectiva para identificar a

los responsables. Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 11 de la Convención y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de la señora Fernández Ortega.

95. México lamentó “las consecuencias que genera una violación sexual tanto en las propias víctimas como en sus familiares cercanos. Sin embargo, [...] no ha podido ser acreditado el delito ni sus responsables, por lo que el Estado no puede reconocer y aceptar que el derecho a la integridad personal y a la honra y dignidad [...] han sido violados en perjuicio de la señora [...] Fernández Ortega”. Manifestó que “la obligación de probar que la señora Fernández Ortega fue violada sexualmente por agentes del Estado, [...] depende de los elementos de prueba que la Comisión [...] y los peticionarios presenten, pues son éstos quienes afirman su dicho con meras apreciaciones que hasta el momento se encuentran indebidamente sustentadas y que consecuentemente hacen inviable que la carga de la prueba pueda recaer en el Estado. Asimismo, consideró que de lo manifestado por la Comisión y los peticionarios, “no se desprende ni se infiere que existan elementos suficientes que permitan corroborar la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida o seguridad de la señora Fernández Ortega en la fecha en que ocurrieron los hechos por ella denunciados”, ni que “en la supuesta conducta hubiera mediado la motivación de mandar un mensaje a ella o a su comunidad”.

96. Particularmente, en cuanto a la prueba de la violación sexual denunciada, el Estado señaló que: i) las declaraciones de las presuntas víctimas no constituyen prueba plena, sino que deben ser administradas con otros elementos; ii) los alegatos de otras presuntas violaciones sexuales no guardan relación con el presente caso y no han sido debidamente acreditados; iii) el extravío de la prueba ha sido explicado y no podría llevar a una conclusión lógica que atribuyera responsabilidad al Estado; iv) las testimoniales, declaraciones y peritajes que afirman que la señora Fernández Ortega fue violada sexualmente por elementos del Ejército mexicano no pueden ser tomadas en cuenta por la Corte, pues sus au-

tores no son conocedores directos de los hechos. Adicionalmente, indicó que el informe de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos señaló que no existen elementos probatorios para atribuir responsabilidad al Ejército. En los expedientes que el Estado entregó a la Corte figura toda la información relativa a la actividad del batallón que actuaba en contra del crimen en la zona en que presuntamente ocurrieron los hechos, su misión, sus órdenes, sus objetivos pero también su ubicación geográfica, parámetros de georeferenciación, bitácoras del control de movimiento de este pelotón y sus coordenadas e incluso un peritaje. Esa información prueba que no había militares en el lugar en que supuestamente ocurrieron los hechos.

97. No obstante lo anterior, en relación con la calificación de la violación sexual como tortura, el Estado manifestó que, al no haberse determinado los responsables de los hechos supuestamente sufridos por ella, no se puede “aseverar que se configuró la participación de elementos del Estado”. Agregó que se “pretende confundir a la Corte señalando que una violación sexual, por sí misma, constituye tortura”. Para poder calificar un acto como tortura es necesario un minucioso análisis de las circunstancias en las cuales se genera la conducta, su objeto, su grado de severidad y las consecuencias reales de la misma.

98. Finalmente, en cuanto a la presunta violación de los derechos a la honra y a la dignidad de las personas, el Estado destacó que “durante las investigaciones de los hechos denunciados por la señora Fernández Ortega, no se encontraron elementos que demuestren o hagan suponer actos de desprecio público, persecución, discriminación, acusaciones falsas o amenazas cometidas por agentes del Estado en agravio de la presunta víctima o de sus familiares”. Por el contrario, la presunta víctima y sus familiares “cuentan con todos los recursos contemplados en la legislación nacional para denunciar posibles acusaciones o amenazas; igualmente ha implementado en favor de ella y sus familiares las medidas necesarias para su protección como son las medidas provisionales vigentes”.

99. Con base en las anteriores consideraciones solicitó al Tribunal que declare que “no es atribuible directa o indirectamente responsabilidad internacional al Estado por la violación de los derechos a la integridad personal, ni a la honra y a la dignidad [...] en perjuicio de la señora [...] Fernández Ortega”, reconocidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana. Asimismo, dado que “no se actualizan los elementos constitutivos para concluir que en el presente caso la señora [...] Fernández Ortega fue víctima de un acto de tortura”, el Estado solicitó a la Corte que determine “la inexistencia de violaciones a los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”. Adicionalmente, solicitó que se reconozca el cumplimiento del deber de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos.

C. Prueba de la violación sexual de la señora Fernández Ortega

i) Testimonio de la señora Fernández Ortega

100. En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

101. La presunta víctima relató los hechos en diversas ocasiones, tanto a nivel interno como en el proceso seguido ante el sistema interamericano. El 24 de marzo de 2002 la señora Fernández Ortega presentó una denuncia penal ante el Ministerio Público y el 18 de abril de 2002 presentó una ampliación de su denuncia (*supra* párrs. 85 y 87). Por otra parte, el 25 de marzo de 2002 interpuso un escrito de queja ante la Comisión de Derechos Humanos de Guerrero⁴¹. Tiempo después, el 14 de agosto de 2009

⁴¹ *Cfr.* Recomendación No. 048/2003 emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (expediente de anexos a la demanda, anexo 20, tomo II, folio 572), y escrito de inconformidad presentado por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público Militar adscrito a la 35 Zona Militar de 13 de marzo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, tomo II, folios

la señora Fernández Ortega amplió nuevamente su declaración, por escrito y verbalmente, ante la Fiscalía Especializada para la Investigación de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar del estado de Guerrero⁴². Por último, el 19 de marzo de 2010 rindió declaración jurada mediante fedatario público ante esta Corte⁴³, en la cual expresó:

El día veintidós de marzo del año dos mil dos como a las tres de la tarde, estaba adentro de mi casa con mis hijos [...] en la cocina [...]. En eso por el camino llegaron como once militares, con sus uniformes y sus armas; tres [...] se metieron sin mi permiso hasta dentro de mi casa y me dijeron donde fue a robar carne tu marido, vas a hablar donde fue o no vas a hablar. Como no se hablar bien el español y estaba muy asustada no les pude decir nada, por lo que los tres me apuntaron con su rifle y uno de ellos me volvió a gritar que si iba a hablar en donde mi marido había robado la carne. En ese momento uno de los guachos [...] me agarró de las manos y me dijo que me tirara al suelo y me apuntó con el arma y debido a que estaba apuntándome, me dio miedo y me acosté en el suelo, cerquita de la puerta, y entonces el otro guacho [...] con su mano derecha me agarró las manos y con la mano izquierda la metió por debajo de mi falda y me la alzó y me agarró la pantaleta del lado derecho y me la bajó y me la quitó y en ese momento se bajó el pantalón hasta las rodillas y se acostó encima de mí y abusó de mí contra mi voluntad.

413 y 414). Esta descripción de los hechos es similar al relato de antecedentes de los actos reclamados presentado por la señora Fernández Ortega en la demanda de amparo número 405/2002 ante el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Guerrero el 9 de febrero de 2003 (expediente de anexos a la demanda, anexo 15, tomo II, folios 433 y 434).

⁴² *Cfr.* Comparecencia ante la Agente de la Fiscalía Especializada para la Investigación de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar del estado de Guerrero, ampliación de declaración ministerial y ratificación de escrito de la señora Fernández Ortega ante la Agente del Ministerio Público de la Federación de la Fiscalía Especializada para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas el 14 de agosto de 2009 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo V, folios 8213 y 8216).

⁴³ *Cfr.* Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folios 1483 y 1484.

102. De las distintas declaraciones y manifestaciones de la señora Fernández Ortega se advierten algunas diferencias en el relato de los hechos, particularmente, en lo que se refiere a cómo ocurrió la violación sexual. En la denuncia de los hechos ante el Ministerio Público y en su declaración rendida mediante fedatario público ante este Tribunal (*supra* párrs. 85 y 28) indicó que había sido violada por un militar ante la presencia de otros dos. En la primera ampliación escrita de dicha denuncia ante el Ministerio Público (*supra* párr. 87) indicó que tres militares la “violaron” o “abusaron sexualmente” de ella.

103. Como punto de partida, la Corte estima conveniente destacar que a efectos de la responsabilidad internacional del Estado, el hecho de si fue uno o fueron varios los agentes estatales que violaron sexualmente a la señora Fernández Ortega no resulta relevante. Este Tribunal recuerda que no le corresponde determinar responsabilidades individuales⁴⁴, cuya definición compete a los tribunales penales internos, sino conocer los hechos traídos a su conocimiento y calificarlos en el ejercicio de su competencia contenciosa, según la prueba presentada por las partes⁴⁵.

104. Por otra parte, en relación con el contenido de las declaraciones de la señora Fernández Ortega, la Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, imprecisiones en el relato. No es la primera vez que un tribunal internacional de derechos humanos debe observar eventuales divergencias en los relatos de personas que se refieren a violaciones sexuales de las cuales habrían sido víctimas⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra* nota 27, párr. 134; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 36, y *Caso Manuel Cepeda Vargas, supra* nota 18, párr. 41.

⁴⁵ Cfr. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 87; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 79, y *Caso Manuel Cepeda Vargas, supra* nota 18, párr. 41.

⁴⁶ Cfr. ECHR, *Case of Aydin v. Turkey* (GC), Judgment of 25 September 1997, App. No. 57/1996/676/866, paras. 72 y 73.

105. El Tribunal observa que la señora Fernández Ortega habla me'paa y que para ser entendida por el funcionario que recibió su denuncia debió contar con la asistencia de una persona quien, además, no era intérprete de oficio. Otros relatos de los hechos, como la primera ampliación de denuncia, se realizaron mediante la presentación de un escrito y no por el testimonio directo de la presunta víctima. Dado que el idioma de la señora Fernández Ortega no es el español, es evidente que, si bien fueron firmados por ella, dichos documentos fueron redactados por un tercero, quien además tuvo que reproducir en español lo que ella manifestaba en me'paa, o redactar lo que un intérprete al español le indicaba, circunstancia que indudablemente puede derivar también en imprecisiones. En consecuencia, las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, pueden deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones. Por lo demás, los hechos relatados por la señora Fernández Ortega se refieren a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede causar que se cometan determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos entre los años 2002 y 2010.

106. No obstante, de la lectura de las declaraciones mencionadas, la Corte considera que las diferencias en su relato no resultan sustanciales. En ellas se observa que la señora Fernández Ortega utiliza las expresiones “me violaron”, o denomina a los hechos como “violación” o “abuso sexual”, indistintamente, para referirse a todo el evento lesivo, sin identificar aquellos términos, exclusivamente, con el hecho de la penetración sexual. De allí que en algunas oportunidades ella indique de igual manera que quienes la violaron fueron tres o un militar. Un ejemplo claro de este uso dual del concepto de violación por parte de la señora Fernández Ortega se ve en la ampliación de su declaración ante el Ministerio Público civil de 14 agosto de 2009 (*supra* párr. 101), en la cual afirmó “los que me violaron son elementos del Ejército mexicano” e inmediatamente, en esa misma declaración, indicó “los vi de cerca, sobre todo el que me violó, porque estuvo encima de mí”. De allí que la Corte considera que

se trata de un giro o uso del lenguaje más que de una inconsistencia en cuanto a los hechos y que, en realidad, es una discrepancia sólo aparente y no menoscaba la credibilidad de lo declarado.

107. Adicionalmente, de las circunstancias propias de la situación de la señora Fernández Ortega, la Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para interponer una denuncia sobre una violación sexual ante autoridades de salud y ministeriales que no hablaban su idioma y que, probablemente, tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad. Asimismo, denunció y perseveró en su reclamo, sabiendo que en la zona en la que vive continuaba la presencia de militares, algunos de los cuales ella estaba imputando penalmente la comisión de un delito grave.

108. En síntesis, la Corte concluye que de los diferentes relatos de la señora Fernández Ortega se desprenden, de manera consistente, los siguientes hechos: i) el día 22 de marzo de 2002 se encontraba en su casa con sus cuatro hijos; ii) aproximadamente a las tres de la tarde, tres miembros armados del Ejército entraron a su casa sin su consentimiento, mientras otros militares permanecían en el exterior del domicilio; iii) las personas que ingresaron le apuntaron con las armas solicitándole cierta información sobre la cual no obtuvieron respuesta, y iv) en ese ámbito de fuerte coerción, sola y rodeada de tres militares armados, fue obligada a acostarse en el suelo y mientras uno de los militares la violaba sexualmente los otros dos observaban la ejecución de la violación sexual.

ii) Presencia militar el día de los hechos en la zona

109. En primer lugar, sin perjuicio de lo indicado por el Estado (*supra* párr. 96), la Corte encuentra probada la presencia militar en la zona en la época de los hechos. En el expediente del presente caso constan las declaraciones de soldados de infantería, realizadas en el marco de la averiguación previa 35ZM/06/2002, el 1 de abril de 2002, de las cuales se desprende que la Base de Operaciones “Méndez”, perteneciente al 41 Batallón de Infantería del Ejército

Mexicano, se encontraba ubicada en las inmediaciones de Barranca Tecoani, a unos tres kilómetros de distancia⁴⁷. Más aún, el Tribunal encuentra probado que el día 22 de marzo de 2002 un grupo de soldados salió a efectuar reconocimientos en las inmediaciones de Barranca Tecoani, regresando a su Base aproximadamente a las cuatro de la tarde⁴⁸, es decir, una hora después de los hechos.

110. Por su parte, si bien es cierto que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su recomendación 046/2003, no realizó una atribución de responsabilidad sobre la violación sexual, tuvo por acreditado que de las constancias que obran en el expediente de dicho organismo “se desprende que existe, entre otras, la circunstancia por la que se ubican en tiempo y lugar al personal de la Base de Operaciones Méndez del 41o. Batallón de Infantería del Ejército Mexicano”⁴⁹.

iii) Pruebas periciales y pérdida de prueba en poder del Estado

111. Además de las declaraciones de la presunta víctima, las pruebas periciales oficiales del estudio de espermatozoides y de fosfatasa ácida determinaron “la presencia de líquido seminal en los dos hisopos obtenidos e identificaron células espermáticas”⁵⁰.

112. Sin embargo, a pesar de haber encontrado la presencia de líquido seminal y células espermáticas, de manera inexplicable los peritos oficiales agotaron y desecharon las muestras impidiendo realizar otras pruebas, algunas de fundamental importancia como, por ejemplo, de ADN. Este hecho, reconocido por el Estado (*supra*

⁴⁷ Cfr. Declaraciones de nueve soldados de infantería, cuatro cabos de infantería y un subteniente de infantería rendidas ante el Ministerio Público Militar el 1 de abril de 2002 (expediente de apéndices a la demanda, tomo III, folios 1628, 1634, 1642, 1648, 1654, 1659, 1665, 1671, 1677, 1693, 1700, 1717, 1750 y 1762).

⁴⁸ Cfr. Declaraciones de diez soldados de infantería, cuatro cabos de infantería y un subteniente de infantería rendidas ante el Ministerio Público Militar el 1 de abril de 2002 (expediente de apéndices a la demanda, tomo III, folios 1635, 1641, 1648, 1654, 1660, 1665, 1671, 1676, 1693, 1699, 1710, 1727, 1744, 1756 y 1762).

⁴⁹ Cfr. Recomendación No. 048/2003 emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *supra* nota 87, folio 578.

⁵⁰ Cfr. Dictamen químico forense No. PGJE/DSGP/XXVI-II/305/02, *supra* nota 84, folio 7830.

párrs. 16 y 18), que el Tribunal considera como extremadamente grave, ha obstaculizado hasta el presente el esclarecimiento y la determinación judicial de los hechos. Al respecto, la Corte ha señalado que corresponde a la parte demandante, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato. No obstante, ha destacado que, a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio⁵¹. En el presente caso, la falta de esclarecimiento de los hechos, responde principalmente a la destrucción de esta prueba, de importancia fundamental, mientras se encontraba en custodia del Estado.

iv) Otros elementos de convicción

113. Por otro lado, la Corte considera que la credibilidad del relato de la señora Fernández Ortega aparece respaldada por otros elementos de convicción. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos refiere en su recomendación 048/2003 la existencia de una certificación psiquiátrica realizada por una perita médica adscrita a dicho órgano estatal, “en la que señala que la agraviada estuvo expuesta a un acontecimiento traumático”⁵². Asimismo, un informe psicológico realizado a la señora Fernández Ortega en el año 2009 concluyó que “existe coherencia entre los hechos narrados [...] de la violación sexual y los síntomas psicológicos padecidos, siendo estas reacciones emocionales típicas de una víctima de violación sexual por parte de alguna autoridad”⁵³. El Estado objetó en

⁵¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez. Fondo*, *supra* nota 27, párr. 135; *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 127, y *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 33, párr. 89.

⁵² Cfr. Recomendación No. 048/2003 emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *supra* nota 87, folio 578.

⁵³ De acuerdo con lo indicado en el informe mencionado la psicóloga interviniente realizó un seguimiento de la señora Fernández Ortega desde el año 2006 hasta el momento de emitir el informe en el año 2009 y para realizar dicha valoración tuvo 30 reuniones con la paciente, *cfr.* Valoración del impacto psicológico, *supra* nota 30, folio 5697.

su contestación de la demanda de manera genérica este último documento señalando que “su contenido no guarda relación alguna con la *litis* del caso”. Sin embargo, la Corte observa que el mismo corresponde a una valoración psicológica sobre la señora Fernández Ortega respecto del impacto que los hechos del caso han tenido sobre su persona. En consecuencia, el Tribunal no encuentra que lo afirmado en dicha valoración psicológica, ni lo señalado en la recomendación 048/2003 sobre este aspecto haya quedado desacreditado, ni la autenticidad de tales documentos fue puesta en duda.

114. Adicionalmente, la Corte cuenta con las declaraciones de su hija Noemí Prisciliano Fernández, las cuales son consistentes con lo indicado por la señora Fernández Ortega sobre los momentos inmediatamente anteriores y posteriores a la violación sexual⁵⁴. En igual sentido la Corte cuenta con los testimonios del señor Prisciliano Sierra, la señora Eugenio Manuel y los señores Lugo Cortés y Ramírez Rodríguez quienes si bien, en efecto, no fueron testigos presenciales de los hechos, sí presenciaron los momentos posteriores y asistieron a la presunta víctima desde que tuvieron conocimiento de lo ocurrido. De sus testimonios se desprende que cuando vieron por primera vez a la señora Fernández Ortega tras los hechos, la encontraron

⁵⁴ Noemí Prisciliano Fernández declaró: “yo estaba adentro de mi casa con mi mamá [...] cuando llegaron tres soldados [...] yo me espanté y salí corriendo con mis tres hermanos a casa de mi abuelo, donde nos encerramos ya que teníamos miedo”, declaración de Noemí Prisciliano Fernández ante el Ministerio Público del Fuero Común, *supra* nota 83, folio 4401. Además manifestó: “ya había pasado buen rato cuando salí de la casa de mi abuelo y me fui a mi casa y al llegar ví que mi mamá estaba sentada llorando”. Indicó que “los tres soldados que llegaron al principio entraron a la casa, por donde estaba el fogón, y fueron para donde estaba mi mamá conmigo y con mis tres hermanos y ahí fue cuando atacaron a mi mamá [...] yo no sabía qué estaba pasando pero recuerdo que primero le quitaron su vestido, y después uno de ellos se bajó su pantalón y le pegó a mi mamá con su mano, mientras que los otros soldados seguían apuntándole. Entonces mis hermanos y yo ya estábamos muy asustados [...] por lo que salimos corriendo hacia la casa de mis abuelos”. Finalmente manifestó: “como yo seguía muy preocupada por mi mamá, después de un rato me acerqué otra vez a la casa. Después que se fueron junto con mi abuelo y mis hermanos regresamos a donde estaba mi mamá y estaba tirada llorando por lo que le hicieron los soldados”, declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folios 1492 y 1493.

mal, triste, conmocionada, con malestares y dolores y al relatar la presunta víctima lo que le había ocurrido indicó que había sido violada sexualmente y que los responsables eran militares⁵⁵.

⁵⁵ El señor Fortunato Prisciliano Sierra declaró: “el [...] 22 de marzo de dos mil dos, [...] me encontraba trabajando en la parcela [...] cuando regresé de trabajar como a las cuatro de la tarde, [...] entré en mi casa y encontré a mi esposa llorando, y le pregunté [...] qué le había pasado, diciéndome [...] tres militares se habían metido a mi casa [...] y que la habían violado mientras que otros ocho militares se robaban la carne, y que la amenazaron con sus armas”. Asimismo indicó: “el 23 de marzo del año dos mil dos, me fui caminando hasta Ayutla, [...] a buscar ayuda [...] en la oficina de la [...] OPIMT [...], ahí encontré a Obtilia Eugenio Manuel y a Cuauhtémoc Ramírez Rodríguez, a quien primeramente les comenté que mi esposa estaba muy enferma que me ayudaran a trasladarla, pero como me empezaron a hacer muchas preguntas con mucha vergüenza les tuve que decir que mi esposa [...] estaba enferma por que la habían violado los militares”, declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folios 1500 y 1501. El señor Cuauhtémoc Ramírez Rodríguez declaró: “en cuanto a la violación yo supe lo que había ocurrido debido a que el [...] 23 de marzo de 2002 por la mañana el esposo de la señora Fernández Ortega bajó hasta Ayutla para encontrarnos a mí y a Obtilia Eugenio Manuel [...] Ahí, recuerdo que primero nos comentó que la señora Fernández Ortega estaba enferma pero como lo veíamos tan enojado y angustiado, le comenzamos a hacer preguntas hasta que terminó diciéndonos que a la señora Fernández Ortega la habían violado los militares”. Además, manifestó que el 23 de marzo de 2002 “cuando finalmente llegamos [...] a su casa en Barranca Tecoani, vimos que la señora Fernández Ortega estaba recostada, muy débil, muy lastimada y con muchos malestares”, declaración rendida ante fedatario público por el señor Ramírez Rodríguez, *supra* nota 72, folio 1510. El señor Lugo Cortés declaró: “ella estaba recostada y mi primera impresión fue que se encontraba muy lastimada física y emocionalmente, totalmente conmocionada por los hechos [...] tuvo fuerza para narrarme los hechos y referirme efectivamente que había sido violada sexualmente por elementos del Ejército mexicano. En ese momento la señora Fernández Ortega dijo que el [...] veintidós de marzo de [...] dos mil dos había sido violada en su casa y que los responsables habían sido soldados”, declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1532. La señora Obtilia Eugenio Manuel declaró: “sobre lo que pasó, yo me enteré cuando el señor Prisciliano Sierra bajó a Ayutla a la oficina de la organización el día 23 de marzo para platicar conmigo y con Cuahutemoc Ramírez. Al principio [...] nada más decía que la señora Fernández Ortega estaba enferma [...] Luego ya nos dijo lo que había pasado. Cuando llegamos a Barranca Tecoani, fuimos directo a casa de la señora Fernández Ortega. Yo la vi muy mal. Estaba acostada, muy triste y se veía muy lastimada. Me [...] dijo que unos militares la habían violado [...] en su casa”, declaración rendida ante fedatario público por la señora Eugenio Manuel, *supra* nota 72, folio 1598.

Por el contrario, la Corte no cuenta con evidencia que desvirtúe los dichos de la señora Fernández Ortega. En cuanto a la prueba médica, cabe resaltar que la presunta víctima solo recibió asistencia en una ocasión tras la denuncia de los hechos, por parte de una médica general⁵⁶ quien le realizó una exploración física y una revisión ginecológica en la que determinó que “no presentaba datos de agresión”⁵⁷. En este sentido, la Corte observa que el certificado médico concuerda con las diversas declaraciones de la señora Fernández Ortega, dado que en ninguna de ellas la presunta víctima manifestó que se resistió físicamente a la agresión. Por lo demás, esta Corte observa lo establecido en la jurisprudencia internacional en el sentido de que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física a la misma, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta⁵⁸. En el presente caso, está acreditado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción, con el agravante de producirse en un contexto de relaciones de autoridad, por parte de tres militares armados.

116. Después de más de ocho años de ocurridos los hechos, el Estado no ha aportado evidencia en el procedimiento del presente caso que permita contradecir la existencia de la violación sexual de la señora Fernández Ortega. Al respecto, este Tribunal considera que el Estado no puede justificarse con base, exclusivamente, en el desconocimiento de si la violación había existido y su autoría, cuando ello es consecuencia de sus propios errores o falencias, al destruir una prueba que estaba bajo su custodia. Concluir lo contrario implicaría permitir al Estado ampararse en la negligencia e ineffectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad por la violación de derechos reconocidos por la

⁵⁶ Cfr. Oficio 0176/02 emitido por el director del Hospital General de Ayutla, *supra* nota 81, folio 400.

⁵⁷ Cfr. Nota médica de 25 de marzo de 2002, *supra* nota 82, folio 398.

⁵⁸ Cfr. ECHR, *Case of M.C. v. Bulgaria*, Judgment of 4 December 2003, App. No. 39272/98, para. 166, e ICTY, *Case of Kunarac et al. “Foča” (Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic)*. Judgment of 22 February, 2001. Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, paras. 452 y 464.

Convención Americana⁵⁹. Por todo lo anterior, la Corte encuentra probado que la señora Fernández Ortega fue víctima de una violación sexual cometida por un militar ante la presencia de otros dos militares que observaban su ejecución, cuando ella se encontraba en su casa.

D. Calificación jurídica de los hechos relacionados con la violación sexual

117. Dado que la Corte ha considerado probado que la señora Fernández Ortega fue víctima de un hecho de violencia sexual cometido por agentes estatales, corresponde determinar su calificación jurídica.

118. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”⁶⁰.

119. La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno⁶¹. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima.

120. El Tribunal examinará si los hechos del presente caso se subsumen en la figura de tortura, como lo afirmaron la Comisión

⁵⁹ *Cfr. Caso Kawas Fernández, supra* nota 91, párr. 97.

⁶⁰ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Preámbulo.

⁶¹ *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306.*

Interamericana y los representantes. A tal efecto, la Corte recuerda que en el caso *Bueno Alves Vs. Argentina*⁶², siguiendo la definición establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entendió que se está frente a un acto de tortura cuando el maltrato cumple con los siguientes requisitos: i) es intencional; ii) causa severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) se comete con determinado fin o propósito.

i) Intencionalidad

121. Con respecto a la existencia de un acto intencional, de las pruebas que constan en el expediente queda acreditado que el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de la víctima. En efecto, la Corte considera probado que uno de los atacantes tomó a la señora Fernández Ortega de las manos, la obligó a acostarse en el suelo, y mientras era apuntada al menos con un arma, un militar la penetró sexualmente mientras los otros dos presenciaban la ejecución de la violación sexual.

ii) Sufrimiento físico o mental severo

122. Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo, el estado de salud, entre otras circunstancias personales⁶³.

123. En cuanto al sufrimiento físico, la Corte recuerda que existe un certificado médico emitido tres días después de los hechos, que indica que no hay evidencia de lesiones físicas (*supra* párr. 86). Sin embargo, la Corte también cuenta con prueba testimonial que

62 Cfr. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79.

63 Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 74, y *Caso Bueno Alves, supra* nota 108, párr. 83.

indica que al día siguiente de los hechos la señora Fernández Ortega se encontraba lastimada, con malestares y dolores físicos, e incluso requirió la asistencia de un médico particular (*supra* párr. 84)⁶⁴.

124. Independientemente de lo anterior, la Corte ha establecido que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo⁶⁵. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas⁶⁶. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.

125. En el presente caso, la señora Fernández Ortega estuvo sometida a un acto de violencia sexual y control físico del militar que la penetró sexualmente de manera intencional; su vulnerabilidad y la coerción que el agente estatal ejerció sobre ella se reforzó con la participación de otros dos militares también armados, que agravaron el marco de violencia sexual ejercido contra la víctima, habiendo, incluso, otro grupo de militares que esperaron fuera de

⁶⁴ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folios 1500 y 1501; declaración rendida ante fedatario público por la señora Eugenio Manuel, *supra* nota 72, folio 1152; declaración rendida ante fedatario público por el señor Ramírez Rodríguez, *supra* nota 72, folio 1510; declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folio 1532, y declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández *supra* nota 68, folio 1494.

⁶⁵ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 100, y *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 91.

⁶⁶ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 107, párr. 311. Cfr. también ECHR, *Case of Aydin v. Turkey* (GC), *supra* nota 92, para. 83.

la casa. Resulta evidente para la Corte que el sufrimiento padecido por la señora Fernández Ortega, al ser obligada a mantener un acto sexual contra su voluntad, hecho además que fue observado por otras dos personas, es de la mayor intensidad. El sufrimiento psicológico y moral se agravó dadas las circunstancias en las cuales se produjo la violación sexual, en tanto no podía descartarse que la violencia sufrida se extremara aún más por parte de los agentes estatales que presenciaban el acto de violación, ante la posibilidad de que fuera también violada sexualmente por ellos o por quienes se encontraban afuera de la casa. De igual modo, la presencia de sus hijos en los momentos iniciales del hecho, así como la incertidumbre de si se encontraban en peligro o si habrían podido escapar, intensificaron el sufrimiento de la víctima.

126. En este sentido, la perita Correa González se refirió a la situación de humillación y desprotección en la que se encontraba la víctima y al impacto emocional que le generó el hecho que sus hijos estuvieran presentes y que los autores fueran soldados, puesto que “para ella significaban una figura de autoridad, lo que no le permitió valorar el riesgo de su presencia”. La permanencia de los otros dos militares “aumentó el grado de indefensión, humillación e hizo que se sintiera totalmente impotente y sin capacidad de reacción alguna”. Adicionalmente, se refirió a los efectos psicosomáticos sufridos a partir de la violación sexual⁶⁷. Por su parte, la perita Hernández Castillo señaló que de acuerdo a la cosmovisión indígena, el sufrimiento de la señora Fernández Ortega fue vivido como una “pérdida del espíritu”⁶⁸.

iii) Finalidad

127. La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona

⁶⁷ *Cfr.* Informe pericial psicosocial escrito de la señora Correa González presentado en la audiencia pública (expediente de fondo, tomo IV, folios 1612 y 1613).

⁶⁸ Dictamen rendido por la perita Hernández Castillo en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 15 de abril de 2010.

que la sufre⁶⁹. La violación sexual de la señora Fernández Ortega se produjo en el marco de una situación en la que los agentes militares interrogaron a la víctima y no obtuvieron respuesta sobre la información solicitada (*supra* párrs. 82 y 108). Sin descartar la eventual concurrencia de otras finalidades, la Corte considera probado que el presente caso tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada.

128. Por otra parte, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales⁷⁰, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. Con base en lo anterior, la Corte concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Fernández Ortega, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

129. En cuanto a la alegada violación, con base en los mismos hechos, del artículo 11 de la Convención Americana, la Corte ha precisado que, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada⁷¹. Por su parte, el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas⁷², pero que

⁶⁹ Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment of September 2, 1998. Case No. ICTR-96-4-T, para. 597, y CAT, *Case V.L. v. Switzerland*, Decision of 22 January 2007, U.N. Doc. CAT/C/37/D/262/2005, para. 8.10.

⁷⁰ Cfr. CAT, *Case V.L. v. Switzerland*, *supra* nota 115, para. 8.10.

⁷¹ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 193; *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 55, y *Caso Escher y otros*, *supra* nota 97, párr. 113.

⁷² Cfr. ECHR, *Case of Niemietz v. Germany*, Judgment of 16 December 1992, App. No. 13710/88, para. 29, y *Case of Peck v. United Kingdom*, Judgment of 28 January 2003, App. No. 44647/98, para. 57.

comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual⁷³ y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos⁷⁴. La Corte considera que la violación sexual de la señora Fernández Ortega vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas⁷⁵.

130. Como ha sido señalado anteriormente por este Tribunal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer i porque es mujer o [ii] porque la afecta en forma desproporcionada”. Asimismo, también ha señalado que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁷⁶.

131. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la señora Fernández Ortega.

132. Por otra parte, la Corte estima que no resulta necesario pronunciarse sobre otros alegatos basados en los mismos hechos y

⁷³ Cfr. ECHR, *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment of 22 October 1981, App. No. 7525/76, para. 41, y ECHR, *Case of X and Y v. the Netherlands*, Judgment of 26 March 1985, App. No. 8978/80, para. 22.

⁷⁴ Cfr. ECHR, *Case of Niemietz v. Germany*, *supra* nota 118, para. 29, y ECHR, *Case of Peck v. United Kingdom*, *supra* nota 118, para. 57.

⁷⁵ Cfr. ECHR, *Case of M.C. v. Bulgaria*, *supra* nota 104, para. 150, e ICTY, *Case of Mucic et. al. “Celebici Camp”*. Judgment of November 16, 1998. Case No. IT-96-21-T, para. 492.

⁷⁶ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra* nota 15, párr. 395.

decide realizar el examen relativo a una eventual violación de las obligaciones procesales derivadas de las disposiciones mencionadas en el Capítulo IX de esta Sentencia, correspondiente a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

E. Integridad personal de la señora Fernández Ortega y de sus familiares

i) Integridad personal de la señora Fernández Ortega

133. La Comisión destacó que la señora Fernández Ortega, a pesar de las barreras culturales, económicas y sociales, así como de idioma, denunció a las autoridades haber sido víctima de una violación sexual. Desde que interpuso la denuncia en su búsqueda de justicia enfrentó, entre otras múltiples barreras, la resistencia, el silencio, la negligencia, el hostigamiento, el miedo, la revictimización y un fuero sin competencia. La falta de esclarecimiento de los hechos y la consecuente impunidad acentuaron la discriminación, la subordinación y el racismo en su contra y la deslegitimaron frente a los miembros de su comunidad. La respuesta estatal ha causado un perjuicio emocional tanto a ella como a su familia y constituyó una humillación y degradación violatoria del derecho a la integridad personal y a la vida privada. Los métodos de investigación del fuero militar y la falta de protección generaron una forma de revictimización de la señora Fernández Ortega en contravención de la Convención de Belém do Pará, situación agravada por su condición de indígena y por el desconocimiento del idioma. Con base en lo anterior, solicitó a la Corte que declare al Estado responsable de la violación de los artículos 5.1 y 11 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Fernández Ortega, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, debido a la afectación sufrida por la investigación deficiente por parte de las autoridades estatales.

134. Por su parte, los representantes coincidieron con la Comisión en cuanto a la violación al derecho a la integridad personal en perjuicio de la señora Fernández Ortega por la impunidad en que se mantiene el caso, cuya investigación lleva más de ocho años, prolongándose así su sufrimiento y agravándose la huella que dejaron los hechos. Indicaron que la víctima ha experimentado sen-

timientos de desesperanza y ha perdido la confianza en el Estado que no ha atendido su demanda de justicia y ha protegido a los militares, al haber llevado a cabo la investigación la misma institución a la cual pertenecen los responsables de los hechos. Más aún, la posibilidad de comparecer ante militares “generaba un nivel de ansiedad y angustia considerable” a la señora Fernández Ortega. En consecuencia, solicitaron a la Corte que declare que el Estado “es responsable de la violación del derecho a la integridad personal de la víctima por el sufrimiento causado a raíz del estado de impunidad absoluta en que permanece la agresión de la que fue objeto” tomando en cuenta “la cosmovisión indígena y los efectos que estos hechos han causado en la comunidad en su conjunto”.

135. En la audiencia pública y en sus alegatos finales escritos México reconoció que el retraso en la atención médica, la pérdida de las pruebas ginecológicas y el retraso en la investigación de los hechos del caso, configuran violaciones a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana y, en consecuencia, también al artículo 5.1 del mismo ordenamiento, respecto de la integridad psicológica de la señora Fernández Ortega.

* *

136. El Tribunal admitió el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado referido a la violación al derecho a la integridad personal en perjuicio de la señora Fernández Ortega, relacionado con las violaciones reconocidas a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana (*supra* párrs. 21 a 25).

137. Asimismo, la Corte observa que del testimonio de la señora Fernández Ortega se desprenden afectaciones a su integridad personal relativas al trato que recibió al interponer su denuncia ante las autoridades⁷⁷, así como sentimientos de profundo temor

⁷⁷ La señora Fernández Ortega declaró: “casi todos eran hombres, no había doctora ni una persona que hablara me’phaa para que le dijera en español al licenciado lo que yo estoy declarando, pero doctora [...] no había, solo un hombre y me dijeron que él me iba a revisar, pero yo no quise, ya tanto había sufrido dando mi declaración cuando todos me estaban oyendo para que otra vez me viera un médico. Me acuerdo bien como ese médico del Ministerio Público me dijo “porque no quieres que te revise, si no fueron mujeres los que te violaron fueron hombres, porque no dejas que yo te revise”, declaración rendida ante

por la presencia de militares e impotencia relacionados con la falta de justicia en su caso⁷⁸.

138. Teniendo en cuenta lo anterior y el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte declara que México violó el derecho a la integridad personal de la señora Fernández Ortega consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

*ii) Integridad personal de los familiares de la señora
Fernández Ortega*

139. La Comisión señaló que los familiares de la señora Fernández Ortega fueron afectados en su integridad personal debido a los hechos de la denuncia y a las actuaciones y omisiones de las autoridades relacionadas con su investigación. Para la Comisión “está demostrado que numerosas circunstancias afectaron a los miembros del núcleo familiar de la señora Fernández Ortega, como la forma en que su hija presencié la violación sexual y tortura, los sentimientos de impotencia e inseguridad de sus familiares [...] frente

fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folios 1485, y declaración rendida ante fedatario público por el señor Lugo Cortés, *supra* nota 67, folios 1533 y 1534.

⁷⁸ La señora Fernández Ortega declaró: “cuando pienso en lo que me pasó me siento muy mal porque tampoco las autoridades han hecho justicia, con tanto trabajo, caminando, pasando hambre, gastando y con vergüenza he ido hasta Ayutla para que se me haga justicia, pero no se ha hecho nada. He buscado por todos lados, pero nadie del gobierno hace nada. Ellos nunca han aceptado que fueron militares los que me violaron, todos dudan de mí y no me creen de lo que he denunciado por eso no hacen justicia” Asimismo, indicó “yo no me sentía bien y andaba con miedo, pero quería que siguiera la denuncia porque no estaba bien lo que me hicieron” y añadió “cada vez que bajábamos a Ayutla eran muchos problemas, porque mis hijos se quedaban solos, y me daba miedo [...] que llegaran más militares y les hicieran algo. Aparte de que ni dinero teníamos para estar yendo y descuidamos la parcela y los animales”. Finalmente, manifestó “si el Ministerio Público de Ayutla,] que no es militar, no me trató bien y no me creía, cómo iba a ser el militar si son sus compañeros los que me violaron. [...] Yo me puse triste cuando me dijeron que mi caso lo iban a tener los mismos militares que me violaron porque entonces no iba a haber culpables, porque entre ellos no se van a acusar, por eso pensé abandonar mi caso y ya no quería hacer nada”, declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folios 1486 a 1488.

a la presencia del ejército mexicano [...] en la zona donde viven, y la afectación en las relaciones con su propia comunidad indígena, entre otros”. Por ello, solicitó a la Corte que declare que el Estado violó el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de la señora Fernández Ortega.

140. Los representantes indicaron que la violación sexual causó “un profundo sufrimiento en los miembros de su familia, el cual se ha visto agravado y ha permanecido a lo largo de los años por la impunidad del caso. Su esposo, hijos, madre y hermanos han sido víctimas de graves daños emocionales que no han podido superar”. En cuanto al señor Prisciliano Sierra, los hechos le han causado sentimientos de impotencia, frustración y angustia por no haber podido proteger a su esposa y por la posibilidad de otro ataque a su familia por parte de los militares. También le ha causado un perjuicio a su papel dentro de la comunidad por mantener un vínculo con una mujer que “era de otro hombre”, por lo cual “la honra del señor Prisciliano Sierra se vio severamente afectada, pues se sintió incapaz de proteger a su esposa bajo el rol que socialmente le ha sido asignado” y, además, la violación sexual genera un profundo estigma cultural sobre las mujeres, el cual afectó gravemente su reputación y la de su esposa. Por el sufrimiento vivido, el señor Prisciliano Sierra recurrió a la bebida y se hizo más violento con su esposa, afectando su relación de pareja. Por otra parte, los hijos de la señora Fernández Ortega quienes presenciaron a una corta edad el ataque hacia su madre sufrieron un “profundo sufrimiento y angustia”, además padecieron el rechazo y el señalamiento en su comunidad y crecieron en un ambiente de violencia en contra de su madre a raíz de los problemas que generó la violación sexual en la pareja. En sus alegatos finales escritos, los representantes con base en los mismos hechos solicitaron, además, que se declare la violación del artículo 19 de la Convención Americana respecto de los hijos de la señora Fernández Ortega.

141. Adicionalmente, los representantes señalaron que ha sido violado el derecho a la integridad personal de la madre y los hermanos de la señora Fernández Ortega por los diversos sufrimientos

derivados de la violación sexual sufrida por esta última, así como por la impunidad en que se encuentran los hechos. Respecto de los hermanos, precisaron que el señor Lorenzo Fernández Ortega tenía una relación muy cercana a la víctima y “por su rol en la denuncia del caso fue objeto de distintos actos de amenaza y hostigamiento, el más grave ocurrió el 9 de febrero de 2008, cuando fue cruelmente torturado hasta ser asesinado”. Por otra parte, el señor Ocotlán Fernández Ortega, si bien era muy pequeño cuando ocurrieron los hechos, luego se vinculó a la OPIM para denunciar y buscar justicia en el caso de su hermana y de otras mujeres, lo cual le ha generado ser víctima de seguimientos y hostigamientos, que provocaron que haya tenido que abandonar su comunidad ante el temor de que se materialicen. Por su parte, la madre ha sufrido por estas múltiples amenazas e intimidaciones contra sus hijos. Además del dolor por lo ocurrido a su hija, dado que vive en una zona lejana no pudo estar cerca de ella cuando ocurrieron los hechos, se sumó que la señora Fernández Ortega dejó de visitarla por un tiempo por miedo a que le pasara algo debido a la presencia de militares en la zona. Por último, la madre de la señora Fernández Ortega, en ocasiones, debió hacerse cargo de los hijos de esta última para que pudiera llevar a cabo las gestiones en busca de justicia. Por todo lo anterior, los representantes solicitaron al Tribunal que declare violación de los derechos a la integridad personal y a la honra y a la dignidad, consagrados en los artículos 5 y 11 de la Convención, en perjuicio de los familiares de la señora Fernández Ortega.

142. El Estado lamentó las consecuencias que genera una violación sexual en los familiares cercanos; sin embargo, entre otros argumentos, sostuvo que no se acreditó el delito ni sus responsables y, en consecuencia, no puede reconocer ni aceptar que los derechos a la integridad personal y a la honra y a la dignidad de los familiares de la señora Fernández Ortega hayan sido violados (*supra* párr. 95). Por ello, México solicitó que el Tribunal declare que no es atribuible al Estado la violación de los derechos a la integridad personal ni a la honra y a la dignidad en perjuicio de los familiares indicados.

143. La Corte ha declarado en otras oportunidades que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. El Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos⁷⁹.

144. En lo que respecta al señor Prisciliano Sierra, del acervo probatorio se desprende que sufrió diversas afectaciones que se manifestaron en sentimientos de miedo, ira y desconfianza relacionados con la búsqueda de justicia y la impunidad en que se encuentra el caso⁸⁰. Por otra parte, la Corte no encuentra que sean imputables al Estado las afectaciones alegadas por los representantes a la reputación del señor Prisciliano Fernández por la violación sexual de su esposa o aquellas relativas a un supuesto incumplimiento de un determinado rol socialmente asignado (*supra* párr. 140).

145. En cuanto a los hijos de la señora Fernández Ortega, el Tribunal considera que una de las principales afectaciones que sufrieron se relaciona con su presencia ante una situación de violencia

⁷⁹ Cfr. *Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 114; *Caso Radilla Pacheco*, *supra* nota 33, párr. 161, *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 18, párr. 220.

⁸⁰ El señor Prisciliano Sierra declaró: “cuando nos dijeron que el caso ya estaba con los militares, que ellos iban a investigarlo, a mí me dio mucha ira eso porque no me daba confianza que ellos mismos investigaran”. Además, la búsqueda de justicia implicó que tuvieran que desplazarse de su comunidad de manera que “cada vez que iban a Ayutla tenían que dejar solos a sus hijos con miedo de que les pasara algo”. Asimismo, indicó que “siempre estábamos con miedo de que algo nos pasara ya que vivimos solos en la orilla de Barranca Tecoani”. También indicó que “siempre estamos asustados. Yo no me siento bien al ver que ha pasado tanto tiempo desde que lastimaron a mi esposa sin que haya pasado nada, como que nadie nos cree y a los militares sí”, declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folios 1502 a 1504. Por otra parte, la perita Correa González indicó que el señor Prisciliano Sierra “siente que no ha podido cuidar bien a su familia, ya que por estar acompañando a su esposa a todo lo relacionado con el proceso de denuncia su situación económica se ha deteriorado a tal punto que ya no pueden vivir como vivían antes”, peritaje psicosocial realizado por la señora Correa González, *supra* nota 113, folios 1617 y 1618.

extrema, hasta el momento inmediatamente previo a la violación sexual de su madre (*supra* párr. 83), hecho que previsiblemente generó una profunda alteración psicológica, intenso temor e incertidumbre. La perita Correa González indicó que el impacto psicológico más evidente “tiene que ver con las huellas de las imágenes de horror con las que han tenido que vivir durante tanto tiempo, además del hecho de haber experimentado la muerte por la posibilidad de que su madre hubiera muerto y de la violencia de la que fue objeto les ha ido generando una sensación de temor y de desconfianza ante la vida”⁸¹. Al respecto, la Corte observa que dos de los hijos presentes al momento previo a la violación sexual, Nérida Prisciliano Fernández y Colosio Prisciliano Fernández tenían tres y cuatro años, constando al Tribunal que solamente este último tiene algunos recuerdos de los hechos⁸². Por su parte, las dos hijas mayores tienen recuerdos claros de lo ocurrido⁸³ e incluso la mayor, Noemí Prisciliano Fernández, ha declarado sobre los hechos que presencié y el impacto que ello le generó⁸⁴. Debido a las diferentes vivencias e intensidad en el recuerdo, la Corte entiende que la afectación producida por haber presenciado los hechos previos a la violación sexual no es igual para los cuatro hijos⁸⁵.

146. Por otra parte, la afectación de los hijos también está relacionada con la búsqueda de justicia que emprendieron sus padres, así como con las consecuencias que esa búsqueda, conjuntamente con los efectos de la propia violación sexual, generaron en las relaciones intrafamiliares. El Tribunal ha constatado que la señora

⁸¹ Peritaje psicosocial realizado por la señora Correa González, *supra* nota 113, folio 1618. La Corte hace notar que el peritaje de la señora Correa indica que a los “niños pequeños no se les realizaron entrevistas para no causar daño, debido a que podrían revivir sus recuerdos sin posibilidad de contención ante la situación”.

⁸² *Cfr.* Valoración del impacto psicológico, *supra* nota 30, folio 5691.

⁸³ *Cfr.* Valoración del impacto psicológico, *supra* nota 30, folios 5690 y 5691.

⁸⁴ *Cfr.* Declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folio 1494.

⁸⁵ Conforme al acta de nacimiento Neftalí Prisciliano Fernández nació el 17 de septiembre de 2003, es decir un año y medio después de haber ocurrido los hechos, *cfr.* Acta de nacimiento de Neftalí Prisciliano Fernández, *supra* nota 65, folio 3886.

Fernández Ortega y su esposo se vieron obligados a desplazarse de su comunidad en aquellas ocasiones que debieron realizar diligencias relacionadas con la búsqueda de justicia en el caso. Consecuentemente tuvieron que dejar a sus hijos solos en la casa, lo cual generaba en los niños un profundo miedo, especialmente por la presencia de militares en la zona⁸⁶. De tal modo, los hechos del caso y la búsqueda de justicia generaron cambios significativos y perjudiciales en la vida familiar que afectaron de manera especial a los hijos, quienes han experimentado un profundo sufrimiento durante todos estos años⁸⁷.

⁸⁶ Noemí Prisciliano Fernández declaró: “yo me quedaba sola con mis hermanos y me daba mucho miedo porque me la pasaba pensando que los militares iban a venir otra vez”, declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folio 1494. Asimismo el señor Prisciliano Sierra manifestó: “cada vez que íbamos a Ayutla teníamos que dejar solos a nuestros hijos con miedo de que les pasara algo”, declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folio 1502. Por su parte la señora Fernández Ortega declaró: “cada vez que bajábamos a Ayutla eran muchos problemas, porque mis hijos se quedaban solos, y me daba miedo [...] que llegaran más militares y les hicieran algo”, declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1486.

⁸⁷ La señora Fernández Ortega declaró “nuestros hijos también han sufrido mucho por lo que nos pasó, sobre todo los que vieron como los soldados empezaron a abusar de mí. A Noemí y Ana Luz ya las mandamos a Ayutla porque en Barranca Tecoani les puede pasar algo. Como ellas vieron todo, yo veo que sufren mucho y que se acuerdan de lo que pasó, porque ellas le tienen miedo a los militares. Los más chicos también sufren. Colosio y Nélide eran muy chicos cuando pasó todo pero bien se dan cuenta de cómo hemos tenido problemas y no les va bien en la escuela. Hasta Neftalí que no había nacido cuando vinieron los militares, veo que tiene miedo y que no se despegaba de mí”, declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1488. Noemí Prisciliano Fernández declaró: “a veces yo y mis hermanos nos quedábamos solos y no había nada que comer, porque el poco dinero lo ocupaban para salir a pedir justicia. Luego, cuando mi papá y mi mamá volvían, a veces veía que discutían mucho por lo que había pasado y se desesperaban. Fue muy difícil todo eso. Yo a veces nada más me quedaba callada o me despertaba en las noches llorando y con miedo. Yo pienso que después de lo que pasó todo cambió para nosotros [...] me siento enojada o con miedo [...] Ya ahora hablo español y tuve que venir a Ayutla para estudiar y vuelvo a mi casa [...] seguido, pero como quiera siento miedo cuando ando sola o cuando veo a los militares. Y ya que soy más grande veo que también mi papá, mi mamá y mis hermanos andan con miedo también. Antes [...] todos vivíamos bien, pero después todo cambió, mis hermanos están muy tristes en la escuela, los otros niños se ríen

147. Adicionalmente, en lo que respecta a la joven Noemí Prisciliano Fernández, ella tuvo que presentarse a las autoridades para declarar sobre los hechos⁸⁸. Así lo ha constatado el peritaje de la señora Correa González, al indicar que el hecho de haber tenido que declarar ante instancias públicas a su corta edad “le ha generado una victimización secundaria debido a que recordó, en presencia de autoridades gubernamentales, lo que le sucedió a su madre, causándole mucho temor e ira, sensación que permaneció por mucho tiempo”⁸⁹.

148. La perita Correa González indicó que “el clima emocional de la familia [...] ha estado permeado por el miedo. Se observa la imposibilidad de hablar de la emoción que los afecta, tienen el temor a despertar lo que ha quedado en silencio por tanto tiempo, a no saber qué decir, y a no saber qué hacer. Este sentimiento de estar en permanente riesgo ha hecho que se encuentren en la incertidumbre e inseguridad generando un agotamiento afectivo que les impide mejorar sus relaciones familiares”⁹⁰.

149. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que la violación sexual de la señora Fernández Ortega, así como los hechos relacionados con la búsqueda de justicia y la impunidad del presente caso, implicaron una violación al derecho a la

de nosotros [...], mis hermanos chiquitos casi no se juntan ni juegan con otros niños, mi hermano Colosio que ahora ya está grandecito hasta se ha peleado con otros niños por lo que dicen de mi mamá”, declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folio 1495. Por su parte el señor Prisciliano Sierra manifestó: “después cuando mi hija Noemí terminó la primaria se fue a estudiar su educación secundaria a la ciudad de Ayutla, porque sentíamos que era peligroso le pudiera pasar algo y lo mismo hicimos con Ana Luz”, declaración rendida ante fedatario público por el señor Prisciliano Sierra, *supra* nota 66, folio 1503.

⁸⁸ Noemí Prisciliano Fernández declaró: “estaba muy nerviosa porque no hablaba casi nada de español entonces. Todo eso fue muy difícil porque nadie más nos ayudaba y como que no nos creían lo que había pasado y nos trataban mal por no hablar español”, declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folio 1494.

⁸⁹ Peritaje psicosocial realizado por la señora Correa González, *supra* nota 113, folio 1618.

⁹⁰ Peritaje psicosocial realizado por la señora Correa González, *supra* nota 113, folio 1619.

integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Prisciliano Sierra y de Noemí, Ana Luz, Colosio, Nélide y Neftalí, todos ellos de apellidos Prisciliano Fernández, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

150. Por otra parte, la Corte observa que el alegato de los representantes sobre la alegada violación al artículo 19 de la Convención Americana es extemporáneo (*supra* párr. 140), por lo que no hará ninguna consideración al respecto. Asimismo, el Tribunal estima que no resulta necesario pronunciarse sobre otros alegatos que se refieren a los mismos hechos y que ya han sido analizados a la luz de otras obligaciones convencionales.

* *

151. En cuanto a la madre y hermanos de la señora Fernández Ortega, la Corte considera pertinente recordar que si bien ha determinado en su jurisprudencia que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción *iuris tantum* respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, compañeros y compañeras permanentes, esto se ha limitado a determinado tipo de casos, siempre que ello responda a sus circunstancias particulares, conforme ha sucedido, por ejemplo, en los casos de masacres, desapariciones forzadas de personas, y ejecuciones extrajudiciales⁹¹. No se presume, por tanto, la violación a la integridad personal de familiares en todo tipo de casos, ni respecto de todos los familiares. En el presente caso, la Corte analizará si de la prueba que consta en el expediente se acredita una violación del derecho a la integridad personal de la madre y los hermanos de la señora Fernández Ortega.

152. Respecto de la señora María Lidia Ortega, madre de la señora Fernández Ortega, la Corte solo cuenta con el peritaje de la señora Correa González en el que indica algunas afectaciones que la primera habría sufrido. La Corte no cuenta con prueba suficiente

⁹¹ Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 119; Caso Radilla Pacheco, *supra* nota 33, párr. 162, y Caso Chitay Nech y otros, *supra* nota 18, párr. 220.

que demuestre que las afectaciones alegadas implicaron una violación a la integridad personal de dicha persona. Más aún, determinados alegatos presentados por los representantes para sostener el sufrimiento padecido por la señora María Lidia Ortega, en concreto que “se ha hecho cargo del cuidado de sus nietos cuando ha sido necesario, para que la señora Fernández Ortega pueda llevar a cabo las gestiones que requiere en busca de justicia”, no resultan consistentes con los testimonios de la señora Fernández Ortega, su esposo e hija sobre las consecuencias de la búsqueda de justicia, que implicó, según indicaron, dejar solos a sus hijos (*supra* párr. 146).

153. En relación con los señores Lorenzo y Ocotlán Fernández Ortega, los representantes refieren que experimentaron sufrimientos por la violación sexual de su hermana y por la falta de justicia. El señor Lorenzo Fernández Ortega fue objeto de tortura hasta ser asesinado por el apoyo que brindó a su hermana en la búsqueda de justicia. Si bien la averiguación previa abierta por este hecho indicó que el cuerpo del señor Lorenzo Fernández Ortega, hallado muerto el 10 de febrero de 2008, presentaba numerosas lesiones⁹², y que la señora Fernández Ortega y otras personas afirman que tal hecho se vincula con la búsqueda de justicia en el presente caso⁹³, la Corte observa que se trata de imputaciones genéricas que carecen de respaldo probatorio. De tal modo, el Tribunal no cuenta con prueba suficiente que le permita acreditar el nexo causal de la agresión que sufrió el señor Lorenzo Fernández Ortega con los hechos del presente caso. De igual modo, la Corte tampoco cuenta con prueba testimonial, pericial o documental

⁹² Cfr. Ministerio Público del Fuero Común de Allende. Averiguación previa ALLE/SC/01/032/2008 por homicidio, *supra* nota 30, 5714 a 5725.

⁹³ La señora Fernández Ortega declaró: t]ambién en el mes de febrero de 2008 a mi hermano Lorenzo Fernández Ortega, que todo el tiempo me estuvo acompañando y dándome consejo y ánimo para que siguiera pidiendo justicia, lo encontraron muerto y torturado. [...] en lugar que me hagan justicia por la violación que me hicieron, mataron a mi hermano que me apoyaba mucho y siempre me ayudó” Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1489. En términos similares Cfr. Peritaje psicosocial realizado por la señora Correa González, *supra* nota 113, folios 1612 y 1613, y declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folio 1495.

que demuestre una violación al derecho a la integridad personal del señor Ocotlán Fernández Ortega.

154. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte no encuentra probada la violación al derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora María Lidia Ortega, y de los señores Lorenzo y Ocotlán Fernández Ortega.

F. Injerencia en el domicilio familiar

155. Los representantes afirmaron que los miembros del Ejército invadieron el domicilio de la víctima y sus familiares de manera arbitraria, por lo que solicitaron que se declare la violación del derecho a la intimidad contenido en el artículo 11.2 de la Convención en perjuicio de la señora Fernández Ortega y de su familia.

156. Este Tribunal ha establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta⁹⁴.

157. Asimismo, la Corte ha establecido que la protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar⁹⁵.

158. La señora Fernández Ortega manifestó que el día de los hechos “se encontraba en el interior de su domicilio en compañía de sus hijos y que en esos momentos llegaron once m]ilitares y tres de

⁹⁴ Cfr. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 155; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra* nota 15, párr. 232, y *Caso Manuel Cepeda Vargas*, *supra* nota 18, párr. 49.

⁹⁵ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 117, párrs. 193 y 194, y *Caso Escué Zapata. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 95.

ellos [...] se introdujeron en su domicilio sin su consentimiento⁹⁶. En esos términos se manifestó ante el Ministerio Público, cuando denunció los hechos, y ante esta Corte, en su declaración rendida ante fedatario público. Su hija Noemí Prisciliano Fernández en su declaración ante esta Corte señaló que se encontraba con la señora Fernández Ortega en la cocina cuando ingresaron tres militares⁹⁷. El Estado señaló que la Constitución Política y el Código de Justicia Militar prohíben al Ejército allanar casas de habitación.

159. Con base en lo anterior, la Corte considera que el ingreso de efectivos militares en la casa de la señora Fernández Ortega sin autorización legal ni el consentimiento de sus habitantes, constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio familiar. Por tanto, la Corte concluye que se violó el derecho consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Fernández Ortega, del señor Prisciliano Sierra, y de Noemí, Ana Luz, Colosio y Nélida, todos ellos de apellidos Prisciliano Fernández. [...]

⁹⁶ Denuncia interpuesta por la señora Fernández Ortega ante el Ministerio Público del Fuero Común del Distrito Judicial de Allende, *supra* nota 69, folio 6836. Asimismo, ver declaración rendida ante fedatario público por la señora Fernández Ortega, *supra* nota 62, folio 1484.

⁹⁷ Declaración rendida ante fedatario público por Noemí Prisciliano Fernández, *supra* nota 68, folio 1493.

Estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres para acceder a recursos judiciales cuando son víctimas de violencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Relatoría sobre los derechos de la mujer
Acceso a la justicia para mujeres víctimas de
violencia en las Américas
OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007

I. INTRODUCCIÓN

[...] B. Marco jurídico del informe: normas y estándares internacionales aplicables al derecho de las mujeres para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos cuando son víctimas de violencia

23. El sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos, que incluye los derechos de las mujeres en casos de violencia. En las Américas, los principios vinculantes de igualdad y no discriminación representan el eje central del sistema interamericano de derechos humanos y de los instrumentos vinculantes y aplicables al presente análisis, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la "Convención Americana"), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la "Declaración Americana") y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (en adelante la "Convención de Belém do Pará"). Estos instrumentos afirman el derecho de las mujeres a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz que cuente con las debidas garantías cuando denuncian hechos de violencia, así como la obligación de los Estados

de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos hechos³¹.

24. La Declaración Americana y la Convención Americana han consagrado una serie de principios básicos y obligaciones relacionados con el derecho de acceder a una adecuada protección judicial. Los artículos XVIII de la Declaración Americana y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados. La protección de estos derechos se ve reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el artículo 1.1 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte Interamericana”) ha establecido que:

El artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo

³¹ Igualmente, instrumentos claves como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen obligaciones fundamentales de los Estados para facilitar el acceso a la justicia de sus constituyentes. Varios de los principios incorporados en estos instrumentos que son particularmente relevantes para este informe son:

- La protección de los derechos humanos se debe otorgar sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (Declaración Universal, artículo 2)
- Igualdad ante la ley y la protección no-discriminatoria de la ley. (Declaración Universal, artículo 7; Pacto Internacional, artículo 26)
- Derecho a un remedio efectivo por un tribunal nacional competente por violación a derechos fundamentales. (Declaración Universal, artículo 8)
- Derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Declaración Universal, artículo 10; Pacto Internacional, artículo 14)
- Derecho a la igualdad de derechos en el matrimonio, durante y en su disolución. (Declaración Universal, artículo 16)

para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido (...) El artículo 25 “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática (...)”. Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1 (...) que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías (...) para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza³².

25. El acceso a una tutela judicial efectiva debe ser otorgado de manera no discriminatoria bajo la Convención Americana, en concordancia con el artículo 1.1. En este sentido, el artículo 24 de la Convención Americana establece el derecho a la igualdad ante la ley.

1. Obligación de debida diligencia

26. Los objetivos principales del sistema regional de derechos humanos y el principio de eficacia requieren la implementación de dichas garantías. En consecuencia, cuando el ejercicio de cualquiera de estos derechos aún no está garantizado *de jure y de facto* por los Estados en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, tienen el compromiso de adoptar medidas legislativas y de otro tipo necesarias para llevarlos a la práctica. Por lo tanto, el deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a ponerlos formalmente a disposición de las víctimas, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas³³. La Corte Interamericana ha afirmado que:

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de

³² Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 169; Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 93.

³³ Al respecto, la Corte Interamericana ha razonado que: “En relación con este caso, el Tribunal estima que, para satisfacer el derecho de acceso a un recur-

la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla³⁴.

27. En dicho marco, los Estados tienen el deber de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos. Este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad³⁵. Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público,

so efectivo, no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. Como ha quedado establecido, uno de los efectos de la cosa juzgada es su obligatoriedad. La ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho". Corte I.D.H., *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 220.

³⁴ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 235 citando Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 121; Corte I.D.H. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 185; Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

³⁵ Véase Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Una serie de convenciones interamericanas también establecen expresamente la obligación del Estado de actuar con debida diligencia para proteger los derechos humanos como, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Interamericana Contra la Tortura y el artículo 7 inciso b de la Convención de Belém do Pará.

de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos³⁶.

28. La impunidad ante las violaciones de los derechos humanos existe cuando hay “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” y “(...) el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”³⁷. Para prevenir la impunidad, el Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 1 de la Convención Americana, de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención:

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención.³⁸

³⁶ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.

³⁷ Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 176 citando Corte I.D.H., *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173.

³⁸ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 43, citando Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Senten-

29. El sistema interamericano de derechos humanos ha afirmado que la responsabilidad de los Estados de actuar con la debida diligencia frente a actos violentos se extiende a las acciones de actores no estatales, terceros y particulares. Al respecto, la Corte Interamericana ha enfatizado que:

dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención³⁹.

30. Complementando dicho parámetro de imputación de responsabilidad, la Corte ha señalado recientemente en su sentencia sobre el caso de la *Masacre de Pueblo Bello* que:

un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar

cia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 176 y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

³⁹ Corte I.D.H., *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111.

ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁴⁰.

31. Para establecer dicha imputabilidad internacional de actos de terceros como violaciones atribuibles al Estado, la Corte se ha basado en la doctrina de la Corte Europea. Dicha doctrina sugiere que puede aplicarse la responsabilidad estatal de violaciones cometidas por terceros cuando se demuestra que el Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y no adoptó medidas razonables para evitarlo. La Corte Interamericana ha citado la jurisprudencia europea, la cual establece que:

Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo (ver la sentencia de Osman ..., pág. 3159, párr. 116). (Traducción de la Secretaría)⁴¹.

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123.

⁴¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Kiliç v. Turkey*, sentencia del 28 de marzo de 2000, Aplicación No. 22492/93, párrs. 62 - 63; *Osman v. the United Kingdom*, sentencia del 28 de octubre de 1998, *Reports of Judgments*

32. La Convención de Belém do Pará afirma que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia contra las mujeres. Esta Convención refleja una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, su relación con la discriminación históricamente sufrida, y la necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla. Algunos ejemplos de la discriminación padecida por las mujeres en las Américas, tanto en tiempos de paz como de conflicto, y en la presencia de avances legislativos y de políticas públicas, han sido una desigual participación en asuntos civiles y políticos; un acceso limitado a los beneficios del desarrollo económico y social de sus sociedades; un tratamiento desigual dentro de la familia; y el ser víctimas y estar expuestas a diferentes formas de violencia psicológica, física y sexual⁴². La CIDH ha manifestado en el pasado que a pesar de que las mujeres constituyen aproximadamente la mitad de la población del hemisferio, todavía este factor no se refleja en los niveles de toma de decisiones en las esferas políticas, sociales, económicas y culturales⁴³. El acceso limitado de las mujeres, especialmente cuando han sido víctimas de violencia y discriminación, es el resultado de este patrón de discriminación y tratamiento inferior.

33. La Convención de Belém do Pará reconoce el vínculo crítico que existe entre el acceso de las mujeres a una adecuada protección judicial al denunciar hechos de violencia, y la eliminación del problema de la violencia y la discriminación que la perpetúa. El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece las obligaciones

and Decisions 1998-VIII, párrs. 115 - 116; Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 124.

⁴² Véase CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/SER.L/V/II.98, doc. 17, 13 de octubre de 1998; CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003; CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

⁴³ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/SER.L/V/II.98, doc. 17, 13 de octubre de 1998.

inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación para evitar la impunidad:

- En la esfera de la administración de la justicia, establece explícitamente que los Estados deben “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” y “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (...)”
- En cuanto al marco normativo, dispone que los Estados deben incluir en su legislación interna “normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”, así como adoptar “las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.
- Igualmente, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas de protección judicial “para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”.

34. La Convención de Belém do Pará también establece que los Estados se comprometen a adoptar progresivamente un conjunto de medidas pertinentes que garanticen el derecho de las mujeres a un acceso adecuado, efectivo y oportuno a la justicia en casos de violencia, que incluyen⁴⁴:

- El desarrollo de programas de capacitación para el “personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer”.
- La implementación de acciones educativas orientadas al público en general “sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda” y la

⁴⁴ Véase Convención de Belém do Pará, artículo 8.

adopción de acciones públicas para “modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”.

- El ofrecimiento de servicios de apoyo para las víctimas de violencia”especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados”; y
- Asegurar “la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios (...)”.

35. La CIDH examinó los principios consagrados en la Convención de Belém do Pará en su informe de fondo sobre el caso de *Maria da Penha Maia Fernandes*⁴⁵, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil al convertirse trágicamente en parapléjica como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por su esposo, a pesar de haber presentado varias denuncias ante el Estado. En la resolución de este caso, la Comisión aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años⁴⁶.

⁴⁵ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

⁴⁶ La CIDH encontró que el Estado había violado los derechos de la víctima a garantías y protecciones judiciales efectivas garantizados bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el artículo 1(1), y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 60.

36. En dicho caso, al encontrar violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la CIDH estableció entre los principios más importantes, que la obligación de los Estados frente a casos de violencia contra las mujeres, incluye los deberes de procesar y condenar a los responsables, así como el deber de “prevenir estas prácticas degradantes”⁴⁷. En la presencia de “procesos claros y determinantes elementos de prueba” para completar un juzgamiento, no deben existir retardos injustificados en la toma de decisiones y se debe completar rápida y efectivamente el proceso penal⁴⁸. La CIDH estableció que la ineffectividad judicial antes casos de violencia contra mujeres crea un ambiente de impunidad que facilita la violencia “al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”⁴⁹.

37. En el contexto de este informe, la Comisión emitió una serie de recomendaciones concretas orientadas a la reparación del daño sufrido por la víctima y la eliminación de la tolerancia estatal frente a la violencia. Entre los principios incorporados en las recomendaciones se encuentran: la necesidad de adoptar medidas de capacitación y sensibilización destinadas a funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia contra las mujeres y programas educativos para la población en general; la necesidad de simplificar los procedimientos judiciales penales para poder reducir los tiempos procesales sin afectar los derechos y garantías de debido proceso; e incrementar el número de instancias en las que las víctimas de violencia pueden interponer denuncias⁵⁰.

⁴⁷ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56.

⁴⁸ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párrs. 38-39, 44.

⁴⁹ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56.

⁵⁰ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 61.

38. Igualmente, la CIDH ha establecido que en relación a casos de violencia contra las mujeres, el derecho a un recurso judicial efectivo contenido en el artículo 25 de la Convención Americana, interpretado junto con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 8.1, debe entenderse como “el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado --sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado-- de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”⁵¹. La CIDH ha identificado la investigación como una etapa crucial en casos de violencia contra las mujeres, y ha afirmado que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”⁵².

39. Las obligaciones comprendidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y 7 de la Convención de Belém do Pará pertinentes a los procesos de investigación, juzgamiento y reparación de violaciones a los derechos humanos, pueden analizarse a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano destinada a proteger los derechos humanos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado. En concordancia, cuando la Corte Interamericana y la CIDH evalúan la efectividad de procesos judiciales internos para remediar violaciones a los derechos humanos, su examen considera los procesos en su totalidad, incluyendo decisiones tomadas a diferentes niveles, para determinar si todos los procedimientos y la manera en que la evidencia fue producida fueron justos⁵³.

⁵¹ CIDH, Informe de Fondo, N° 5/96, *Raquel Martín de Mejía* (Perú), 1 de marzo de 1996, pág. 22.

⁵² CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 137.

⁵³ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 220.

40. La jurisprudencia del sistema interamericano ha reiterado que la ausencia de una investigación y sanción constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares, y respecto de la sociedad para conocer lo ocurrido⁵⁴. El precedente interamericano ha destacado la importancia de realizar una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial ante violaciones de derechos humanos. La Corte ha establecido que la investigación se debe efectuar:

con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad⁵⁵.

41. La CIDH ha establecido que la investigación debe llevarse a cabo de manera inmediata, exhaustiva, seria e imparcial⁵⁶ y debe estar orientada a explorar todas las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción. El Estado puede ser responsable por no “ordenar, practicar o valorar pruebas” que pueden ser fundamentales para el debido esclarecimiento de los hechos⁵⁷.

⁵⁴ Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 134; véase también CIDH, Resolución 1/03 *sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales*, 24 de octubre de 2003, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, 29 de diciembre de 2002, Anexo I; Corte I.D.H. *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 99-101 y 109; y Corte I.D.H., *Caso Bamaca Velásquez. Reparaciones*, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párrs. 74-77.

⁵⁵ Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 188; Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177; Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 226.

⁵⁶ CIDH, Informe de Fondo, N° 55/97, *Juan Carlos Abella y Otros* (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 412.

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 230.

42. El deber de debida diligencia para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. En tal sentido, la obligación del artículo 7 inciso B de la Convención de Belém do Pará debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida en el artículo 8 inciso H de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios.

43. Dado el relevante interés público de la información estadística vinculada al problema de la violencia contra las mujeres, los Estados deben contar con mecanismos legales y administrativos apropiados para garantizar un amplio acceso a esa información, estableciendo vías de difusión de la misma y promoviendo el debate y el escrutinio público de las políticas que se implementen en este ámbito.

44. Asimismo, las expertas y los expertos internacionales han identificado una serie de principios que pueden guiar y ser incorporados en cualquier sistema de recopilación de información diseñado a nivel nacional en las Américas para reunir estadísticas sobre incidentes de violencia contra las mujeres⁵⁸. Los organismos estatales encargados de recopilar estadísticas a nivel nacional y los ministerios como los de Justicia y Salud, desempeñan un papel cla-

⁵⁸ División del Avance de la Mujer, Naciones Unidas, Comisión Económica de Europa y la Organización Mundial de la Salud, Reunión de Expertos, *Violencia Contra la Mujer: Una Revisión de las Estadísticas, Desafíos y Vacíos en la Recolección de Estadísticas, Metodología y Estrategias para Superarlos*, 11-14 de abril de 2005, Ginebra, Suiza, Reunión Preparatoria al Estudio en Profundidad sobre Violencia Contra la Mujer del Secretario General de las Naciones Unidas que se publicó recientemente. El estudio se encuentra disponible en Internet:<http://www.un.org/womenwatch/daw/>.

ve en la identificación de estándares y metodologías sobre la forma de recopilar información, y de asegurar que ésta se obtenga de manera consistente y con la debida frecuencia y que se difunda efectiva y prontamente. Las actividades de recopilar información por parte de los Estados deben llevarse a cabo en colaboración y consulta con diversos sectores que cuentan con información clave, incluidas las víctimas, sus comunidades, centros y entidades estatales que se encargan del tema, el sector académico, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil. Es imprescindible institucionalizar la colaboración entre los productores de estadísticas y los usuarios.

45. Existen una serie de organizaciones internacionales y regionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante “CEPAL”) y otros organismos de las Naciones Unidas que han formulado una serie de indicadores sobre violencia y discriminación contra las mujeres y han preparado valiosos estudios sobre estos fenómenos, que constituyen herramientas útiles para los Estados en esta esfera. Los esfuerzos deben ser transparentes y la seguridad y la privacidad de las víctimas debe constituir una prioridad. La información recabada debe ser accesible a las víctimas, a la sociedad civil y al público en general, en un formato sensible a una diversidad de audiencias.

2. Debida diligencia y acceso a la protección judicial

46. Tanto la Corte Interamericana como la CIDH han afirmado reiteradamente que la investigación de casos de violaciones de los derechos humanos, que incluye los casos de violencia contra las mujeres, deben llevarse a cabo por autoridades competentes e imparciales. Cuando tales investigaciones no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género o estas autoridades no colaboran entre sí, se registran retrasos y vacíos clave en las investigaciones, que afectan negativamente el futuro procesal del caso⁵⁹.

⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117; CIDH, Informe de Fondo, N° 53/01, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001, párr. 81.

47. En cuanto a las evidencias que deben examinarse en casos de violencia, los principios internacionales afirman que como mínimo se deben recopilar y analizar todas las pruebas materiales y documentales y las declaraciones de los testigos. Ello ha sido afirmado por la CIDH en casos de muertes sospechosas.⁶⁰ Asimismo, las personas a cargo de la investigación deben tener acceso a la escena del crimen⁶¹. En el caso de homicidios, se deben efectuar las autopsias adecuadas y se deben preservar evidencias específicas en caso de sospecha de violencia sexual⁶².

48. También son revelantes para el análisis de este informe las obligaciones contraídas por los Estados en el ámbito internacional, que detallan las obligaciones frente a las víctimas de violencia contra las mujeres en materia judicial. Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas Sobre Todas las Formas de Violencia contra la Mujer consagra en su artículo 4 que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar todo acto de violencia contra las mujeres que sea perpetrado tanto por el Estado como por particulares. Asimismo establece que deben incorporarse en la legislación nacional “sanciones penales, civiles, laborales y administrativas” para sancionar y reparar los actos infligidos⁶³. Igualmente, la Plataforma de Acción de Beijing⁶⁴, adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995, estipula en su párrafo 124

⁶⁰ CIDH, Informe, N° 10/95, *Manuel Stalin Bolaños* (Ecuador), 12 de septiembre de 1995, párrs. 32-34; Informe, N° 55/97, *Juan Carlos Abellay otros* (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párrs. 413a424; Informe, N° 48/97, *Ejido Morelia* (México), 13 de abril de 1996, párrs. 109 - 112.

⁶¹ Naciones Unidas, *Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias*, recomendada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, párr. 15.

⁶² Se debe preservar líquido oral, vaginal y rectal, y bello externo y púbico de la víctima. Véase Naciones Unidas, *Manual de las Naciones Unidas para la Efectiva Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias*, U.N. Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991), párrs. 29-30.

⁶³ Naciones Unidas, *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, Resolución de la Asamblea General, Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994, arts. 4 (c) y (d).

⁶⁴ Naciones Unidas, *Declaración de Beijing y Plataforma de Acción*, Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995).

(d) que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres víctimas de violencia puedan acceder a recursos efectivos y justos, que incluyan compensación e indemnización. Por su parte, la Relatoría de las Naciones Unidas ha descrito recientemente los parámetros de la obligación de debida diligencia como sigue:

hay determinados principios básicos subyacentes en el concepto de la debida diligencia. El Estado no puede delegar su obligación de proceder con la debida diligencia, ni siquiera en situaciones en que algunas funciones son asumidas por otro Estado o por un agente no estatal. El Estado territorial, o el Estado que ejerza jurisdicción o control efectivo en el territorio, es en último término responsable de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la debida diligencia. Este tema está relacionado con el concepto de que la debida diligencia puede implicar obligaciones extraterritoriales para los Estados que ejercen jurisdicción y control efectivo en otros territorios⁶⁵.

49. De estos instrumentos, la CEDAW es particularmente importante, ya que fue diseñada con el objeto de promover la igualdad *de jure* y *de facto* entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales⁶⁶. La CEDAW define la discriminación contra las mujeres de manera amplia en su artículo 1:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera.

⁶⁵ Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; *La Norma de la Debida Diligencia como Instrumento para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*, Comisión de Derechos Humanos, 62° Período de Sesiones, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, párr. 34.

⁶⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), sección II.

50. Esta definición comprende toda diferencia de tratamiento basada en el sexo que intencionalmente o en la práctica coloque a las mujeres en una situación de desventaja, e impida el pleno reconocimiento de sus derechos humanos en las esferas públicas y privadas. Como se ha mencionado anteriormente, el Comité que vigila el cumplimiento de la CEDAW ha establecido que la definición de la discriminación comprendida en la Convención incluye la violencia contra las mujeres⁶⁷.

51. Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció el principio de que los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual, no sólo evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual⁶⁸. En el caso de *MC. v. Bulgaria*, la Corte estableció la responsabilidad internacional del Estado de Bulgaria al haber cerrado una investigación criminal pertinente a un caso de violencia sexual contra una menor de edad, de 14 años, al no encontrar evidencias del uso de la fuerza o resistencia física durante la agresión⁶⁹. La Corte razonó que las autoridades fallaron en considerar todas las circunstancias que pudieron haber inhibido la resistencia física por parte de la víctima en este caso, considerando la particular vulnerabilidad de una menor de edad en casos de violación y el ambiente de coerción creado por el agresor. La Corte expresó que:

Aunque en la práctica puede ser difícil probar la falta de consentimiento en la ausencia de prueba “directa” de una violación, como trazos de violencia o testigos directos, las autoridades deben explorar todos los hechos y decidir en base a una evaluación de todas las circunstancias relacionadas. La investigación y sus conclusiones

⁶⁷ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 19, La violencia contra la mujer*, U.N. Doc. HRI/GEN/1//Rev.1 (1994), pág. 84, párr. 11.

⁶⁸ *M.C. v. Bulgaria*, Eur. Ct. H.R., app. No. 39272/98, Sentencia de 4 de marzo de 2004.

⁶⁹ *M.C. v. Bulgaria*, Eur. Ct. H.R., app. No. 39272/98, Sentencia de 4 de marzo de 2004, párrs. 178-184.

deben centrarse en el aspecto de la falta de consentimiento traducción de la Secretaría ⁷⁰.

52. Al respecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que la recopilación de evidencias físicas en los casos debe ser efectuada por especialistas capacitados en el tipo de violencia que se está investigando, y preferiblemente deben ser del mismo sexo de la víctima. En todo momento, la cultura de la víctima y el contexto en el que se produjo la violencia deben tomarse en consideración y de ser necesario un intérprete, éste debe hacerse disponible y no ser un funcionario público⁷¹.

53. En torno a las actuaciones de los funcionarios judiciales, se ha destacado internacionalmente la importancia de un poder judicial que emita decisiones de manera imparcial e independiente de interferencias de cualquier naturaleza, tanto directas como indirectas⁷². Sobre el comportamiento de los fiscales, se estipula que deben evadir cualquier tipo de discriminación en su trabajo en base a consideraciones políticas, sociales, religiosas, raciales, culturales y sexuales⁷³. Igualmente, se afirma el deber de los gobiernos de poner a disposición de todas las personas a lo largo del territorio nacional y sujetos bajo su jurisdicción, sin distinción alguna, abogados y

⁷⁰ *M.C. v. Bulgaria*, Eur. Ct. H.R., app. No. 39272/98, Sentencia de 4 de marzo de 2004, párr. 181.

⁷¹ Naciones Unidas, *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes*, Asamblea General, Resolución 55/89, U.N. Doc. A/RES/55/89, 22 de febrero de 2001, párr. 6(a); *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Protocolo de Estambul presentado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, U.N. Doc. HR/P/PT/8, 9 de agosto de 1999, párrs. 153, 218, 261, 273.

⁷² Naciones Unidas, *Principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, UN Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 (1985), párr. 59, párr. 2.

⁷³ Naciones Unidas, *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, UN Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 (1990), pág. 189, párr. 11.

servicios legales destinados a personas en situación de desventaja económica y social⁷⁴. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben ejercer sus deberes sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, respetando así los derechos humanos de todas las personas⁷⁵. Igualmente se ha afirmado el deber de la policía de tener como consideración prioritaria la seguridad de la víctima y sus familiares en las decisiones relacionadas con el arresto y detención del agresor⁷⁶. Por su parte, el Estado debe determinar responsabilidades y sancionar, cuando la policía no actúa en concordancia con el marco normativo⁷⁷.

54. Igualmente, los instrumentos internacionales destacan una serie de principios que deben guiar las actuaciones de la administración de la justicia en el tratamiento de las víctimas de violencia contra las mujeres. Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establecen que deben tomarse en cuenta las necesidades específicas de las víctimas de violencia sexual para facilitar su participación y testimonio en el proceso penal, y deben tener un acceso completo a la información sobre el proceso⁷⁸. Por otra parte, una serie de instrumentos internacionales de protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes,

⁷⁴ Naciones Unidas, *Principios básicos sobre la Función de los Abogados*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, UN Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 (1990), párr. 118.

⁷⁵ Naciones Unidas, *Código de Conducta Para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, A.G. res. 34/169, anexo, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 186, UN Doc. A/34/46 (1979), párr. 186.

⁷⁶ Naciones Unidas, *Medidas de Prevención del Delito y de Justicia Penal para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/52/86, 2 de febrero de 1998, anexo, sección II.

⁷⁷ Naciones Unidas, *Medidas de Prevención del Delito y de Justicia Penal para la Eliminación de la Violencia contra la Mujeres*, Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/52/86, 2 de febrero de 1998, anexo, sección II.

⁷⁸ Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*, U.N. Doc.PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 16(d).

destacan la importancia de proteger la salud mental y física de las víctimas durante la duración del proceso penal, incluyendo la etapa de investigación, un principio que puede ser aplicado por la CIDH a casos de violencia contra las mujeres para evitar la revictimización de la agraviada⁷⁹. En general, durante el proceso penal, deben adoptarse medidas de protección para proteger la seguridad, la privacidad y la intimidad de las víctimas⁸⁰. Igualmente debe proporcionarse a las víctimas información sobre sus derechos y la forma de ejercerlos dentro del proceso penal, en todas las fases de éste⁸¹.

55. En cuanto al tipo de pruebas que son admisibles en casos de violencia sexual, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se han pronunciado sobre la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima en casos de violencia sexual, por el ambiente de coerción que puede crear el agresor y una diversidad de factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente a su agresor⁸². Igualmente,

⁷⁹ Véase *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Protocolo de Estambul presentado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, U.N. Doc. HR/P/PT/8, 9 de agosto de 1999; *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Asamblea General, Resolución 55/89, U.N. Doc. A/RES/55/89, 22 de febrero de 2001; Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, A.G. res. 40/34, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 214, UN Doc. A/40/53 (1985), art. 6.

⁸⁰ Naciones Unidas, *Medidas de Prevención del Delito y de Justicia Penal para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/52/86, 2 de febrero de 1998, párr. 9.

⁸¹ Naciones Unidas, *Medidas de Prevención del Delito y de Justicia Penal para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/52/86, 2 de febrero de 1998, párr. 10; Naciones Unidas, *Principios de Base y Pautas en el Derecho a un Remedio y la Reparación para las Víctimas de Violaciones Gruesas de la Ley Internacional de los Derechos Humanos y de Violaciones Serias de la Ley Humanitaria Internacional*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (2005), sección VI, párr. 5.

⁸² Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70. Las Reglas establecen que: En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

se ha señalado que son inadmisibles las evidencias de la conducta sexual previa de la víctima⁸³.

56. La obligación de los Estados fijada por el artículo 7 inciso D de la Convención de Belém do Pará, de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de las mujeres en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad, debe ser interpretada como un aspecto particular de la obligación de garantizar el acceso a mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial conforme lo dispone el artículo 25 de la Convención Americana. En tal sentido, una dimensión particular del derecho a la protección judicial, consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. El artículo 8 inciso D de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas.

57. En su *Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, la CIDH estableció algunos

-
- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
 - b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
 - c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
 - d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

⁸³ Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 71.

principios generales que deben regir las acciones de tutela cautelar en los Estados⁸⁴. La Comisión manifestó entonces:

1. Así, el derecho a la protección judicial crea en los Estados la obligación de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos, entre ellos, la vida y la integridad física en el ámbito local. Varias legislaciones nacionales han adoptado estos recursos a través de figuras tales como *habeas corpus*, amparos, acción de tutela, *writ of injunction*, *mandados de segurança* o medidas de protección de personas, etc.
2. Dada la naturaleza especial de estos recursos, en virtud de la urgencia y la necesidad en la que éstos deben actuar, algunas características básicas son necesarias para que éstos puedan considerarse idóneos en el sentido en que lo han establecido la Comisión y la Corte. Entre estas características se encuentran, por ejemplo, que los recursos sean sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes. Asimismo, es necesario que las personas cuenten con la posibilidad de acceder a las instancias judiciales federales o nacionales cuando se sospecha parcialidad en la actuación de los órganos estatales o locales. Igualmente, es necesaria una amplia legitimación activa de estos recursos, tal que permita que los mismos puedan ser promovidos por familiares u órganos públicos como fiscales o defensores públicos, o defensores del pueblo en representación de las personas amenazadas, sin requerir su firma. También es conveniente que tales recursos puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas, esto es, para proteger a un grupo determinado o determinable conforme a ciertos parámetros, afectado o bajo situación de riesgo inminente. Además, debe preverse la aplicación de medidas de protección en consulta con los afectados y con cuerpos de seguridad especiales distintos de aquellos de los que se sospecha, entre otras previsiones.
3. En este sentido, por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que en un breve lapso de tiempo se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados. Por ejemplo, mientras que en derecho penal una amenaza contra la vida sólo se configura con la iniciación de

⁸⁴ CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, 7 de marzo de 2006, págs. 35-36.

la etapa ejecutiva del delito, en materia cautelar la protección del derecho a la vida debería incluir la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta.

58. Asimismo se ha afirmado internacionalmente el derecho de las víctimas de violaciones de sus derechos humanos a obtener una reparación “adecuada, efectiva y rápida” ante los actos perpetrados, proporcional al daño sufrido⁸⁵. Esta debe ser integral y debe incluir las garantías de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición⁸⁶.

3. Violencia y discriminación

59. El artículo 6 de la Convención de Belém do Pará establece que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. La CIDH ha establecido en sus precedentes que la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación, está íntimamente vinculada con la prevención de la violencia contra las mujeres. Por ello ha procurado examinar el contexto social que determina la violación de los derechos de las víctimas, considerando el caso particular como exponente de prácticas reiteradas o como evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad que afecta a las mujeres en una sociedad determinada.

⁸⁵ Naciones Unidas, *Principios de Base y Pautas en el Derecho a un Remedio y la Reparación para las Víctimas de Violaciones Gruesas de la Ley Internacional de los Derechos Humanos y de Violaciones Serias de la Ley Humanitaria Internacional*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (2005); *Principios y Directrices Básicas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, A/RES/60/147 (2006).

⁸⁶ Naciones Unidas, *Principios de Base y Pautas en el Derecho a un Remedio y la Reparación para las Víctimas de Violaciones Gruesas de la Ley Internacional de los Derechos Humanos y de Violaciones Serias de la Ley Humanitaria Internacional*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (2005), párrs. 19-23.

60. En sus precedentes *María Eugenia Morales de Sierra*⁸⁷ y *María Da Penha Fernandes*⁸⁸, la CIDH hizo mención expresa a la relación de poder históricamente desigual entre los sexos, que determinó y determina que las mujeres tengan un papel inferior al hombre en las sociedades. Asimismo, la Comisión sugirió una revisión de la dicotomía tradicional entre la esfera privada y el espacio público, en función de la cual los asuntos privados, domésticos, particulares o íntimos, están al margen de la intervención estatal. Este esquema ubica a la familia como el ámbito geográfico de lo doméstico, como un espacio de relaciones que exige la no injerencia estatal. En dicha esfera, se predica erróneamente que el Estado debería abstenerse de cualquier intromisión en resguardo de la autonomía personal. Los casos mencionados reconocen la falencia del concepto tradicional sobre el papel del Estado en el ámbito familiar, al reconocer las jerarquías sexuales y la existencia de la opresión de las mujeres que existen de hecho en ese ámbito, en gran medida generadas por la supuesta neutralidad de las normas y de las políticas públicas y la inacción del Estado.

61. Así, en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra*⁸⁹, la CIDH encontró violaciones de los artículos 1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana cuando las disposiciones del Código Civil de Guatemala referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones exclusivamente al esposo, en virtud de su papel como proveedor de ingresos y, en el caso de la madre, por su papel como esposa, madre y ama de casa. La Comisión halló que, lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges⁹⁰. Al respecto, la Comisión sostuvo que los artículos del código civil cuestionados:

⁸⁷ CIDH, Informe de Fondo, N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001.

⁸⁸ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *María Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

⁸⁹ CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001.

⁹⁰ CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 44.

tienen un efecto continuo y directo en la víctima en este caso, al contravenir su derecho a igual protección y a estar libre de toda discriminación, al no brindar protección para garantizar que sus derechos y responsabilidades en el matrimonio sean iguales y equilibrados con los de su esposo, y al no defender su derecho al respeto de su dignidad y su vida privada⁹¹.

62. En este caso, la CIDH expresó su preocupación sobre las consecuencias graves de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus papeles, incluido el potencial de violencia contra las mujeres. Destacó fundamentalmente el grave impacto que las disposiciones cuestionadas tienen dentro del ámbito familiar⁹². Consideró que las disposiciones del Código Civil aplicaban nociones estereotipadas del papel que desempeñan las mujeres y los hombres, que perpetúan la discriminación *de facto* contra las mujeres en la esfera familiar⁹³. En consecuencia, sostuvo que la aplicación de “nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres” no constituye un criterio apropiado para asegurar la igualdad y el adecuado equilibrio de los derechos y responsabilidades entre los hombres y las mujeres en la esfera familiar.

63. En su decisión, la CIDH reconoció la relación entre las desigualdades de género y la prevalencia de la violencia contra las mujeres ya esgrimida en el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará. Para ello, hizo propio lo afirmado por instrumentos del sistema interamericano e internacional de derechos humanos que versan sobre el tema. En aquel precedente, la CIDH consideró especialmente su *Informe sobre la Condición de las Mujeres en las Américas*⁹⁴ que, además de determinar la falta de igualdad formal de las

⁹¹ CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 52.

⁹² CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párrs. 44 y 48.

⁹³ CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 44.

⁹⁴ CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998.

mujeres de la región, específicamente señala a la violencia contra las mujeres como un desafío prioritario. Según este informe:

La mujeres aún no alcanzan igualdad jurídica plena en todos los países de la región (...) aunque la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho (...) Varios países poseen, en mayor o menor medida, normas discriminatorias y/o restricciones a los derechos civiles de la mujer dentro del matrimonio (...) En numerosos códigos penales valores tales como la honra, el pudor social, la doncellerz, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que pusieron resistencia en el caso del delito de violación, o sometiéndolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización (...) todavía persisten las mencionadas situaciones de desprotección hacia las mujeres víctimas de violencia, por falta de legislación adecuada, o porque la legislación vigente no se cumple⁹⁵.

64. En su precedente *Maria Eugenia Morales de Sierra*, la CIDH considera como fundamento de su decisión entre otras fuentes de derecho, la Recomendación General No. 19⁹⁶ del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la parte en la que afirma que “la falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas”⁹⁷.

⁹⁵ CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998, conclusiones.

⁹⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 19, La violencia contra la mujer*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

⁹⁷ La CIDH en el caso remite expresamente a los párrafos 23 y 11 de la mencionada Recomendación. A fin de comprender acabadamente el sentido de la cita efectuada por la CIDH, corresponde transcribir los párrafos mencionados *in extenso*. El párrafo 23 de la Recomendación expresa:

La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra las mujeres. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones,

65. La CIDH observa en consecuencia que el sistema interamericano, en base a los claros términos de la Convención de Belém do Pará, ha reconocido que la violencia por razones de género es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”⁹⁸. En este mismo orden de ideas, agrega que las actitudes tradicionales conforme a las cuales la mujer es considerada subordinada del hombre o conformes a las que se considera que tiene funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que comportan violencia o coerción, como la violencia y el abuso familiares. De esta manera, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente que las mujeres puedan disfrutar de derechos y libertades en un pie de igualdad con los hombres. Durante el procesamiento del caso y como consecuencia directa del mismo, el Código Civil guatemalteco fue objeto de importantes reformas, entre ellas el derecho de las mujeres guatemaltecas de trabajar sin el permiso explícito de su esposo.

violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de las mujeres y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad.

Por su parte, el párrafo 11 sugiere que:

Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujeres como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra las mujeres como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a las mujeres subordinadas, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo.

⁹⁸ Convención de Belém do Pará, preámbulo.

66. Otro caso en que la CIDH establece el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres, es el caso anteriormente mencionado de *Maria da Penha Fernandes*⁹⁹. Como parte de su resolución, la CIDH estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial en casos de violencia doméstica. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia va más allá que la de procesar y condenar; y también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”¹⁰⁰.

67. En ese caso, la CIDH afirmó la relación que existe entre la violencia, la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales y la discriminación. Para ello, hace referencia a su Informe Especial sobre Brasil de 1997 donde sostuvo que “existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e internacionales”¹⁰¹. En este caso, la Comisión agregó además que la tolerancia sistemática por los órganos del Estado no hace sino “perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”¹⁰².

⁹⁹ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001.

¹⁰⁰ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 56.

¹⁰¹ En el mismo sentido, más adelante afirma:

Dado que esta violación contra *Maria da Penha* forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos. CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 47.

¹⁰² CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párr. 55. Corresponde mencionar que en virtud del caso *Maria da Penha*, el Estado de Brasil adoptó el pasado 7 de agosto de 2006 la Ley 11.340, llamada la *Ley Maria da Penha*, la cual comprende un conjunto de acciones

68. La relación entre violencia y discriminación también se ha reflejado en otros informes especiales elaborados por la Relatoría sobre derechos de las mujeres de la CIDH¹⁰³. En particular, corresponde hacer referencia al informe sobre la situación de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, dado que es el que más ahonda en el estudio de la relación entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. En dicho informe se considera que la discriminación basada en el género constituye un obstáculo para la sanción y prevención de asesinatos de mujeres. El informe destaca el vínculo entre la subordinación de las mujeres y la violencia:

En este sentido debe subrayarse que, como lo deja en claro la (...) “Convención de Belém do Pará”, la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Como lo establecen la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, esa violencia “es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre”. La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación¹⁰⁴.

69. La CIDH enfatiza que la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos, obedece a la discriminación que afecta a las

estatales destinadas a prevenir, investigar, y sancionar la violencia doméstica y familiar contra las mujeres y sus diferentes manifestaciones. Véase el Comunicado de Prensa N° 30/06 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La Relatoría Sobre Derechos de la Mujer de la CIDH Celebra la Adopción en Brasil de una Ley Específica para Prevenir y Erradicar la Violencia Doméstica y Familiar*, 11 de agosto de 2006.

¹⁰³ CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006; CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003.

¹⁰⁴ CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 7.

mujeres que, como lo sostuvo en el párrafo anteriormente transcrito, se encuentra en una posición de subordinación frente al hombre. El informe expresa:

(...) no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficacia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio es preciso prestar atención a las causas raigales de la violencia contra las mujeres en todas sus principales manifestaciones¹⁰⁵.

70. En las decisiones e informes comentados, la CIDH ha recalcado la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia y discriminación contra las mujeres, utilizando como base instrumentos como la Convención de Belém do Pará, la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En informes de fondo como el de *Maria da Penha Fernandes y Maria Eugenia Morales de Sierra*, se han afirmado aspectos cruciales de los derechos de las mujeres, en especial de su derecho a vivir libres de violencia. También se han fijado principios vinculantes que deben regir las obligaciones de los Estados y plasmarse en sus leyes y políticas. Entre ellos se encuentran el deber del Estado de erradicar efectiva y prontamente actos de diferentes formas de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por agentes estatales como no estatales; el deber de proveer recursos judiciales efectivos e imparciales para las víctimas de violencia; y la obligación de implementar acciones destinadas a erradicar la discriminación contra las mujeres así como patrones estereotipados de comportamiento que promuevan un trato desigual en sus sociedades, que han implicado para las mujeres un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales¹⁰⁶.

¹⁰⁵ CIDH, *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 11.

¹⁰⁶ En los casos *Raquel Martín Mejía* y las *Hermanas González Pérez*, aunque la Comisión no se refirió específicamente al Principio de No Discriminación, con-

a. El deber de revisión de normas, prácticas y políticas discriminatorias

71. El inciso E del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará impone a los Estados, como parte del deber de debida diligencia, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres. Debido a la relación evidente que existe entre discriminación y violencia, este precepto debe interpretarse en el sentido de imponer a los Estados el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de las mujeres. En la sección II.B de este Informe se examinan normas de estas características.

72. El principio de no discriminación aplicado a los problemas de género puede tener diferentes significados que denotan distinto alcance en su protección. Una primera formulación de este prin-

sideró en el marco de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Americana, que la violación sexual constituye tortura. En el primer caso, la Comisión al analizar la violación imputada, determinó que se aplicaban los tres elementos enunciados en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a saber: “un acto intencional a través del cual se infligen a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales”, 2) “cometido con un fin”, y 3) “...por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero”. El análisis relativo al primer elemento toma en consideración tanto los sufrimientos físicos como psicológicos causados por la violación. El informe también señala las consecuencias de corto y largo plazo para la víctima, así como la renuencia de muchas víctimas de denunciar ese tipo de violación. Además, la Comisión opinó que se le había negado su derecho a la protección de la honra y la dignidad bajo el artículo 11. Véase CIDH, Informe de Fondo, N° 5/96, *Raquel Martín de Mejía* (Perú), 1 de marzo de 1996. En el caso de las *Hermanas González Pérez*, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos (*Aydin vs. Turquía*, 57/1996/676/866-, 25 de septiembre de 1997, párr. 83.), la Comisión expresó que “la violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además, la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo (...)”. Véase CIDH, Informe de Fondo, N° 53/01, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 4 de abril de 2001.

cipio, más restringido en términos de su protección, condena las normas, las prácticas y políticas por las cuales un hombre, por el sólo hecho de ser hombre o por supuestos rasgos o condiciones que serían inherentes al hombre, es elegido para un trabajo o un cargo. Por ejemplo, son discriminatorias aquellas normas que postulan que sólo los hombres podrán estudiar una carrera profesional, ejercer determinado trabajo o ser administradores de los bienes de la sociedad conyugal. En consecuencia, en este sentido, el principio de no discriminación postula que las personas no deben ser tratadas desigualmente en base a su sexo, ya que está comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos independientemente de su sexo. Este enfoque presupone un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres¹⁰⁷.

73. Asimismo, dicha postura, en el caso de las mujeres, identifica la igualdad sexual con la igualdad de trato, negando que el derecho deba tolerar o reconocer diferencias intrínsecas entre hombres y mujeres. Desconoce que los hombres y mujeres están corriendo distintas carreras y que la competencia empieza en puntos de partida diferentes. Lo que más preocupa a esta posición es que el derecho cumpla con las pretensiones liberales de objetividad y neutralidad. Por ello, las expertas en género que se enrojan en este pensamiento han focalizado sus esfuerzos en reformar las normas para eliminar las barreras jurídicas que obstaculizan que las mujeres sean tratadas igual que los hombres en la esfera pública. Aquí se presupone que el requisito de igualdad de trato es suficiente para compensar las desventajas experimentadas por las mujeres¹⁰⁸

¹⁰⁷ Sobre la idea de competencia que subyace a la igualdad como igualdad de trato véase María Angeles Barrere Unzueta, y Owen Fiss, *Another Equality, Issues in Legal Scholarship, The Origins and Fate of Antisubordination Theory* (2004): artículo 20. Disponible en internet: <http://www.bepress.com/ils/iss2/art20>.

¹⁰⁸ Para una sucinta descripción de las distintas posiciones sobre la igualdad, véase Hilary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelley Wright, *Feminist Approaches to International Law*, en *American Journal of International Law*, 85 A.J.I.L. 613, 1991; Hilary Charlesworth, *¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujeres?*, en *Derechos Humanos de la Mujeres, Perspectivas Nacionales e In-*

74. El concepto restringido del principio de no discriminación, asociado con una concepción liberal clásica, no es suficiente para justificar medidas de acción afirmativas –el hombre que es rechazado como resultado del proceso de selección que favorece a las mujeres puede reclamar haber recibido un trato injusto- ni permite cuestionar adecuadamente aquellos criterios que en principio parecen neutrales –como la meritocracia- pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas. Su formulación no es utilizada tampoco para cuestionar concepciones sociales arraigadas en la sociedad acerca del determinado papel de las mujeres que las hace responsables en primer grado del cuidado de los niños y del ámbito doméstico y que las excluye de ámbitos públicos tales como el trabajo, la educación y la política.

75. Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antesubordinación¹⁰⁹) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide.

ternacionales, Rebecca Cook (editora) Profamilia, Bogotá, 1997; Isabel Cristina Jaramillo, *La Crítica Feminista al Derecho*, en *Género y Teoría del Derecho*, Editorial Universidad de los Andes, Bogotá, 2000; Cristina Motta, *Observatorio legal de la Mujer. El legado de la Constitución*, Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, Universidad de los Andes, primera parte, 1998.

¹⁰⁹ Véase María Angeles Barrere Unzueta, *Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 60, 2001; *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis conceptual*, *Género y Derechos Humanos*, Zaragoza, 2002 y Owen Fiss.

76. La interpretación amplia del principio de no discriminación promueve el cuestionamiento de arreglos normativos que en la superficie parecen neutrales –por ejemplo la utilización de criterios tales como la meritocracia, la estatura o la antigüedad en el cargo– prácticas sociales –como es la tan sutil y extendida práctica que pone los deberes de cuidado en cabeza de las mujeres– como así también sirve para justificar acciones afirmativas¹¹⁰.

77. Cabe tener presente que, de acuerdo con esta lectura, el principio de no discriminación precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma supuestamente neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo. De ahí la naturaleza eminentemente grupal o colectiva de este principio. Es decir, la discriminación se configura si, por ejemplo, una mujer no es contratada por lo que significa social y laboralmente pertenecer al grupo de mujeres. El trato discriminatorio se manifiesta en forma individual; sin embargo, la fuente del mismo es presumiblemente grupal¹¹¹. El tipo de intervención que se requiere para erradicar la institución social de la jerarquía de género tan arraigada y resistente es de tipo estructural, es decir, dirigida a cambiar espacios e instituciones sociales básicos, como la justicia, la política, la familia y el mercado.

¹¹⁰ Esto fue tenido en cuenta por la Recomendación General No. 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW, referente a medidas especiales de carácter temporal, cuando sostiene que “las calificaciones y los méritos, en particular en el ámbito del empleo en el sector público y el privado, tienen que examinarse detenidamente para ver si reflejan prejuicios de género, ya que vienen determinadas por las normas y la cultura. En el proceso de nombramiento, selección o elección para el desempeño de cargos públicos y políticos, también es posible que haya que tener en cuenta otros factores aparte de las calificaciones y los méritos, incluyendo principios de equidad democrática y participación electoral”. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), sección III, párr. 23.

¹¹¹ María Angeles Barrere Unzueta, *Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades*, Revista Vasca de Administración Pública, N° 60, 2001.

78. En el plano normativo, la Recomendación General No. 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establece que:

La Convención va más allá del concepto de discriminación utilizado en muchas disposiciones y normas legales, nacionales e internacionales. Si bien dichas disposiciones y normas prohíben la discriminación por razones de sexo y protegen al hombre y la mujer de tratos basados en distinciones arbitrarias, injustas o injustificables, la Convención se centra en la discriminación contra la mujer, insistiendo en que la mujer ha sido y sigue siendo objeto de diversas formas de discriminación por el hecho de ser mujer¹¹².

79. A su vez, el principio de no discriminación puede tener múltiples manifestaciones. Una de ellas se refiere a la discriminación producto de un trato desigual basado en una categoría prohibida o sospechosa que excluye, restringe o menoscaba el ejercicio de un derecho. Este tipo de discriminación puede expresarse, por un lado, cuando el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión (por ejemplo, cuando se prohíbe a las mujeres ejercer una profesión o administrar bienes sin consentimiento del marido). Otra forma de discriminación legal puede darse por el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas positivas fijadas por el derecho nacional o internacional.

80. En relación con el primer supuesto, es decir, la utilización del género como motivo para tratar en forma desigual a las personas, el sistema interamericano de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales supremos de varios países americanos, han establecido como principio la presunción del carácter discriminatorio de la medida o política restrictiva. Por ello, cuando se utilizan dichos criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse

¹¹² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), sección II.

un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios¹¹³.

81. El alcance de los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 4/84¹¹⁴. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que:

(...) la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, ésta resultará incompatible con toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideren incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza¹¹⁵.

82. Si bien la Corte indica que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio en los términos de la norma examinada, agregó que la validez de la distinción dependía de que aquélla “partiera de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que

¹¹³ Se ha afirmado que las características que presentan las categorías señaladas como sospechosas consisten en que: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05. Aquí se planteó la violación del principio constitucional a la igualdad y a la prohibición de establecer discriminaciones por razones de género por la posibilidad consagrada en el artículo 1134 del Código Civil de condicionar el goce de un usufructo, uso, habitación o pensión periódica, a una mujer para que permanezca en estado de soltería o de viudez. La Corte declaró inexecutable la norma.

¹¹⁴ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, 19 de enero de 1984.

¹¹⁵ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, 19 de enero de 1984, párr. 55.

expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón; vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana¹¹⁶. Además, en otra opinión la Corte agregó que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido¹¹⁷. La jurisprudencia de la Corte establece en consecuencia que debe mediar un fundado grado de razonabilidad o proporcionalidad en la aplicación de ese criterio de distinción para fundar la restricción al derecho fundamental y que siempre se debe optar por la alternativa que cause menor afectación del derecho.

83. La CIDH por su parte ha sostenido reiteradamente que debe analizarse de manera concienzuda y pormenorizada la restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana, que funcionan de tal modo como una suerte de “categorías sospechadas”. En este caso, se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asiente exclusivamente en el prejuicio.

84. En este sentido, en el *Informe sobre Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad*

¹¹⁶ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, 19 de enero de 1984, párr. 57. Dicho criterio ha sido reiterado por la Corte en la Opinión Consultiva N° 18. Véase Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 91.

¹¹⁷ Corte I.D.H., *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. 5.

y no discriminación¹¹⁸, la Comisión indica que, “para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables”¹¹⁹. Sin embargo, luego aclara que no toda diferencia en el trato en circunstancias similares es necesariamente discriminatoria. Al respecto indica que una distinción basada en “criterios razonables y objetivos” puede servir un interés legítimo del Estado de conformidad con los términos del artículo 24. Puede, de hecho, ser necesaria para que se haga justicia o para proteger a las personas que requieren la aplicación de medidas especiales (...) Una distinción basada en criterios razonables y objetivos: (1) tiene un objetivo legítimo y (2) emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue¹²⁰.

85. Cuando se utiliza un criterio como el sexo para distinguir, una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres puede estar justificada sólo si el motivo aducido para dicho trato desigual es imperioso o de gran importancia o peso. Así la Comisión sostiene que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento”¹²¹. Luego la CIDH introduce la idea acerca del examen minucioso que debe efectuarse ante distinciones basadas por ejemplo en el sexo de la persona: “Las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso”

¹¹⁸ CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujeres con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo VI.

¹¹⁹ CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo VI, III. B.

¹²⁰ CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo VI, III. B.

¹²¹ CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo VI, III. B.

donde “se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”¹²².

86. Esta misma formulación del estándar de razonabilidad estricto es desarrollada en el caso *María Eugenia Morales de Sierra*, caso extremadamente relevante para este informe¹²³. Aquí la Comisión aplicó la doctrina de no discriminación ante la utilización por parte del legislador del sexo como criterio diferenciador. En este caso la CIDH indicó que el artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, por ejemplo las que se basan en el sexo, resultan fuertemente sospechosas de ilegalidad, y el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechadas, la norma o la política que lo utiliza será observada con un criterio de escrutinio intenso o estricto¹²⁴.

87. La Comisión reiteró esta elaboración doctrinaria en el *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*¹²⁵ en el que sostuvo que, “si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas, requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades de-

¹²² CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, capítulo VI, III. B.

¹²³ CIDH, Informe de Fondo, N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36. En el caso se obligó a Guatemala a reformar su Código Civil que otorgaba al esposo la administración exclusiva de la sociedad conyugal e imponía fuertes limitaciones para el trabajo de la mujer casada fuera del hogar. Más adelante en este trabajo se examina detalladamente este caso.

¹²⁴ CIDH, Informe de Fondo, N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36.

¹²⁵ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002.

mocráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue (...) las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”¹²⁶. Por consiguiente, la CIDH considera que para justificar una restricción basada en el sexo se deben esgrimir razones de peso y que esta carga de la prueba debe recaer sobre el Estado. De esta manera, recepta la doctrina de la “inversión de la carga de la prueba” y la “presunción de invalidez” de la restricción basada en una “categoría sospechada”.

88. En este punto la CIDH observa que el deber de revisar las normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo debe ser asumido por las diversas instancias del Estado, el poder judicial, el gobierno y los parlamentos y órganos legislativos, a fin de adecuar el orden jurídico interno y el funcionamiento del Estado al cumplimiento de los tratados de derechos humanos vigentes. Al mismo tiempo, corresponde a los Estados habilitar recursos judiciales idóneos y efectivos para que las y los ciudadanos individualmente, las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos, como las oficinas de Defensorías del Pueblo y Procuradores Generales de Derechos Humanos, y las organizaciones no gubernamentales y otros actores sociales, puedan demandar ante las instancias políticas y en especial ante la justicia, el control de legalidad de estas normas, prácticas y políticas. Tanto la adopción de normas discriminatorias como el incumplimiento de obligaciones positivas impuestas por una norma son manifestaciones *directas* de discriminación.

89. Otro alcance puede darse de modo *indirecto* y consiste en que se realicen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en la aplicación de normas, acciones, prácticas o políticas que a primera vista parecen neutrales pero que, sin embargo, ocultan el

¹²⁶ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338.

impacto perjudicial que éstas tienen sobre grupos en situación de vulnerabilidad¹²⁷.

90. El examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca también el *posible impacto discriminatorio* de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación¹²⁸ o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado. Así lo entendió la Corte Interamericana en el caso *Yean y Bosico*¹²⁹, respecto a las normas y trámites establecidos por la República Dominicana para otorgar la inscripción tardía de niños, que por la vía de requisitos excesivos y trabas burocráticas provocaban en los hechos el aumento de niños sin documentación y sin nacionalidad, lo que en el caso de los hijos de padres inmigrantes ilegales determinaba un claro agravamiento de su situación de exclusión, al privarlos del acceso a los beneficios y derechos sociales.

91. En el caso de la discriminación normativa directa, para probar la discriminación basta con demostrar que la distinción legal emplea un factor prohibido o que no se cumplió con la acción positiva mandada por la norma. Por su parte, en el caso de las discriminaciones indirectas, hace falta probar el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo

¹²⁷ Por ejemplo, cuando se establece para todos los trabajadores una jornada de 8 horas continuas de trabajo sin tener en cuenta a las trabajadoras que tienen que amamantar a sus bebés.

¹²⁸ En tal sentido sostuvo la Corte en el caso *Yean y Bosico*: "La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas." Véase Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

¹²⁹ Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

o colectivo. En este caso, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos que demuestren que el supuesto sesgo “invisible” o “neutral” en la adopción de decisiones tiene un efecto dispar sobre algún grupo o sobre grupos determinados.

92. Por consiguiente, el examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca el estudio del *impacto* discriminatorio de estas medidas -aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado. Aquí se busca privilegiar los factores objetivos -entre ellos, el efecto o resultado discriminatorio- por sobre la *intención* declarada de discriminar.

93. Esta postura ha sido recogida además en una larga tradición de jurisprudencia en los Estados americanos. La Corte Suprema de Canadá en el caso *Andrews c/ Law Society of British Columbia*¹³⁰, afirmó que el objetivo de las normas de igualdad de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades consiste en proteger contra la discriminación a todos aquellos grupos desaventajados de la sociedad. La discriminación se presenta cuando una ley, tanto por su fin como por su efecto (*impact*), impone una desventaja a los miembros de dichos grupos en comparación con otros miembros de la sociedad. Para alcanzar el ideal de la completa igualdad ante la ley, la principal consideración que debe efectuarse consiste en evaluar el impacto de la ley sobre el individuo o grupo. Así como no todos

¹³⁰ Este fue el primer caso de la Suprema Corte de Canadá donde se discutió la sección 15 (derecho a la igualdad) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. En este caso la Corte desarrolló un test, llamado el Andrews Test, para determinar si hubo una violación *prima facie* al derecho de igualdad. La Corte sostuvo, “...la discriminación puede ser descrita como una distinción, intencional o no, basada en características personales del individuo o grupo que tiene el efecto de imponer responsabilidades, obligaciones y desventajas al individuo o grupo que no son impuestas en otros o que retira o limita su acceso a oportunidades, beneficios y ventajas disponibles para otros miembros de la sociedad. Distinciones que son basadas en características personales, atribuibles al individuo sólo en base a su asociación con un grupo, rara vez escapan el cargo de discriminación, mientras que las basadas en los méritos y capacidades del individuo rara vez son clasificadas”, 1989 1 SCR 143, párr. 280 Traducción de la Secretaría

los tratamientos diferenciados entre individuos resultan necesariamente en desigualdades, muchas veces el tratamiento idéntico produce graves desigualdades. Por ello el tribunal ha rechazado de manera firme “el mismo o idéntico tratamiento” como estándar de igualdad. La discriminación, sostuvo la Corte canadiense, no es simplemente una distinción entre el tratamiento de grupos e individuos, sino que además impone una desventaja sobre determinados grupos.

94. En sentido similar argumentó la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias C-673, C-507 y C-534/05¹³¹. En estos casos expresó que la protección jurídica de los intereses de las personas está integrada por dos criterios principales. El primero consiste en el principio general de igualdad, el cual contempla tres dimensiones y obligaciones. La primera es la igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe aplicarse de la misma forma a todas las personas. Sin embargo, esta dimensión de la igualdad no garantiza que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello, afirma la Corte Constitucional colombiana, se requiere la segunda

¹³¹ Sentencia C-534/05: En este caso se declaró inexequibles la expresión “varón” y la expresión “y la mujer que no ha cumplido doce”, contenida en un artículo del Código Civil por violar el principio de igual protección de la Constitución; Sentencia C-507/04: Se declaró inexequible la diferencia de edades según el género en la configuración de una causal de nulidad del matrimonio. La Corte explicó que del análisis histórico de las normas del Código Civil colombiano en materia de derechos de las mujeres, se podía constatar que las diferencias de trato con base en el género obedecían a concepciones tradicionales de la situación y el rol de las mujeres en la sociedad; Sentencia C-673/01: Se reclamó que el trato igual a docentes oficiales y a docentes no oficiales en materia de escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones vulnera el derecho a la igualdad, porque las normas demandadas desconocen el principio de trato igual a lo igual y de trato desigual a lo desigual, sea respecto de personas (los docentes particulares y los docentes públicos escalafonados) o de situaciones (la educación en el sector privado, donde predomina el pluralismo y la autonomía de la voluntad privada, y la educación en el sector público, donde predominan las normas de la administración pública y de personal. La Corte declaró exequible la norma en juego. Para un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre los derechos de las mujeres véase, Cristina Motta, *Observatorio legal de la Mujer. El legado de la Constitución*, Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, Universidad de los Andes, primera parte, 1998.

dimensión, la igualdad de trato, que garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferentes. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables.

95. Ahora bien, sostiene la Corte colombiana, una ley que no imponga diferencias en el trato y se aplique a todos por igual, puede, sin embargo, proteger de forma diferente a las personas. Por consiguiente, es necesaria la igualdad de protección, la cual asegura, efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades¹³². Esta dimensión del principio de igualdad es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte medidas para garantizar la igual protección. La Corte Constitucional indica que para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada, es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas.

96. El segundo criterio de protección jurídica elaborado por la Corte Constitucional de Colombia consiste en proteger en mayor medida los intereses de ciertas personas en el sentido de determinar que en ellos se establece un deber especial del Estado de otorgar un trato preferente/una protección especial a grupos discriminados o

¹³² En igual sentido se manifiesta Francis Olsen: “para alcanzar la igualdad sustancial, muchas veces es necesario que se abandone la idea de igualdad legal formal y que el derecho tenga en cuenta las diferencias que existen entre los hombres y las mujeres. Aquí se denuncia la falsedad de la supuesta neutralidad que trae en el tratamiento de las personas la igualdad formal y se reclama un resultado verdaderamente neutro en dicho tratamiento”, en *El Sexo del Derecho*, Alicia Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pág. 35.

marginados. Siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional colombiana, la igualdad se protege cuando la legislación y las políticas públicas toman en consideración las específicas circunstancias y características de aquellas personas que se encuentran en una posición de desventaja social, política, económica o legal¹³³.

97. Por lo tanto, a pesar de que en principio el tratamiento igualitario pareciera requerir que todas las personas se midan de acuerdo con las mismas normas, en realidad no existen normas de conducta y de cumplimiento que sean neutrales, dado que su impacto sobre un grupo determinado varía según las circunstancias y características de dicho grupo. Además, la misma norma es elaborada por un conjunto social que se encuentra inmerso, y muchas veces es partícipe, de la cultura discriminadora¹³⁴. Por lo tanto, el compromiso con la igualdad no debe limitarse al logro de

¹³³ Tal como expresa Iris Young: “allá donde existan diferencias grupales en capacidades, socialización, valores y estilos cognitivos y culturales, sólo atendiendo a dichas diferencias se podrá lograr la inclusión y participación de todos los grupos en las instituciones económicas y políticas. Esto presupone que en lugar de formular siempre derechos y reglas en términos universales, ciegos a la diferencia, algunos grupos gozan a veces de derechos especiales”, Iris Marion Young, *Vida Política y Diferencia de Grupo*, en *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Ed. Paidós, España, 1996, pág. 119.

¹³⁴ En este sentido Iris Young resalta que: “donde existan grupos privilegiados y grupos oprimidos, la formulación de leyes, políticas y reglas de las instituciones privadas tenderán a estar sesgadas a favor de los grupos privilegiados, en virtud de que su particular experiencia configura implícitamente la norma”, Iris Marion Young, *Vida Política y Diferencia de Grupo* en *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Ed. Paidós, España, 1996, pág. 120. Asimismo, la autora sostiene que “si bien en muchos aspectos la ley es actualmente ciega a las diferencias grupales, la sociedad no lo es, por lo que algunos grupos siguen siendo señalados como grupos ajenos a la norma, marginales o no importa que. En las interacciones, imágenes y decisiones cotidianas se siguen haciendo asunciones acerca de las mujeres, los/as negros, los/as latinos, los gays, las lesbianas, las personas ancianas, y otros grupos marcados, que siguen justificando exclusiones, conductas de hesitación, paternalismo y tratamiento autoritario. Las instituciones y las continuadas conductas racistas, sexistas, homofóbicas, que favorecen a las personas no ancianas y con plena capacidad corporal crean circunstancias particulares para dichos grupos, que suelen suponerles una desventaja en su oportunidad de desarrollar sus capacidades y de proporcionarles experiencias y conocimientos específicos”, pág. 119.

la igualdad legal, sino que también debe abarcar todas las instituciones sociales, tales como la familia, el mercado y las instituciones políticas.

98. La CIDH ha reconocido que para alcanzar la igualdad de género, no es suficiente con la igualdad *de jure*. Además, hace falta eliminar las prácticas y conductas que generan y perpetúan la posición de inferioridad que tienen las mujeres en la sociedad. No obstante, la Comisión no subestima la importancia de la igualdad formal y destaca la importancia del derecho para alcanzar el cambio social: “aunque la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho”¹³⁵.

99. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho¹³⁶.

b. Debida diligencia y medidas positivas contra la discriminación

100. En ocasiones, la implementación de medidas especiales de protección y promoción de la igualdad -entre las que se encuentran las denominadas medidas de acción afirmativa- son el tipo

¹³⁵ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998, cap. IV.

¹³⁶ Para un análisis de las nociones expuestas véase también, Iris Mari Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990; Ferrajoli, Luis, *Igualdad y Diferencia*, en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trota, págs. 73-96; Barrére Unzueta, María Angeles, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997; *Igualdad y Discriminación Positiva: un esbozo de análisis conceptual*; Fiss, Owen, *Another Equality*, y *Grupos y la Cláusula de Igual Protección*, en Gargarella; Roberto (comp), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 137-167.

de acción de garantía indicada para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión. La idea de la utilización de medidas especiales de protección contra la discriminación ha sido ampliamente aceptada por el sistema internacional y regional de derechos humanos.

101. La CIDH observa que entre los deberes del Estado de actuar con debida diligencia, en los términos del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en particular para prevenir o transformar situaciones estructurales o extendidas de violencia contra las mujeres, deben considerarse comprendidas las medidas especiales de promoción de la igualdad y la erradicación de patrones sociales y culturales que favorecen la discriminación de las mujeres en la sociedad. En el punto III de este Informe se examinan diversas políticas que se encuentran en implementación en algunos Estados americanos, y lineamientos de políticas públicas que podrían emplearse con este objetivo.

102. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que “en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben ‘adoptar todas las medidas necesarias’ para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos”¹³⁷. Tales medidas comprenden (i) eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, (ii) dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y (iii) ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto, además de las medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a las mujeres en forma efectiva e igualitaria. Respecto de este último punto, el Comité indicó que “el Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección, sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a las mujeres en forma efectiva e igualitaria”¹³⁸.

¹³⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 2000.

¹³⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 2000, párr. 3.

103. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido que respecto de grupos que resultan vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluyan políticas activas de protección¹³⁹.

104. En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 2 que los Estados deben promover medidas que permitan el goce de los derechos humanos: “(...) 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”.

105. A fin de cumplir con la protección igualitaria y efectiva de la ley y la no discriminación, la Corte Interamericana en el caso

¹³⁹ La adopción de medidas especiales, incluso legislativas, y de políticas activas en resguardo de grupos vulnerables en relación a los derechos económicos, sociales y culturales surge de diferentes instrumentos. La obligación de proteger a los grupos más vulnerables y menos protegidos en períodos de ajuste económico surge de las Observaciones Generales (OG) No. 2, punto 9, y No. 3, puntos 12 y 13 y, en relación a las personas con discapacidad y ancianos, de las OG No. 5, punto 9 y OG No. 6 punto 17, respectivamente. La OG No. 4, punto 8 e) establece que debería garantizarse cierto grado de prioridad en relación al acceso a la vivienda a grupos desfavorecidos, como ancianos, niños y incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales o personas que viven en zonas riesgosas, así como el acceso a la tierra a los grupos desprovistos o empobrecidos. En igual sentido, el Comité señala que las mujeres, los niños, los ancianos y los pueblos indígenas y las minorías étnicas se ven afectados de manera desproporcionada por los desalojos forzosos, de modo que requiere adoptar medidas de protección apropiadas, OG No. 7, punto 10. En la OG No. 5, punto 18 se establece que las medidas que se adopten para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad no serán consideradas discriminatorias en el sentido del art. 2.2 del Pacto, mientras tengan fundamento en el principio de igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo. Las medidas de protección especial de grupos o personas vulnerables se consideran en los Principios de Limburgo (Principios 14 y 39).

¹⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr 141.

de *Yean y Bosico* expresó que respecto de los mecanismos que regulan el otorgamiento de la nacionalidad, el Estado debe, en primer lugar, abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan un impacto discriminatorio sobre un grupo¹⁴⁰. En segundo lugar, el Estado debe combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, particularmente en los órganos públicos. Por último, debe adoptar las medidas afirmativas que sean necesarias para asegurar la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

106. Esta última obligación ya había sido reconocida por la Corte en su Opinión Consultiva No. 18¹⁴¹. Además, en esta opinión la Corte hace referencia al deber especial de protección que tiene el Estado respecto de las prácticas discriminatorias que lleven a cabo terceros bajo su tolerancia y aquiescencia¹⁴². En igual sentido se expresó la Corte en el caso *Yean y Bosico* al establecer que el artículo 24 de la Convención Americana no sólo exige la no implementación de políticas y medidas discriminatorias, sino que además exige proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales¹⁴³.

107. Este tipo de protección extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley, imponiendo un claro rumbo que obliga a formular políticas preventivas, sobre todo frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aún cuando provengan de particulares. Específicamente sobre este último de-

¹⁴¹ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

¹⁴² "(...) los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica además, el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias", Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

¹⁴³ Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

ber, la CIDH se pronunció en el caso *Maria Da Penha* que se ha examinado anteriormente¹⁴⁴.

108. Respecto concretamente de la cuestión de género, la CIDH, a través de la Relatoría sobre derechos de las mujeres, ha sostenido que los Estados, en sus esfuerzos por reducir la desigualdad de género, deben utilizar medidas especiales para este fin. Conforme a ello y de acuerdo con los artículos 20 y 24 de la Declaración Americana, y el artículo 23 de la Convención Americana, la Comisión ha instado a los Estados a que continúen y amplíen las medidas para promover la participación de mujeres en los distintos niveles de decisión política, incluidas las medidas positivas¹⁴⁵. En este sentido, la CIDH ha indicado que los Estados deben asegurar que las mujeres tengan una representación apropiada en todos los niveles de gobierno, en el orden local, provincial o estatal y nacional; desarrollen estrategias para incrementar la integración de las mujeres en los partidos políticos; y adopten medidas adicionales para incorporar plenamente a los sectores de la sociedad civil, incluyendo aquéllos que representen los intereses de las mujeres, en los procesos de desarrollo e implementación de políticas y programas¹⁴⁶.

109. Los instrumentos internacionales de derechos humanos denominan “*medidas especiales*” a las acciones de carácter temporal que tienen por objeto asegurar el progreso de ciertos grupos. Los Comités de supervisión de los tratados internacionales, como así también los Estados Partes, se han referido a ellas a través de las acepciones “acción afirmativa”, “acción positiva”, “medidas posi-

¹⁴⁴ CIDH, Informe de Fondo, N°54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001. En este caso la Comisión estableció la responsabilidad del Estado por no haber cumplido con su obligación de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica.

¹⁴⁵ CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, cap. V, C.1.

¹⁴⁶ CIDH, *Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, cap. V, C.1.

vas”, “discriminación inversa” y “discriminación positiva”¹⁴⁷. Además, han justificado este tipo de medidas por su carácter correctivo, compensatorio y promocional¹⁴⁸.

110. La Recomendación General No. 25 de la CEDAW, al establecer el alcance y significado de las medidas especiales del párrafo 1 del artículo 4, entiende que las mismas:

deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad de jure y de facto entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos. Los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir este derecho de no discriminación de la mujeres y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto de jure como de facto respecto del hombre¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), párr. 17.

¹⁴⁸ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004).

¹⁴⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), sección II. Cabe señalar que esta posición es criticada por algunas feministas que dicen que el problema de este modelo es que las mujeres deben adaptarse a un modelo masculino. Este enfoque es inadecuado para cuestionar y modificar un mundo en el que la distribución de recursos y bienes está armada sobre una jerarquía de géneros. Véase Hilary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelley Wright, *Feminist Approaches to International Law*, en *American Journal of International Law*, 85 A.J.I.L. 613, 1991; Hilary Charlesworth, *¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujeres?*, en *Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales*, Rebecca Cook (editora) Profamilia, Bogotá, 1997. Según estas autoras, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en general ha sido parcial y androcéntrico y ha privilegiado una visión del mundo masculina. La estructura misma de este derecho está construida sobre el silencio de las mujeres.

111. La duración del carácter temporal de las medidas especiales está dada por la permanencia o no del cuadro de desigualdad entre hombres y mujeres. De este modo, estas medidas deberán mantenerse en tanto y en cuanto no se haya alcanzado la igualdad entre los sexos¹⁵⁰.

112. Cabe aclarar que la acepción “especiales” debe leerse en el sentido de que dichas medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico, y no en el sentido de que los grupos hacia los cuales van dirigidas son débiles o vulnerables¹⁵¹. El medio empleado para tal efecto puede ser de diversa índole según el contexto en que se aplique:

el término “medidas” abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados, y los sistemas de cuotas. La elección de una “medida” en particular dependerá del contexto en que se aplique el párrafo 1 del artículo 4 y del objetivo concreto que se trate de lograr¹⁵².

113. En las *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación políti-*

¹⁵⁰ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), párr. 20. La duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado. Las medidas especiales de carácter temporal deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo.

¹⁵¹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), párr. 21.

¹⁵² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 25, Referente a medidas especiales de carácter temporal*, U.N. Doc./CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1 (2004), párr. 22.

ca de las mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, la CIDH ha referido como norma de interpretación al artículo 4 de la CEDAW¹⁵³. La Comisión ha indicado que ese precepto proporciona una importante pauta que permite comprender la base jurídica de la adopción de medidas especiales de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de las mujeres. Este artículo, según la CIDH, “reconoce que, aún en los casos en que se otorga igualdad a la mujer como una cuestión de derecho, ello no equivale a una garantía de igualdad de oportunidad y trato”. Se permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidades. Debe destacarse que en tales circunstancias, de acuerdo con lo requerido, el artículo 4 dispone, como cuestión de derecho, que estas medidas no constituyen discriminación”¹⁵⁴. De este modo, las acciones afirmativas están condicionadas a la existencia de las pautas de discriminación que se busca corregir y durarán hasta que se logre la igualdad real de oportunidades.

114. Por consiguiente, el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades está justificado cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección a fin de que se mantenga a la mujer dentro de los papeles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente.

¹⁵³ Art. 4: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

¹⁵⁴ Asimismo, la Comisión cita la Recomendación General No. 5 de la CEDAW cuando dice: “que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo”.

115. Las medidas especiales sirven varios objetivos fundamentales¹⁵⁵. Por un lado, son indispensables para remediar las nocivas consecuencias del juzgamiento sufrido por las mujeres¹⁵⁶. Por el otro, las medidas especiales también sirven para eliminar la jerarquía de grupos arraigada en las estructuras sociales.¹⁵⁷ Las medidas especiales también pueden justificarse como una forma de compensar la dominación ejercida contra las mujeres en el pasado al brindarles una ventaja adicional en el proceso de distribución de recursos.

116. Cabe destacar que la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva No. 16, ha reconocido el carácter compensatorio de la obligación de adoptar medidas que eliminen la desigualdad real. En este marco la Corte afirmó:

¹⁵⁵ Para una enunciación de las distintas justificaciones posibles de las acciones afirmativas, véase los trabajos de Iris Marion Young, Catherine MacKinnon, María Angeles Barrere Unzueta y Owen Fiss, y Marcela V. Rodríguez, *Igualdad, Democracia y Acciones Colectivas*, en Alda Facio y Lorena Fries (eds.) *Género y Derecho*. Chile, Lom Ediciones, 2000 y *Sobre la constitucionalidad de la cuota mínima de mujeres en los partidos políticos en Capacitación Política para mujeres: Género y Cambio Social en la Argentina: Mitos y Realidades*, Ed. Diana Maffia and C. Kuschnir, Buenos Aires, Ed. Feminaria, 1994.

¹⁵⁶ Al respecto, según Frances Olsen, “el abandono de la indiferencia frente al sexo, pueden ser justificadas y respaldadas como un método para neutralizar años de enseñanza en los que se formó a las mujeres para ser irracionales, pasivas, (...) Las acciones afirmativas pueden ser justificadas y respaldadas, en esta perspectiva, como técnicas para revertir opiniones incorrectas y anticipadas acerca de la irracionalidad, pasividad de las mujeres.”

¹⁵⁷ Iris Young sostiene que, “las políticas de acciones afirmativas se pueden entender como mecanismos compensadores de los sesgos culturales de los patrones y criterios de evaluación empleados por las escuelas o empresarios. Estos patrones y criterios de evaluación reflejan, al menos hasta cierto punto, la vida específica y la experiencia cultural de los grupos dominantes, blancos, anglos, u hombres. Además, en una sociedad grupalmente diferenciada el desarrollo de patrones y criterios de evaluación totalmente neutrales resulta difícil o imposible, puesto que la experiencia cultural de las mujeres, los/as negros y los/as latinos y las culturas dominantes son en muchos aspectos irreductibles a una medida común. Por tanto, las políticas de acción positiva o afirmativa compensan el dominio de un conjunto de atributos culturales.” Véase Iris Marion Young, *Vida Política y Diferencia de grupo*, en *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Ed. Paidós, España, 1996, pág. 123.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. 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 desventajas¹⁵⁸.

117. La CIDH también ha hecho expresa referencia al propósito compensatorio de las medidas especiales:

En los casos en que ciertos grupos de la población históricamente han sido objeto de cierta forma de discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no bastar como mecanismo para asegurar su igualdad en la sociedad. El derecho a igual protección de la ley y a ser iguales ante la ley también puede exigir la adopción de medidas positivas para establecer la protección contra un tratamiento discriminatorio en los sectores público y privado¹⁵⁹.

118. En este sentido, cabe tener en cuenta que no todas las sociedades discriminan a las mismas personas. En algunas sociedades se discrimina a determinados grupos -por ejemplo, étnicos, religiosos o políticos- que otras sociedades integran. Asimismo, históricamente surgen nuevos grupos objeto de alguna forma de discriminación que antes no existían (por ejemplo, las personas portadoras de VIH-SIDA). Por esta razón, la identificación de “grupos en situación de vulnerabilidad” varía en cada sociedad y en cada momento histórico

¹⁵⁸ Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119.

¹⁵⁹ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, cap. 10, 24 de abril de 1997.

y también, en este sentido, cada Estado debe definir cuáles son esos grupos para formular políticas de inclusión apropiadas que les garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos. Así lo ha establecido por ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas respecto de varios derechos, en especial el derecho a la vivienda¹⁶⁰ y a la salud pública¹⁶¹.

119. La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado extensivamente la idea de igualdad material. Así, sostuvo que una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también la igualdad real. La fórmula política del Estado social y democrático de derecho se manifiesta en la promoción de esta igualdad y “(...) se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos”¹⁶². Además agregó que la igual protección se logra mediante acciones fácticas y jurídicas del Estado, no mediante abstenciones¹⁶³.

120. Este tribunal ha elaborado sobre la fundamentación y el alcance de las acciones positivas derivadas de la Constitución colombiana (artículo 13 inciso 2°) aludiendo a la dimensión sustancial de la igualdad, a la que define como el “compromiso estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter correctivo, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos”¹⁶⁴.

121. En la sentencia C-507/04, la Corte colombiana afirmó que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artí-

¹⁶⁰ Naciones Unidas, Observación General N° 4, punto 13.

¹⁶¹ Naciones Unidas, Observación General N° 14, puntos 43 f y 53.

¹⁶² Conforme Sentencia C-1064/01 en la Sentencia C-507/04.

¹⁶³ Conforme Sentencia C-507/04.

¹⁶⁴ En distintos casos la Corte Constitucional justificó la necesidad de medidas especiales y específicas en favor de las mujeres a la luz de lo dispuesto en la Constitución de dicho país para protegerlas de la violencia a que se han visto

culo 2°). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica que el Estado “adopte las medidas necesarias” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “autoridades”, según el texto constitucional (artículo 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

122. La Corte Constitucional también ha afirmado, en la sentencia C-410/94¹⁶⁵: “la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta no se detiene en la mera prohibición, sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de las mujeres en los órdenes económico y social”. Los jueces además agregaron que las medidas de protección, “exigen la *determinación de aquellos ámbitos especialmente vulnerables en los que deben operar*; así pues, junto con la familia y el Estado, el empleo es uno de los espacios que ofrece más posibilidades para la discriminación por razones de sexo”¹⁶⁶. [...]

sometidas (Sentencia C-408/96). De igual manera se expresó en el caso de la mujer embarazada la cual durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada. Asimismo la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección en su trabajo. También el trato diferenciado está ordenado en el caso de la mujer cabeza de familia (Sentencias C-470/97, T-426/98, T-568/96, C-710/96, C-470/97, T-426/98 y C-991/04).

¹⁶⁵ En este caso se discutió la previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, previsión que la Corte consideró justa.

¹⁶⁶ En otro caso la Corte Constitucional de Colombia señala que para determinar si ha sido violada la igualdad de protección es necesario adelantar un análisis de ponderación. De este modo, dicha protección variará a medida que evoluciona la realidad y, por consiguiente, su alcance cambiará si los riesgos y las amenazas cambian, así como cuando se modifican los fines de protección. En Sentencia C- 507/04.

La violencia contra la mujer

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Comunicación No. 5/2005

Dictámen del 6 de agosto de 2007

1. Opinión formulada con arreglo al párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

1. Los autores de la comunicación de fecha 21 de julio de 2004 con información complementaria de fecha 22 de noviembre y 10 de diciembre de 2004 son el Centro de intervención de Viena contra la violencia en el hogar y la Asociación para el acceso de las mujeres a la justicia, dos organizaciones de Viena (Austria) que protegen y apoyan a las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género. Afirman que Şahide Goekce (difunta), nacional de Austria de origen turco y antigua cliente del Centro de intervención de Viena contra la violencia en el hogar, es víctima de una violación por el Estado Parte de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Convención y su Protocolo Facultativo entraron en vigor en el Estado Parte el 30 de abril de 1982 y el 22 de diciembre de 2000, respectivamente.

2. Los hechos expuestos por los autores

2.1 La primera agresión contra Şahide Goekce a manos de su marido, Mustafa Goekce, de la que tienen conocimiento los autores se produjo el 2 de diciembre de 1999 a las 16.00 horas aproximadamente en el domicilio de la víctima, cuando Mustafa Goekce intentó estrangular a Şahide Goekce y la amenazó de muerte. Şahide Goekce pasó la noche con una amiga y, al día siguiente, informó del incidente a la policía con la ayuda de la Oficina para el Bienestar de la Juventud del distrito 15° de Viena.

2.2 El 3 de diciembre de 1999, la policía dictó una orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafa Goekce aplicable al domicilio de los Goekce, de conformidad con el artículo 38a de la Ley de la Policía de Seguridad de Austria (Sicherheitspolizeigesetz)¹. En la documentación que sustentaba la orden, el agente encargado del caso señaló que debajo de la oreja derecha de Şahide Goekce se apreciaban dos marcas de color rojo pálido que, según ella, eran producto del intento de estrangulamiento.

2.3 De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 107 del Código Penal (Strafgesetzbuch), un cónyuge, descendiente directo, hermano, hermana o pariente amenazado que viva en el mismo domicilio que el agresor debe dar su autorización para que se emprendan acciones contra él por amenazas peligrosas punibles. Şahide Goekce no autorizó a las autoridades austríacas a que emprendieran acciones contra Mustafa Goekce por amenazarla de muerte. Por tanto, Mustafa Goekce únicamente fue acusado del delito de causar lesiones corporales y fue absuelto porque las heridas de Şahide Goekce no constituían lesiones corporales dada su levedad.

2.4 Los siguientes incidentes violentos de los que los autores tienen conocimiento se produjeron los días 21 y 22 de agosto de 2000. Cuando la policía llegó al domicilio de los Goekce el 22 de agosto

¹ Esta Ley se ha traducido como Ley de la Policía de Seguridad y también como Ley de mantenimiento del orden público.

de 2000, Mustafa Goekce tenía agarrada del pelo a Şahide Goekce y le estaba aplastando la cara contra el suelo. Posteriormente, la mujer dijo a la policía que Mustafa Goekce la había amenazado de muerte el día anterior si lo denunciaba a la policía. La policía dictó una segunda orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafa Goekce aplicable al domicilio de los Goekce y a la escalera del edificio, con una validez de 10 días, e informó al fiscal de que Mustafa Goekce había cometido coacción con circunstancias agravantes (debido a la amenaza de muerte) y pidió que fuera detenido. La petición fue denegada.

2.5 El 17 de diciembre de 2001, el 30 de junio de 2002, el 6 de julio de 2002, el 25 de agosto de 2002 y el 16 de septiembre de 2002 la policía tuvo que acudir al domicilio de los Goekce por haber recibido información de que se estaban produciendo disturbios y disputas y agresiones.

2.6 La policía dictó una tercera orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafa Goekce (con una validez de 10 días) a resultas de un incidente ocurrido el 8 de octubre de 2002 en el que Şahide Goekce había llamado diciendo que Mustafa Goekce la había insultado, la había arrastrado por la casa agarrándola de la ropa, le había golpeado en la cara, la había intentado estrangular y había vuelto a amenazarla de muerte. Tenía marcas en la mejilla y presentaba un hematoma en el lado derecho del cuello. Şahide Goekce denunció a su marido por lesiones corporales y por profemar una amenaza peligrosa punible. La policía interrogó a Mustafa Goekce y volvió a pedir que fuera detenido. Una vez más, el fiscal denegó la petición.

2.7 El 23 de octubre de 2002, el tribunal del distrito de Hernals de Viena dictó una medida cautelar por un período de tres meses contra Mustafa Goekce, por la que se le prohibía volver al domicilio familiar y sus alrededores y ponerse en contacto con Şahide Goekce y sus hijos. La orden debía entrar en vigor de forma inmediata y la policía debía velar por su cumplimiento. Los hijos de la pareja (dos hijas y un hijo) son todos menores de edad nacidos entre 1989 y 1996.

2.8 El 18 de noviembre de 2002, la Oficina para el Bienestar de la Juventud (que había estado en contacto constante con la familia Goekce dado que las agresiones tuvieron lugar delante de los niños) informó a la policía de que Mustafa Goekce había incumplido la medida cautelar y vivía en el domicilio familiar. Cuando la policía acudió a la casa para comprobar esa información, no lo encontró allí.

2.9 Los autores indican que la policía sabía por otras fuentes que Mustafa Goekce era peligroso y poseía una pistola. A finales de noviembre de 2002, Remzi Birkent, el padre de Şahide Goekce, informó a la policía de que Mustafa Goekce le había telefonado frecuentemente y había amenazado con matar a Şahide Goekce o a otro miembro de la familia; el agente que tomó la declaración del Sr. Birkent no presentó atestado policial. El hermano de Mustafa Goekce también informó a la policía sobre la tensión existente entre Şahide Goekce y su marido y dijo que Mustafa Goekce la había amenazado de muerte en varias ocasiones. La policía no tomó en serio su declaración, de la que no quedó constancia. Además, la policía no comprobó si Mustafa Goekce tenía una pistola pese a que existía una prohibición de tenencia de armas en su contra.

2.10 El 5 de diciembre de 2002, la Fiscalía de Viena paralizó el enjuiciamiento de Mustafa Goekce por lesiones corporales y amenazas peligrosas punibles alegando que no había motivos suficientes para su procesamiento.

2.11 El 7 de diciembre de 2002, Mustafa Goekce disparó contra Şahide Goekce con una pistola en su domicilio delante de sus dos hijas. En el informe policial se dice que ningún agente acudió a la casa a interceder en la disputa entre Mustafa Goekce y Şahide Goekce antes del asesinato.

2.12 Dos horas y media después de la comisión del delito, Mustafa Goekce se entregó a la policía. Según la información recibida, en la actualidad cumple condena de cadena perpetua en un centro para delincuentes con trastornos mentales².

3. La denuncia

3.1 Los autores denuncian que Şahide Goekce es víctima de una violación por el Estado Parte de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Con-

vención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer porque el Estado Parte no adoptó de manera activa todas las medidas adecuadas para proteger el derecho de Şahide Goekce a la seguridad personal y la vida. El Estado Parte no trató a Mustafa Goekce como un delincuente extremadamente violento y peligroso de conformidad con el derecho penal. Los autores afirman que en la Ley Federal para la protección contra la violencia en el hogar (Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie) no se prevén los medios para proteger a las mujeres de personas muy violentas, especialmente en los casos de violencia y amenazas de muerte reiteradas y graves. Los autores insisten en la necesidad de la detención. Además, los autores afirman que si la comunicación entre la policía y el fiscal hubiera sido más rápida y fluida, este último habría tenido conocimiento de la violencia y las amenazas de muerte continuas y podría haber encontrado motivos suficientes para el enjuiciamiento de Mustafa Goekce.

3.2 Los autores sostienen también que el Estado Parte incumplió las obligaciones que le corresponden de acuerdo con las recomendaciones generales 12, 19 y 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, las observaciones finales del Comité (junio de 2000) sobre los informes periódicos combinados tercero y cuarto y el quinto informe periódico de Austria, la resolución de las Naciones Unidas sobre las medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer, varias disposiciones del documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, varias disposiciones de otros instrumentos internacionales y la Constitución de Austria.

3.3 En relación con el artículo 1 de la Convención, los autores afirman que las mujeres resultan mucho más afectadas que los

² Según las informaciones, está en su sano juicio (*compos mentis*) respecto del asesinato, pero se le diagnosticaron trastornos mentales en mayor grado de forma general.

hombres cuando los fiscales no se toman en serio la violencia en el hogar como una amenaza real para la vida y no piden la detención de los presuntos agresores como cuestión de principio en tales casos. Las mujeres resultan también afectadas en mucha mayor medida por la práctica de no enjuiciar ni castigar adecuadamente a los agresores en los casos de violencia en el hogar. Además, las mujeres se ven también mucho más afectadas por la falta de coordinación entre las fuerzas de seguridad y el personal judicial, la falta de capacitación de las fuerzas de seguridad y el personal judicial respecto de la violencia en el hogar y el hecho de que no se recaben datos ni se mantengan estadísticas sobre la violencia en el hogar.

3.4 En cuanto al artículo 1, los apartados a), c), d) y f) del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención, los autores sostienen que el hecho de que no se detenga a los presuntos agresores en los casos de violencia en el hogar, de que no se persigan debidamente esos casos, de que no exista coordinación entre las fuerzas de seguridad y los funcionarios judiciales y de que no se recopilen datos ni se mantengan estadísticas sobre los incidentes de violencia en el hogar ha llevado a desigualdades en la práctica y a la denegación del disfrute de los derechos humanos de Şahide Goekce. La víctima sufrió agresiones violentas, palizas, coacciones y amenazas de muerte y, como no se procedió a la detención de Mustafa Goekce, fue asesinada.

3.5 Respecto del artículo 1 y el apartado e) del artículo 2 de la Convención, los autores afirman que los funcionarios austríacos del sistema de justicia penal no actuaron con la diligencia debida a la hora de investigar y establecer acciones judiciales en relación con los actos de violencia y de proteger los derechos humanos de Şahide Goekce a la vida y la seguridad personal.

3.6 En relación con el artículo 1 y el artículo 5 de la Convención, los autores señalan que el asesinato de Şahide Goekce constituye un ejemplo trágico de la falta de seriedad reinante con que se toman los casos de violencia contra la mujer, tanto por la población en general como por las autoridades austríacas. El sistema de justicia penal, especialmente los fiscales y los jueces, consideran la cuestión un problema social o doméstico, un delito menor o una

infracción que ocurre en determinadas clases sociales. No aplican la legislación penal a ese tipo de violencia porque no se toman en serio el peligro que representa y consideran los miedos y las preocupaciones de las mujeres con falta de seriedad.

3.7 Los autores piden al Comité que evalúe en qué medida se ha producido una violación de los derechos humanos de la víctima y de los derechos protegidos por la Convención y que estudie la responsabilidad del Estado Parte por no detener al sospechoso peligroso. Además, los autores piden al Comité que recomiende al Estado Parte que ofrezca protección eficaz a las mujeres víctimas de la violencia, especialmente a las mujeres migrantes, explicando claramente a los fiscales y a los jueces de instrucción las medidas que deben tomar en los casos de violencia grave contra la mujer.

3.8 Los autores piden también al Comité que recomiende al Estado Parte que aplique una política favorable a la detención para ofrecer seguridad efectiva a las mujeres víctimas de la violencia en el hogar y una política favorable al enjuiciamiento que transmita a los agresores y a la población que la sociedad condena la violencia en el hogar y que garantice la coordinación entre las diversas autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

3.9 Asimismo, los autores piden al Comité que recomiende al Estado Parte que garantice que todos los niveles del sistema de justicia penal (policía, fiscales, magistrados) cooperen habitualmente con las organizaciones que trabajan para proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y que se ocupen de que los programas de capacitación y educación en materia de violencia en el hogar sean obligatorios para el personal que trabaja en el sistema de justicia penal.

3.10 En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, los autores sostienen que no existen otros recursos internos que pudieran haberse utilizado para proteger la seguridad personal de Şahide Goekce e impedir su homicidio. Tanto las órdenes de expulsión y prohibición de regreso como la medida cautelar resultaron ineficaces. Todos los intentos de la difunta de obtener protección (diversas llamadas a la policía de Viena cuando Mustafa Goekce la agredió

e intentó estrangularla, tres denuncias presentadas ante la policía, presentación de cargos contra Mustafa Goekce) y los intentos de otros (los vecinos que llamaron a la policía de Viena, el padre de la víctima que informó sobre las amenazas de muerte, el hermano de Mustafa Goekce que dijo que éste tenía una pistola) fueron vanos.

3.11 En la comunicación de 10 de diciembre de 2004, los autores indican que los herederos no han emprendido acciones legales al amparo de la Ley sobre responsabilidad oficial [del Estado]. Los autores afirman que esa medida no sería un recurso efectivo frente a la desprotección de Şahide Goekce y el fracaso por impedir su homicidio. Demandar al Estado por omisión y negligencia no le devolvería la vida y tendría el objetivo diferente de ofrecer a los herederos una indemnización por pérdida y otros daños. Los dos planteamientos, la indemnización por un lado y la protección por el otro, son contrarios. Difieren en lo que respecta al beneficiario (los herederos frente a la víctima), las intenciones (indemnizar por una pérdida frente a salvar una vida) y el momento (después de la muerte y no antes de la muerte). Si el Estado Parte protegiera a las mujeres de manera eficaz, no habría necesidad de establecer la responsabilidad del Estado. Además, las demandas para obtener una indemnización comportan unos gastos enormes. Los autores dicen que han presentado la comunicación para que el Estado Parte rinda cuentas de sus omisiones y negligencia y no para obtener indemnización para los herederos. Por último, sería improbable que la presentación de una demanda contra el Estado brindara un remedio efectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo Facultativo.

3.12 Los autores afirman también que no han presentado la comunicación a ningún otro órgano de las Naciones Unidas ni a ningún mecanismo regional de investigación o solución internacional.

3.13 Sobre la cuestión del *locus standi*, los autores afirman que está justificado y es adecuado que presenten la denuncia en nombre de Şahide Goekce, que no puede dar su consentimiento por estar muerta. Consideran adecuado representarla ante el Comité porque era cliente suya y tenía una relación personal con ellos y porque son organizaciones especiales de protección y apoyo a las mujeres víctimas de la violencia en el hogar; una de las organizaciones es un

centro de intervención contra la violencia en el hogar que, según las informaciones, fue establecido de conformidad con el párrafo 3 del artículo 25 de la Ley Federal de la Policía de Seguridad. Su objetivo es que se haga justicia para Şahide Goekce y que aumente la protección de las mujeres en Austria frente a la violencia en el hogar, de modo que esta muerte no haya sido en vano. Dicho esto, los autores han obtenido la autorización por escrito de la Oficina para la Juventud y los Asuntos de la Familia de la ciudad de Viena, que tiene la tutela de los tres hijos menores de edad de Şahide Goekce.

4. Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad

4.1 En su comunicación de 4 de mayo de 2005, el Estado Parte describe la serie de acontecimientos que llevó al asesinato de Şahide Goekce. Mustafa Goekce no fue procesado por proferir amenazas peligrosas punibles contra Şahide Goekce el 2 de diciembre de 1999 porque ella no autorizó a las autoridades a que lo hicieran. Las autoridades incoaron acciones penales contra él por infligir lesiones corporales dolosas. Según el expediente judicial, Şahide Goekce no quiso testificar contra Mustafa Goekce y pidió expresamente al tribunal que no castigara a su marido. Fue absuelto por falta de pruebas.

4.2 El 23 de agosto de 2000, la policía dictó una orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafa Goekce. Se informó por teléfono al fiscal acerca de un incidente de coacción con circunstancias agravantes y amenazas peligrosas punibles ocurrido el día anterior.

4.3 El 18 de septiembre de 2000, el fiscal recibió una denuncia por escrito (Anzeige) en relación con el incidente del 22 de agosto de 2000. Cuando fue interrogada, Şahide Goekce dijo que había sufrido un ataque epiléptico y brotes de depresión y negó que Mustafa Goekce le hubiera amenazado de muerte. En consecuencia, el fiscal paralizó las actuaciones contra Mustafa Goekce por coacción con circunstancias agravantes y amenazas peligrosas punibles.

4.4 El 13 de enero de 2001, el tribunal competente en cuestiones de tutela limitó el papel de Mustafa Goekce y Şahide Goekce

en el cuidado y la educación de sus hijos y les exigió que cumplieran las medidas acordadas en cooperación con la Oficina para el Bienestar de la Juventud. En su decisión, el tribunal señaló que Mustafa Goekce y Şahide Goekce siempre intentaban dar la impresión de llevar una vida ordenada. Cuando se les preguntó por las acusaciones de causar lesiones corporales y proferir amenazas peligrosas punibles, tanto Mustafa Goekce como Şahide Goekce consideraron importante destacar que se habían reconciliado totalmente después de cada incidente.

4.5 Mustafa Goekce y Şahide Goekce accedieron a acudir a terapia de pareja y a mantenerse en contacto con la Oficina para el Bienestar de la Juventud. Asistieron a la terapia hasta el verano de 2002. La administración municipal también les ofreció un piso nuevo más espacioso para solucionar sus apremiantes necesidades de alojamiento. Pese a esas mejoras, la policía tuvo que intervenir reiteradamente en las disputas de la pareja el 17 de diciembre de 2001, el 30 de junio de 2002, el 6 de julio de 2002, el 25 de agosto de 2002 y el 16 de septiembre de 2002.

4.6 El 23 de octubre de 2002, el tribunal del distrito de Hernalds dictó una medida cautelar contra Mustafa Goekce, de conformidad con el artículo 382b de la Ley de ejecución de sentencias (Exekutionsordnung), por la que se le prohibía volver al domicilio familiar y sus alrededores y ponerse en contacto con Şahide Goekce y sus hijos. En una declaración ante el juez en presencia de Mustafa Goekce (pese a que había sido informada de sus derechos), Şahide Goekce dijo que haría todo lo que estuviera en su mano para mantener a la familia unida, que Mustafa Goekce tenía muy buena relación con los niños y que la ayudaba en la casa a causa de la epilepsia que ella padecía.

4.7 En un informe policial de 18 de noviembre de 2002 se indica que la Oficina para el Bienestar de la Juventud pidió a la policía que acudiera al domicilio de los Goekce porque el marido había violado la medida cautelar y estaba en la casa. Cuando la policía llegó, Mustafa Goekce ya no se encontraba allí. Şahide Goekce pareció molesta por el hecho de que la policía hubiera acudido al piso y pre-

guntó por qué venían casi a diario pese a que ella había declarado expresamente que deseaba pasar la vida junto a su marido.

4.8 El 6 de diciembre de 2002, la Fiscalía de Viena retiró los cargos contra Mustafa Goekce por amenaza peligrosa punible relacionados con un incidente ocurrido el 8 de octubre de 2002, ya que Şahide Goekce entregó a la policía una declaración por escrito en la que afirmaba que se había hecho un arañazo. También afirmó que su marido llevaba años amenazándola de muerte. El fiscal actuó sobre el supuesto de que las amenazas eran algo habitual en las peleas de la pareja y no se iban a cumplir. Şahide Goekce intentó reiteradamente restar importancia a los incidentes para impedir que se iniciaran acciones contra Mustafa Goekce. De esa manera, y al negarse a testificar en las diligencias penales, contribuyó a que no se condenara por delito a Mustafa Goekce.

4.9 El 7 de diciembre de 2002, Mustafa Goekce fue a la casa a primeras horas de la mañana y abrió la puerta con una llave que le había dado Şahide Goekce una semana antes. Salió de la casa a las 8.30 de la mañana y regresó al mediodía. Şahide Goekce le dijo a gritos que él no era el padre de todos sus hijos y Mustafa Goekce disparó contra ella y la mató con una pistola que había comprado tres semanas antes, pese a que existía una prohibición en vigor de tenencia de armas en su contra.

4.10 En el juicio de Mustafa Goekce, un perito afirmó que había cometido el asesinato bajo la influencia de una psicosis de celos paranoica, lo que le absolvía de responsabilidad penal. Por ese motivo, la Fiscalía de Viena solicitó que fuese internado en un centro para delincuentes con trastornos mentales. El 23 de octubre de 2003, el Tribunal Penal Regional de Viena ordenó que se internara a Mustafa Goekce en un centro de esas características.

4.11 En lo que respecta a la admisibilidad, el Estado Parte no está de acuerdo con la afirmación de que se han agotado los recursos internos. En primer lugar, Şahide Goekce no dio su autorización a las autoridades competentes para que iniciaran acciones contra Mustafa Goekce por proferir una amenaza peligrosa punible. Tampoco estuvo dispuesta a testificar en su contra. Pidió al tri-

bunal que no castigara a su marido y, después de presentar cargos, se esforzó repetidamente por restar importancia a los incidentes y negar su carácter delictivo.

4.12 El Estado Parte señala además que la Ley Federal para la protección contra la violencia en el hogar constituye un sistema muy eficaz para luchar contra la violencia en el hogar y establece un marco para la cooperación efectiva entre diversas instituciones. Se ofrece información detallada sobre distintos aspectos del sistema, incluido el papel de los centros de intervención. Además de medidas penales, existen otras medidas policiales y de derecho civil para la protección contra la violencia en el hogar. Existen centros de acogida que complementan el sistema. En casos menos graves es posible solucionar las disputas al amparo de la Ley de mantenimiento del orden público (Sicherheitspolizeigesetz).

4.13 Şahide Goekce nunca recurrió al artículo 382b de la Ley de ejecución de sentencias para pedir una medida cautelar contra Mustafa Goekce. Al contrario, dejó claro que no tenía ningún interés en que continuaran las injerencias en su vida familiar. Nunca tomó una decisión firme de librarse a sí misma y a sus hijos de la relación con su marido (por ejemplo, le dio las llaves de la casa pese a la existencia de una medida cautelar en vigor). Sin una decisión de ese tipo por parte de la Sra. Goekce, las posibilidades de actuación de las autoridades para protegerla eran limitadas. La protección eficaz estaba condenada al fracaso sin su cooperación.

4.14 En esas circunstancias, la detención no estaba justificada en relación con el incidente del 8 de octubre de 2002. Mustafa Goekce no tenía antecedentes penales y el fiscal no sabía en aquel momento que Mustafa Goekce tenía un arma. El fiscal no consideró que los hechos conocidos indicaran un peligro inminente de que Mustafa Goekce cometiera un homicidio; la detención únicamente habría estado justificada como último recurso. En vista del aparente enfado de Şahide Goekce ante la intervención policial del 18 de noviembre de 2002 (véase el párrafo 4.7 *supra*), el fiscal no podía presuponer que la acusación diera lugar a una condena y una sentencia de privación de libertad. El tribunal debe tener en

cuenta el principio de proporcionalidad al detener a un acusado y, en cualquier caso, debe descartar la detención si la duración resulta desproporcionada en relación con la sentencia prevista.

4.15 Además, Şahide Goekce podría haber presentado una denuncia ante el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof) de conformidad con el párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal (Bundes-Verfassungsgesetz) para impugnar la disposición que le impedía apelar las decisiones del fiscal de no dictar un orden de detención contra Mustafa Goekce. Suponiendo que puedan demostrar un interés directo y actual en el efecto preventivo de la derogación de la disposición pertinente en beneficio de las víctimas de la violencia en el hogar, como Şahide Goekce, sus herederos vivos aún pueden acudir al Tribunal Constitucional a ese respecto.

4.16 El Estado Parte aduce también que periódicamente se organizan cursos especiales de capacitación para magistrados y policías acerca de la violencia en el hogar. La cooperación entre magistrados y policía se examina constantemente para garantizar una intervención más rápida de los órganos del Estado, con el fin de impedir en la medida de lo posible que se produzcan tragedias como la de Şahide Goekce sin interferir indebidamente en la vida familiar de una persona y sus demás derechos fundamentales.

5. Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado Parte acerca de la admisibilidad

5.1 En su comunicación de 31 de julio de 2005, los autores sostienen que la víctima y los autores han agotado todos los recursos internos, que probablemente hubieran brindado un remedio adecuado. Afirman que no existe obligación jurídica de solicitar medidas civiles, como una medida cautelar.

5.2 Los autores opinan también que la idea de exigir que una mujer amenazada de muerte presente una solicitud ante el Tribunal Constitucional no es un argumento que el Estado Parte plantee de buena fe. El procedimiento tarda entre dos y tres años y, por ese motivo, es poco probable que brinde un remedio adecuado a una mujer amenazada de muerte.

5.3 Los autores consideran que el Estado Parte ha cargado injustamente a la víctima con la responsabilidad de tomar medidas contra un marido violento y no ha comprendido el peligro al que se enfrenta la víctima ni el poder del agresor sobre ella. Por tanto, los autores creen que el párrafo 4 del artículo 107 del Código Penal relativo a la autorización de los enjuiciamientos contra quienes profieran amenazas peligrosas punibles debe ser derogado para que la carga recaiga en el Estado, donde debe estar, y así se reforzaría la noción de que las amenazas punibles son delitos contra la comunidad tanto como delitos contra las víctimas concretas.

5.4 Los autores aclaran que Şahide Goekce tenía miedo de abandonar a su marido violento. Las víctimas tratan de evitar actuaciones que puedan agravar el peligro con que se enfrentan (“síndrome de Estocolmo”) y a menudo se sienten obligadas a actuar en interés del agresor. No se debe culpar a la mujer por no estar en condiciones de discernir debido a factores psicológicos, económicos y sociales.

5.5 Los autores tampoco están de acuerdo con la descripción de ciertos hechos realizada por el Estado Parte; fue Mustafa Goekce, y no Şahide Goekce, quien dijo que su mujer tenía un ataque epiléptico y padecía una depresión. Ella no negó las amenazas de su marido, como afirma el Estado Parte. Se negó a testificar contra él en una única ocasión. Si Şahide Goekce restó importancia a los incidentes ante la Oficina para el Bienestar de la Juventud fue porque tenía miedo de perder a sus hijos. Los autores señalan también que Mustafa Goekce abandonó la terapia y que habría sido fácil para la policía enterarse de que Mustafa Goekce tenía una pistola. Subrayan además que Şahide Goekce llamó a la policía la noche antes de ser asesinada, lo cual demuestra el miedo que tenía y que estaba dispuesta a tomar medidas para impedir que su marido entrara en la casa.

5.6 Respecto de las observaciones del Estado Parte sobre la cooperación efectiva entre diversas instituciones, la policía y el fiscal únicamente se pusieron en contacto con el Centro de intervención de Viena contra la violencia en el hogar después de la muerte de Şahide Goekce.

6. Observaciones adicionales del Estado Parte sobre la admisibilidad

6.1 En su comunicación de 21 de octubre de 2005, el Estado Parte rechaza enérgicamente los argumentos expuestos por los autores y mantiene su comunicación anterior. El Estado Parte señala que los autores no se refieren únicamente a las presuntas faltas por parte del fiscal y el juez de instrucción competentes, sino a la propia legislación. Sus críticas son contra el marco jurídico, la aplicación de las disposiciones legales que protegen el derecho a la vida, la integridad física y el derecho al respeto por la vida privada y familiar y el incumplimiento en la adopción de medidas eficaces suficientes de forma general y abstracta.

6.2 En virtud del párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal, cualquier persona puede impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas si aduce violación directa de los derechos individuales en la medida en que la ley haya sido aplicada para esa persona sin que haya existido decisión o fallo judicial. No hay plazos para la presentación de ese tipo de solicitudes.

6.3 El objetivo del procedimiento sería reparar una presunta violación de la ley. El Tribunal Constitucional únicamente considera legítima la solicitud si al derogar la disposición en cuestión, la situación jurídica del solicitante se modificara hasta el punto de que desaparecieran las presuntas repercusiones jurídicas negativas. Además, los intereses del solicitante protegidos por ley debe verse realmente afectados. Esa circunstancia debe darse tanto en el momento en que se presenta la solicitud como cuando el Tribunal Constitucional adopta su decisión. Las personas cuyas solicitudes prosperan tienen derecho a indemnización.

6.4 En el artículo 15 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshofgesetz) figuran los requisitos generales de forma para dirigirse al Tribunal Constitucional, entre ellos los siguientes: la solicitud debe presentarse por escrito y referirse a una disposición concreta de la Constitución; el solicitante debe exponer los hechos; y en la solicitud debe hacerse una petición concreta. En virtud del párrafo 1 del artículo 62 de esa Ley, en la solicitud deben indicarse claramente las disposiciones que han de ser dero-

gadas. Además, se debe explicar de forma exhaustiva el motivo por el que las disposiciones impugnadas son ilícitas y la medida en que se ha aplicado la ley para el solicitante sin que haya existido decisión o fallo judicial. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 17 de la Ley, las solicitudes deben ser presentadas por un letrado autorizado.

6.5 Si el Tribunal Constitucional está de acuerdo con el solicitante, dicta un fallo para anular esas disposiciones. A continuación, el Canciller Federal tiene la obligación de promulgar la derogación de las disposiciones en la Gaceta de Legislación Federal, que entrará en vigor al término del día de su promulgación. El Tribunal Constitucional también puede fijar un plazo máximo de 18 meses para la derogación, el cual no se aplica necesariamente a los propios solicitantes. Se fija un plazo en caso de que se dé al poder legislativo la oportunidad de introducir un nuevo sistema que se ajuste al marco constitucional. A la luz de sus decisiones anteriores, puede suponerse que el Tribunal Constitucional utilizaría esa última posibilidad si decidiera que debe derogarse una disposición.

6.6 Es cierto que el procedimiento previsto en el párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal puede durar entre dos y tres años, como afirman los autores. No obstante, las diligencias pueden acortarse si se explican al Tribunal Constitucional los motivos de la urgencia. En las actuaciones del Tribunal Constitucional no se prevé una reparación inmediata. Sin embargo, en el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se estipula que deben agotarse todos los recursos de la jurisdicción interna salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que dé por resultado un remedio efectivo.

6.7 La condición de que se agoten los recursos de la jurisdicción interna refleja un principio general del derecho internacional y es un elemento habitual de los mecanismos internacionales de derechos humanos. Ofrece al Estado en cuestión la oportunidad de solucionar los casos de violaciones de los derechos humanos a nivel nacional en primera instancia.

6.8 El Estado Parte afirma que Şahide Goekce o sus familiares supervivientes deberían haber utilizado la posibilidad de presentar una solicitud individual ante el Tribunal Constitucional antes de presentar una comunicación al Comité, según se estipula en el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo. Las diligencias ante el Tribunal Constitucional no se prolongan injustificadamente. Además, examinando la jurisprudencia del Tribunal, no puede decirse que los familiares supervivientes no tendrían derecho a presentar una solicitud individual porque, por lo que puede observarse, no se han presentado casos similares ante el Tribunal.

6.9 El Estado Parte sostiene además que en el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo no sólo figuran remedios que surten efecto en cualquier caso. De tener éxito, la solicitud podría dar lugar a la derogación de las disposiciones de procedimiento en disputa o a la introducción por el poder legislativo de un nuevo sistema en el ámbito de la violencia en el hogar ajustado a las intenciones de los autores. Es cierto que ahora, tras la muerte de Şahide Goekce, no hay ningún remedio efectivo respecto de la protección eficaz de su seguridad personal y su vida. No obstante, en estas diligencias, el Comité debería examinar en la etapa de admisibilidad si Şahide Goekce tuvo la oportunidad, al amparo de la legislación nacional, de hacer que se sometieran a revisión constitucional las disposiciones jurídicas que le impedían hacer valer sus derechos y si sus familiares supervivientes tienen la oportunidad de utilizar el mismo mecanismo para que se deroguen las disposiciones jurídicas de interés a nivel nacional a fin de lograr sus objetivos.

7. Deliberaciones del Comité relativas a la admisibilidad

7.1 Durante su 34º período de sesiones (16 de enero a 3 de febrero de 2006), el Comité examinó la cuestión de la admisibilidad de la comunicación de conformidad con los artículos 64 y 66 de su reglamento. El Comité averiguó que no se había examinado todavía ni se estaba examinando el asunto en el marco de otro procedimiento de investigación o solución internacional.

7.2 En relación con el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas

de discriminación contra la mujer (la norma de los recursos internos) el Comité señaló que los autores debían utilizar los recursos a su disposición del sistema jurídico nacional que les permitirían obtener una reparación para las presuntas violaciones. El fondo de las denuncias que se sometían posteriormente ante el Comité debería presentarse en primer lugar ante un órgano nacional adecuado. De lo contrario, la motivación subyacente a la disposición se perdería. La norma de los recursos internos se creó para que los Estados Partes tuvieran la oportunidad de reparar una violación de cualquiera de los derechos establecidos en la Convención por conducto de sus sistemas jurídicos antes de que el Comité se ocupara de las mismas cuestiones. Recientemente, el Comité de Derechos Humanos había recordado la justificación de su decisión correspondiente en el caso de Panayote Celal, en nombre de su hijo, Angelo Celal, contra Grecia (1235/2003), párrafo 6.3: “El Comité recuerda que el propósito del requisito de agotamiento del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo es que el propio Estado Parte tenga la oportunidad de reparar la violación sufrida ...”

7.3 El Comité observó que en las comunicaciones de denuncia de casos de violencia en el hogar, los recursos que venían a la mente a los fines de la admisibilidad se referían a la obligación del Estado Parte en cuestión de ejercer la diligencia debida para proteger a las víctimas, investigar los delitos, castigar a sus autores y ofrecer indemnización conforme a lo estipulado en la recomendación general 19 del Comité.

7.4 El Comité consideró que las alegaciones formuladas respecto de la obligación del Estado Parte de haber ejercido la diligencia debida para proteger a Şahide Goeke constituían el núcleo de la comunicación y eran de gran importancia para los herederos. Por tanto, la cuestión de si se habían agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo debía examinarse en relación con esas alegaciones. Las alegaciones se referían básicamente a vicios de derecho, así como a la presunta conducta indebida o negligencia de las autoridades al aplicar las medidas prescritas por la ley. En relación con los presuntos vicios de derecho, los auto-

res afirmaron que, en virtud del Código Penal, Şahide Goekce no pudo apelar las decisiones del fiscal de no detener a su marido por proferir una amenaza peligrosa punible contra ella. El Estado Parte señaló que en el párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal se preveía un procedimiento cuyo objetivo era subsanar una presunta violación de la ley, y que dicho procedimiento habría estado a disposición de la difunta y seguía estando a disposición de sus descendientes. El Estado Parte consideró que el hecho de que la difunta y sus descendientes no utilizaran el procedimiento debía excluir la admisibilidad de la comunicación.

7.5 El Comité señaló que el procedimiento prescrito en el párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal no podía ser considerado un recurso que probablemente brindara un remedio efectivo a una mujer víctima de una amenaza peligrosa punible de muerte. El Comité tampoco consideró probable que ese recurso interno brindara un remedio efectivo en el caso de los descendientes de la difunta a la luz del carácter abstracto de dicho recurso constitucional. En consecuencia, el Comité concluyó que, a los fines de la admisibilidad respecto de las alegaciones de los autores sobre el marco jurídico para la protección de las mujeres en situaciones de violencia en el hogar en relación con la difunta, no existían recursos que probablemente brindaran un remedio efectivo y que, en ese sentido, la comunicación era por tanto admisible. Al carecer de información sobre otros recursos disponibles efectivos a los que Şahide Goekce o sus herederos pudieran haber recurrido o a los que aún podrían recurrir estos últimos, el Comité concluyó que las alegaciones de los autores relativas a las acciones u omisiones de los funcionarios públicos eran admisibles.

7.6 El 27 de enero de 2006, el Comité declaró que la comunicación era admisible.

8. Solicitud del Estado Parte de una revisión de la admisibilidad y comunicación sobre el fondo

8.1 En su comunicación de 12 de junio de 2006, el Estado Parte pide al Comité que revise su decisión sobre la admisibilidad. El Estado Parte reitera que los descendientes de Şahide Goekce deben

recurrir al procedimiento previsto en el párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal para solicitar una enmienda de la disposición jurídica que impidió que Şahide Goekce apelara contra las decisiones adoptadas por el fiscal de no detener a Mustafa Goekce. Sostiene que este recurso es muy eficaz para lograr el objetivo de la comunicación al nivel interno.

8.2 El Estado Parte sostiene también que, después de que el fiscal hubiera retirado los cargos contra Mustafa Goekce, Şahide Goekce habría podido plantear una acción conocida como “acción subsidiaria” (Subsidiaranklage) contra su marido. En el sistema jurídico austríaco una persona perjudicada puede iniciar una acción en lugar del fiscal si éste retira los cargos y decide no llevar a juicio al agresor. El fiscal no está obligado a informar de esta opción a la persona perjudicada.

8.3 El Estado Parte repite la secuencia de los acontecimientos que llevaron al homicidio de Şahide Goekce. Señala que el informe detallado sobre el caso de Mustafa Goekce de la Oficina Superior de la Fiscalía de Viena confirma que Şahide Goekce no dio su autorización para que se iniciara una acción contra su marido por haber hecho una amenaza peligrosa punible contra ella el 2 de diciembre de 1999 y que a raíz de ello resultó necesario retirar los cargos contra él. Con respecto a la acción penal ex officio contra Mustafa Goekce por infligir lesiones corporales dolosas en relación con el mismo incidente, Şahide Goekce confirmó en el Tribunal de Distrito de Fünfhaus lo que su marido había dicho, a saber, que ella era epiléptica y sufría crisis de depresión y que el hematoma en el cuello era resultado de que su marido la había sujetado. Mustafa Goekce fue absuelto de los cargos de haber infligido lesiones corporales dolosas porque no había más pruebas contra él.

8.4 El Estado Parte suministra información adicional sobre el incidente ocurrido el 21 de agosto de 2000: el expediente muestra que Şahide Goekce no resultó lesionada y que Mustafa Goekce no la golpeó; que se informó a Şahide Goekce de los medios de protección a su alcance previstos en la Ley Federal para la protección contra la violencia en el hogar y se le dio un folleto de información para las víctimas de violencia; que el Centro de Intervención y la

Oficina para la Juventud de Viena fueron también informados ex officio del incidente; y que el 24 de agosto de 2000, Mustafa Goekce acudió a la estación de policía de Schmelz junto con el hijo del matrimonio, Hakan Goekce, quien dijo que su madre había tenido una pelea y había atacado a su padre.

8.5 El Estado Parte afirma que el 1º de septiembre de 2000 Şahide Goekce (quien, según el expediente, fue interrogada en ausencia de su marido) declaró que su marido nunca la había amenazado de muerte. Dijo que había tenido un ataque epiléptico y era posible que en su confusión hubiera hecho acusaciones contra su marido; durante esos ataques hacía declaraciones extrañas, que luego no podía recordar. El 20 de septiembre de 2000, el fiscal retiró los cargos contra Mustafa Goekce.

8.6 El Estado Parte sostiene que el fiscal inició acciones penales contra Mustafa Goekce por haber infligido lesiones corporales y amenazado de muerte a Şahide Goekce inmediatamente después del incidente del 8 de octubre de 2002. Sin embargo, no pidió que se detuviera a Mustafa Goekce. Şahide Goekce comunicó a la policía, sin la presencia de su marido, que éste había tratado de estrangularla y la había amenazado de muerte. Se le informó una vez más en detalle de la posibilidad de solicitar una orden provisional de alejamiento con arreglo al artículo 382b de la Ley de ejecución de sentencias y se le dio un folleto de información para víctimas de violencia. Mustafa Goekce negó absolutamente todas las acusaciones contra él. Había pruebas de que Mustafa Goekce había resultado ligeramente herido durante una disputa el 8 de octubre de 2002.

8.7 El Estado Parte sostiene que se dio a Şahide Goekce la oportunidad de declarar sin la presencia de su marido en la audiencia sobre la orden provisional de alejamiento en el Tribunal del Distrito de Hernals. En las audiencias, Şahide Goekce declaró que haría todo lo posible por mantener unida la familia. Dijo también que su marido tenía muy buenas relaciones con los niños y la ayudaba en el hogar. Según un informe de inspección de la policía del Kriminalkommissariat West, posteriormente Mustafa Goekce incumplió en repetidas ocasiones la orden provisional de alejamiento y la policía respondió acudiendo al domicilio de los Goekce en varias oportunidades, muy a disgusto de Şahide Goekce.

8.8 El Estado Parte sostiene que el fiscal retiró los cargos contra Mustafa Goekce el 6 de diciembre de 2002 porque no se podía probar con certeza suficiente que Mustafa Goekce fuera culpable de hacer amenazas peligrosas punibles contra su mujer, más allá de expresiones duras atribuibles a su origen y cultura. Con respecto a las pruebas físicas, el Estado Parte sostiene que no era posible determinar con certeza cuál de los cónyuges había iniciado los actos de agresión. El Estado Parte sostiene también que se puso fin a las actuaciones contra Mustafa Goekce por causar lesiones corporales porque no tenía antecedentes penales y porque no se podía excluir la posibilidad de que Şahide Goekce hubiera atacado a su marido.

8.9 En su sentencia de 17 de octubre de 2003, el Tribunal Penal Regional de Viena ordenó que Mustafa Goekce fuera internado en una institución para delincuentes con trastornos mentales por haber dado muerte a Şahide Goekce. Según la opinión pericial obtenida por el Tribunal, Mustafa Goekce cometió el delito bajo la influencia de una psicosis de celos que lo absolvía de responsabilidad penal.

8.10 El Estado Parte observa que es difícil hacer prognosis confiables en cuanto a la peligrosidad de un delincuente y que es necesario determinar si la detención equivaldría a una injerencia desproporcionada en los derechos básicos y las libertades fundamentales de una persona. Mediante la Ley Federal para la protección contra la violencia en el hogar se procura proporcionar un medio muy eficaz y al mismo tiempo proporcionado de luchar contra la violencia en el hogar a través de una combinación de medidas penales y de derecho civil, actividades policiales y medidas de apoyo. Se requiere una cooperación estrecha entre los tribunales penales y civiles, los órganos de policía, las instituciones de bienestar de los menores y las instituciones de protección de las víctimas, con inclusión, en particular, de los centros de intervención para la protección contra la violencia en la familia, así como un intercambio rápido de información entre las autoridades y las instituciones participantes.

8.11 El Estado Parte señala que, además de intervenir en las disputas, la policía emitió órdenes de expulsión y prohibición de regreso, que son medidas menos graves que la detención. El párrafo

7 de la sección 38a de la Ley de la Policía de Seguridad requiere que la policía se cerciore del cumplimiento de las órdenes de expulsión y prohibición de regreso por lo menos una vez cada tres días. Con arreglo a las instrucciones de la Dirección de la Policía Federal de Viena, es recomendable que la policía lleve a cabo los exámenes a través de contactos directos con la persona que corre riesgo en el hogar sin aviso previo en un momento en que es probable que haya alguien en la casa. Las oficinas de inspección de la policía en Viena deben mantener registros de los casos de violencia en el hogar a fin de poder obtener rápidamente información confiable.

8.12 El Estado Parte indica que su legislación está sujeta regularmente a evaluación, al igual que el registro electrónico de actuaciones judiciales. El aumento de la conciencia del problema ha hecho que se introdujeran reformas importantes en las leyes y aumentara la protección de las víctimas de la violencia en el hogar, por ejemplo, mediante la eliminación del requisito contenido en el párrafo 4 del artículo 107 del Código Penal de que un miembro de la familia amenazada debe autorizar el inicio de actuaciones contra el autor de una amenaza peligrosa punible.

8.13 El Estado Parte sostiene que la cuestión de la violencia en el hogar y de estrategias prometedoras para luchar contra ella se han examinado regularmente en reuniones entre los jefes de las oficinas de la Fiscalía y representantes del Ministerio Federal del Interior, incluso en conexión con el caso de que se trata. Sostiene también que se hacen grandes esfuerzos por mejorar la cooperación entre las oficinas de la Fiscalía y los centros de intervención contra la violencia en el hogar. El Estado Parte hace referencia también a esfuerzos realizados en el ámbito de las estadísticas por el Ministerio Federal del Interior y sus órganos subsidiarios.

8.14 El Estado Parte indica que la Ley Federal de protección contra la violencia en el hogar y su aplicación en la práctica son elementos clave de la capacitación de los jueces y los fiscales. Se dan ejemplos de seminarios y eventos locales sobre protección de las víctimas. Se proporciona anualmente a los futuros jueces información sobre “la violencia en la familia”, “la protección de las

víctimas” y “la ley y la familia”. Los programas cubren los elementos básicos del fenómeno de la violencia contra las mujeres y los niños, incluidas las formas, traumas, consecuencias postraumáticas, dinámica de las relaciones violentas, psicología de los agresores, evaluación de los factores del grado de peligrosidad de un agresor, instituciones de apoyo, leyes y reglamentaciones y registros electrónicos. Se ha impartido también capacitación interdisciplinaria y general.

8.15 El Estado Parte reconoce la necesidad de que las personas afectadas por la violencia en el hogar sean informadas de los recursos jurídicos y los servicios de asesoramiento a su alcance. Señala que los jueces proporcionan información gratuitamente en los tribunales de distrito una vez por semana a las personas interesadas en conocer los instrumentos de protección jurídica existentes. Se proporciona también apoyo psicológico, incluso en el Tribunal de Distrito de Hernal. El Estado Parte indica asimismo que se ofrece información pertinente (carteles y folletos en árabe, alemán, inglés, francés, polaco, ruso, serbocroata, español y húngaro) en los tribunales de distrito. Se ha establecido una línea telefónica permanente gratuita para las víctimas en que hay abogados que dan asesoramiento jurídico las 24 horas del día en forma gratuita. El Estado Parte afirma también que los hogares para mujeres funcionan como centros de acogida donde las mujeres que son víctimas de violencia reciben asesoramiento, atención y asistencia para tratar con las autoridades estatales. En los casos de violencia en el hogar en que se han emitido órdenes de expulsión y prohibición de regreso, los oficiales de policía deben informar a la persona en situación de riesgo de la posibilidad de obtener una medida cautelar con arreglo al artículo 382a de la Ley de ejecución de sentencias. En Viena, se entrega a la persona interesada folleto informativo (disponible en inglés, francés, serbio, español y turco).

8.16 El Estado Parte sostiene que los autores de la presente comunicación dan explicaciones abstractas de las razones por las cuales alegan que la Ley Federal de protección contra la violencia en el hogar, así como la práctica relativa a las detenciones en los casos de violencia en el hogar y el enjuiciamiento y castigo de los agresores

están en contravención de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Convención. El Estado Parte considera que es evidente que en su sistema jurídico se prevén medidas amplias para luchar adecuada y eficientemente contra la violencia en el hogar. Afirma que se ofrecieron a Şahide Goekce numerosas formas de asistencia en el caso de que se trata.

8.17 El Estado Parte indica también que se emiten órdenes de detención cuando hay temores sustanciados suficientes de que el sospechoso llevará a cabo la amenaza si no es detenido. Sostiene que no es posible excluir la posibilidad de errores en la determinación de la peligrosidad de un agresor en un caso individual. Afirma que, aunque el presente caso es extremadamente trágico, no es posible olvidar el hecho de que la detención debe sopesarse contra el derecho del supuesto agresor a su libertad personal y a un juicio imparcial. Se hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta a que la privación de la libertad de las personas es, en todo caso, el último recurso y sólo puede imponerse si no es desproporcionada en relación con el propósito de la medida. El Estado Parte alega también que, si se pretendiera excluir todas las fuentes de peligro, debería ordenarse la detención en situaciones de violencia en el hogar como medida preventiva. Se trasladaría así la carga de la prueba y ello estaría en abierta contravención de los principios de presunción de inocencia y del derecho a un juicio imparcial. La protección de las mujeres a través de la discriminación afirmativa, por ejemplo, mediante la detención automática, el prejuicio y el castigo de los hombres tan pronto como surgiera una sospecha de violencia en el hogar sería inaceptable y contrario al estado de derecho y a los derechos fundamentales.

8.18 El Estado Parte sostiene que los autores habrían podido presentar en cualquier momento una reclamación contra el fiscal por su conducta con arreglo al artículo 37 de la Ley de la Fiscalía. Además, Şahide Goekce no aprovechó ninguna de las vías de recurso a su alcance. El hecho de no haber autorizado que se iniciaran actuaciones contra Mustafa Goekce por proferir una amenaza peligrosa punible en diciembre de 1999, de negarse en general a declarar y de pedir al tribunal que no castigara a su marido dieron por resultado

que éste fuera absuelto. Şahide Goekce dijo que sus alegaciones con respecto al incidente de agosto de 2000 se habían hecho en un estado de confusión resultante de su depresión y, una vez más, el fiscal determinó que no había fundamentos suficientes para llevar a juicio a Mustafa Goekce. El Estado Parte afirma además que los hechos disponibles sobre el incidente del 8 de octubre de 2002 no indicaban tampoco que debiera detenerse a Mustafa Goekce. El fiscal no sabía que Mustafa Goekce tenía en su poder un arma de fuego. Por último, el Estado Parte afirma que no se puede deducir de los informes policiales y otros documentos que existía el peligro de que Mustafa Goekce cometiera realmente el acto delictivo.

8.19 El Estado Parte resume su posición afirmando que no fue posible garantizar una protección efectiva a Şahide Goekce porque ella no había estado dispuesta a cooperar con las autoridades austríacas. A la luz de la información de que disponían las autoridades estatales, la injerencia adicional por el Estado en los derechos y las libertades fundamentales de Mustafa Goekce no habría estado permitida con arreglo a la Constitución.

8.20 El Estado Parte afirma que su sistema de medidas amplias³ encaminadas a luchar contra la violencia en el hogar no discrimina contra las mujeres y las acusaciones de los autores en sentido contrario carecen de fundamento. Las decisiones, que parecen en retrospectiva incorrectas (cuando se dispone de información más amplia) no son discriminatorias por sí mismas. El Estado Parte sostiene que cumple con sus obligaciones en virtud de la Convención en lo que respecta a la legislación y su aplicación y que no ha habido discriminación contra Şahide Goekce como mujer.

8.21 A la luz de lo que antecede, el Estado Parte pide al Comité que rechace como inadmisibles la presente comunicación; que la rechace por carecer manifiestamente de fundamento y que sostenga que no se violaron los derechos de Şahide Goekce en virtud de la Convención.

³ Para ilustrar la eficacia de las medidas, que se aplican, el Estado Parte presenta las estadísticas de órdenes de prohibición de entrar al hogar común y otras medidas jurídicas.

9. Observaciones de los autores sobre la petición del Estado Parte de una revisión de la admisibilidad y la comunicación sobre el fondo

9.1 En su comunicación de 30 de noviembre de 2006, los autores aducen que ni los hijos de la víctima ni los autores tenían la intención de que el Tribunal Constitucional revisara las disposiciones legales, y que la moción habría sido considerada inadmisibile. No habrían satisfecho las condiciones para plantear esta acción ante el Tribunal Constitucional. Los autores señalan que el principal elemento de la comunicación es que las disposiciones legales no se aplicaban, y no que debían enmendarse o derogarse. Aducen además que sus sugerencias de mejora de las leyes y las medidas de cumplimiento existentes nunca podrían haberse hecho mediante una reclamación en el ámbito constitucional. Por lo tanto, el planteamiento de una reclamación en el ámbito constitucional no se consideraría un recurso interno para los fines del párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo.

9.2 Los autores consideran que es inadmisibile en esta etapa que el Estado Parte introduzca un argumento relativo al recurso a la “acción subsidiaria” en vista de que se dio anteriormente al Estado Parte dos oportunidades de formular observaciones sobre la cuestión de la admisibilidad, y que este recurso sería además costoso y no proporcionaría ninguna mejora efectiva. Los autores opinan que el Protocolo Facultativo y las normas de procedimiento del Comité, así como los principios jurídicos generales, (*“ne bis in idem”*) no prevén la derogación de la decisión de admisibilidad de 27 de enero de 2006.

9.3 Los autores señalan que el Estado Parte se refiere a medidas tomadas y disposiciones jurídicas que entraron en vigor años después del homicidio de Şahide Goekce.

9.4 Los autores alegan que las observaciones del Estado Parte imponen a la víctima la carga y la responsabilidad de hacer frente al marido violento y la culpan de no haber tomado las medidas apropiadas. Afirman que esta posición demuestra la poca comprensión que tienen las autoridades de la dinámica de la violencia en la pareja, la situación de peligro de la víctima y el poder que tiene el agresor sobre la víctima, a quien en este caso terminó dando muerte.

9.5 Los autores señalan que el Estado Parte reconoció todos los incidentes ocurridos. Sin embargo, sostienen que el Estado Parte no describió correctamente algunos de los detalles. Aducen que fue Mustafa Goekce quien declaró que Şahide Goekce había tenido un ataque epiléptico, la explicación del hematoma en el cuello, y que él la había socorrido.

9.6 Los autores cuestionan la afirmación del Estado Parte de que Şahide Goekce pidió al Tribunal que no castigara a su marido o negó que éste hubiera amenazado con darle muerte. Aducen que las actas del interrogatorio muestran que Mustafa Goekce dijo repetidamente que mataría a Şahide Goekce. Además, Şahide Goekce se negó solamente una vez a declarar contra su marido, y la razón de que no hubiera más actuaciones penales fue que el fiscal no las inició. En cuanto a la afirmación del Estado Parte de que Şahide Goekce restó importancia a los incidentes ante la Oficina para el Bienestar de la Juventud, los autores sostienen que Şahide Goekce habría tenido miedo de perder a sus hijos y del desprecio social y cultural que sufriría una mujer de ascendencia turca a quien se le hubieran quitado sus hijos.

9.7 Los autores señalan que el Estado Parte admite que Mustafa Goekce incumplió repetidamente la medida cautelar emitida por el Tribunal de Distrito de Hernals, y critican a la policía por no haber tomado seriamente la información que recibieron del hermano de Mustafa Goekce sobre el arma.

9.8 Los autores aducen que el Estado Parte no asumió su responsabilidad por las fallas de las autoridades y los oficiales. Afirman que al hacer una determinación sobre la detención de Mustafa Goekce, el Estado Parte debía haber llevado a cabo una evaluación amplia de la peligrosidad potencial de Mustafa Goekce. Además, el Estado Parte debió haber tenido en cuenta las circunstancias sociales y psicológicas del caso. Consideran que el uso exclusivo de recursos civiles no era apropiado porque no impedía que delincuentes violentos muy peligrosos cometieran o volvieran a cometer delitos.

9.9 Los autores destacan las fallas del sistema de protección. Una de ellas es que la policía y los fiscales no pueden comunicarse

entre sí con suficiente rapidez. Otra es que los expedientes policiales sobre la violencia en el hogar no están a disposición de los oficiales encargados de los servicios de llamadas de emergencia. Aducen también que no hay una comunicación sistemáticamente coordinada y/o institucionalizada entre la Fiscalía y el Tribunal de Familia. Sostienen al mismo tiempo que la financiación del Gobierno sigue siendo insuficiente para prestar atención amplia a todas las víctimas de la violencia en el hogar.

9.10 Los autores hacen referencia a un intercambio de información entre representantes de la policía y un representante del Centro de intervención que tuvo lugar poco después del homicidio de Şahide Goekce, en el curso del cual el Jefe de Policía admitió que había deficiencias en el servicio de llamadas de emergencia. Los autores sostienen que en el caso de que se trata Şahide Goekce llamó al servicio pocas horas antes de que se le diera muerte, pero no se envió ningún auto patrullero al lugar. Aunque el Jefe de Policía pidió a los representantes del Centro de intervención que dieran instrucciones a las víctimas sobre la información que debían proporcionar a la policía, los autores aducen que no sería razonable esperar que las víctimas de violencia proporcionaran en una situación de emergencia toda la información que podría ser pertinente, dado su estado mental. Además, en el caso en cuestión, el alemán no era la lengua materna de Şahide Goekce. Los autores sostienen que las autoridades deben reunir datos sobre los agresores violentos peligrosos de una manera sistemática que permita el acceso a esos datos en cualquier sitio en casos de emergencia.

9.11 Los autores alegan que no es correcto aducir que Şahide Goekce no utilizó los recursos a su alcance. En 2002, el año en que se le dio muerte, Şahide Goekce trató repetidamente de obtener ayuda de la policía, pero no se escuchó con seriedad a ella ni a su familia; en muchas ocasiones las reclamaciones no se registraron. Además, los autores aducen que la policía estaba al corriente de varios ataques físicos cometidos por Mustafa Goekce, pero no los documentó debidamente de modo que la información pudiera recuperarse para evaluar su posible peligrosidad. Sostienen que las posibilidades de violencia por parte de un cónyuge que no acepta

que se le separe del otro cónyuge o de la familia son extremadamente altas. En el caso específico de Şahide Goekce, su cónyuge estaba celoso sin fundamento y no aceptaba una separación, lo que constituía un alto riesgo que no se tuvo en cuenta.

10. Observaciones adicionales del Estado Parte

10.1 En su comunicación de 19 de enero de 2007, el Estado Parte proporciona información detallada sobre la llamada “acción subsidiaria”, en virtud de la cual un particular toma a su cargo la presentación de cargos contra el acusado. El Estado Parte afirma que los requisitos son más estrictos que los que se aplican al fiscal a fin de impedir los subterfugios. Con arreglo a este procedimiento, una persona cuyos derechos se alega que han sido violados por la comisión de un delito pasa a ser parte en calidad de particular en las actuaciones.

10.2 El Estado Parte indica que se informó a Şahide Goekce de su derecho a una “acción subsidiaria” el 14 de diciembre de 1999, el 20 de septiembre de 2000 y el 6 de diciembre de 2002.

10.3 El Estado Parte afirma también que Şahide Goekce habría tenido derecho a plantear una reclamación con arreglo al artículo 37 de la Ley de la Fiscalía (Staatsanwaltschaftsgesetz) ante el jefe de la Oficina de la Fiscalía en Viena, la Oficina Superior de la Fiscalía o el Ministerio Federal de Justicia si hubiera considerado que las acciones oficiales del fiscal responsable no se ajustaban a la ley. No hay requisitos formales y las reclamaciones pueden presentarse por escrito, por correo electrónico, por fax o por teléfono.

10.4 El Estado Parte indica que las personas que viven o han vivido con un agresor en una relación familiar o de tipo familiar pueden solicitar una medida cautelar de protección contra la violencia en el hogar con arreglo al artículo 382b de la Ley de ejecución de sentencias cuando ha habido ataques físicos, amenazas de ataques físicos o cualquier conducta que afecte gravemente la salud mental de la víctima y cuando el hogar satisface las necesidades urgentes de alojamiento del solicitante. Se puede ordenar al agresor que abandone el hogar y su inmediaciones y se le puede prohibir que regrese a él. Si pasan a ser inaceptables los encuentros futuros,

puede prohibirse al agresor que visite lugares específicamente definidos y se le puede ordenar que evite los encuentros y los contactos con el solicitante siempre que no se contravengan con ello intereses importantes del agresor. En los casos en que se ha emitido una medida cautelar, las autoridades encargadas del orden público pueden determinar que es también necesaria una orden de expulsión (*Wegweisung*) como medida preventiva.

10.5 El Estado Parte afirma que se pueden emitir medidas cautelares durante los procedimientos de divorcio y de anulación de matrimonios, las actuaciones para determinar la división de los bienes matrimoniales o el derecho a utilizar el hogar. En esos casos, la medida cautelar es válida por la duración de las actuaciones. Si no hay actuaciones de ese tipo pendientes, puede emitirse una medida cautelar por un máximo de tres meses. Las órdenes de expulsión y prohibición de regreso expiran al cabo de 10 días pero se prorrogan por otros 10 días si se presenta una solicitud para que se dicte una medida cautelar.

11. Examen de la admisibilidad

11.1 Con arreglo al párrafo 2 del artículo 71 de su reglamento, el Comité ha vuelto a examinar la comunicación a la luz de toda la información proporcionada por las partes, conforme lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo Facultativo.

11.2 En cuanto a la solicitud del Estado Parte de revisión de la admisibilidad en razón de que los herederos de Şahide Goeke no recurrieron al procedimiento previsto en el párrafo 1 del artículo 140 de la Constitución Federal, el Comité señala que el Estado Parte no ha presentado nuevos argumentos que modifiquen la opinión del Comité de que, en razón de su carácter abstracto, este recurso interno no proporcionaría probablemente un remedio eficaz.

11.3 En cuanto al argumento del Estado Parte de que Şahide Goeke, como particular, habría podido iniciar una acción, conocida como “acción subsidiaria”, contra su marido después de que el fiscal hubiera decidido abandonar los cargos contra él, el Comité no considera que este recurso estaba *de facto* al alcance de la autora,

teniendo en cuenta que los requisitos para que un particular se haga cargo de las actuaciones contra el acusado son más estrictos que los correspondientes al fiscal, el hecho de que el alemán no era la lengua materna de Şahide Goekce y, lo que es más importante, el hecho de que ella estaba en una situación de violencia doméstica y amenazas de violencia prolongadas. Además, el hecho de que el Estado Parte haya introducido el concepto de “acción subsidiaria” ya tarde en las actuaciones indica que este recurso es relativamente oscuro. En consecuencia, el Comité no considera que el recurso de “acción subsidiaria” sea un recurso que Şahide Goekce hubiera estado obligada a agotar con arreglo al párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo.

11.4 En cuanto a la afirmación del Estado Parte de que Şahide Goekce habría podido plantear una reclamación con arreglo al artículo 37 de la Ley de la Fiscalía, el Comité considera que este recurso —diseñado para determinar la legalidad de las acciones oficiales del fiscal responsable— no puede considerarse un recurso que podría ayudar de hecho a una mujer cuya vida está sometida a una amenaza peligrosa y no debería en consecuencia impedir la admisibilidad de la comunicación.

11.5 El Comité considerará a continuación el fondo de la comunicación.

12. Consideración del fondo

12.1.1 En cuanto a la supuesta violación de las obligaciones del Estado Parte de eliminar la violencia contra la mujer en todas sus formas en relación con Şahide Goekce contenidas en el párrafo a) y los párrafos c) a f) del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención, el Comité recuerda su recomendación general 19 sobre la violencia contra la mujer. Esta recomendación general se ocupa de la cuestión de si puede considerarse que los Estados partes son responsables de la conducta de agentes no estatales al afirmar que “... de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre ...” y que “en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de de-

rechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”.

12.1.2 El Comité observa que el Estado Parte ha establecido un modelo amplio para hacer frente a la violencia en el hogar que incluye legislación, recursos penales y civiles, concienciación, educación y capacitación, centros de acogida, asesoramiento para las víctimas de violencia e interacción con los agresores. Sin embargo, para que la mujer víctima de violencia en el hogar disfrute de la realización práctica del principio de la igualdad de hombres y mujeres y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el sistema amplio de Austria que acaba de describirse debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado Parte.

12.1.3 En el presente caso, el Comité observa que durante el período de tres años que se inició con el episodio violento comunicado a la policía el 3 de diciembre de 1999 y terminó con la muerte por disparo de arma de fuego de Şahide Goekce el 7 de diciembre de 2002, la frecuencia de las llamadas a la policía sobre disturbios y disputas y/o golpes fue en aumento; la policía emitió órdenes de prohibición de regreso en tres ocasiones separadas y pidió dos veces al fiscal que se detuviera a Mustafa Goekce; y estaba en vigor en el momento de su muerte una medida cautelar válida por tres meses que prohibía a Mustafa Goekce volver al apartamento de la familia y sus inmediaciones y mantener contacto con Şahide Goekce o los hijos. El Comité observa que Mustafa Goekce dio muerte a Şahide Goekce con una pistola que había comprado tres semanas antes, pese a que había contra él una prohibición válida de portar, así como a la afirmación no contestada de los autores de que la policía había recibido información sobre el arma del hermano de Mustafa Goekce. Además, el Comité señala que no se ha cuestionado el hecho de que Şahide Goekce llamó al servicio de llamadas de emergencia pocas horas antes de su muerte, y no se envió pese a ello un auto patrullero al lugar del delito.

12.1.4 El Comité considera que, dada esta combinación de factores, la policía sabía o debía haber sabido que Şahide Goekce corría peligro grave; debía haber tratado su última llamada como una emergencia, en particular en razón de que Mustafa Goekce había demostrado que tenía posibilidades de ser un delincuente muy peligroso y violento. El Comité considera que, teniendo en cuenta los numerosos antecedentes de disturbios y golpes anteriores, por no responder inmediatamente a la llamada, la policía es responsable de no haber actuado con la diligencia debida para proteger a Şahide Goekce.

12.1.5 Aunque el Estado Parte sostiene con razón que es necesario en cada caso determinar si la detención constituiría una injerencia desproporcionada en los derechos básicos y las libertades fundamentales de un autor de actos de violencia en el hogar, como el derecho a la libertad de circulación y a un juicio imparcial, el Comité opina, según expresó en sus opiniones sobre otra comunicación relativa a la violencia en el hogar, que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental⁴. En el presente caso, el Comité considera que el comportamiento (amenazas, intimidación y golpes) de Mustafa Goekce transponía un alto umbral de violencia del cual tenía conciencia el fiscal y que, en consecuencia, el fiscal no debía haber denegado las solicitudes de la policía de detener a Mustafa Goekce en conexión con los incidentes de agosto de 2000 y octubre de 2002.

12.1.6 Aunque observa que se sometió debidamente a juicio a Mustafa Goekce por la muerte de Şahide Goekce, el Comité concluye con todo que el Estado Parte violó sus obligaciones con arreglo al apartado a) y los apartados c) a f) del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención considerados en conjunción con el artículo 1 de la Convención y la recomendación general 19 del Comité y los derechos correspondientes de la difunta Şahide Goekce a la vida y la integridad física y mental.

⁴ Véase el párrafo 9.3 de las opiniones del Comité sobre la comunicación No. 2/2003, *A. T. contra Hungría*.

12.2 El Comité observa que los autores han alegado también que el Estado Parte violó los artículos 1 y 5 de la Convención. El Comité ha declarado en su recomendación general 19 que la definición de discriminación contenida en el artículo 1 de la Convención incluye la violencia basada en el género. Ha reconocido también que hay vínculos entre las actitudes tradicionales en que se considera a las mujeres como subordinadas a los hombres y la violencia en el hogar. Al mismo tiempo, el Comité opina que la información presentada por los autores de la comunicación y el Estado Parte no justifican otras conclusiones.

12.3 De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer opina que los actos que tiene ante sí revelan una violación de los derechos de la difunta Şahide Goekce a la vida y la integridad física y mental con arreglo al apartado a) y los apartados c) a f) del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención considerados en conjunción con el artículo 1 de la Convención y la recomendación general 19 del Comité y hace las siguientes recomendaciones al Estado Parte: a) Reforzar la aplicación y la vigilancia de la Ley Federal de protección contra la violencia en el hogar y las leyes penales conexas, actuando con la debida diligencia para prevenir esa violencia contra la mujer y responder a esa violencia, y prever sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento; b) Enjuiciar de manera vigilante y rápida a los autores de actos de violencia en el hogar a fin de hacer comprender a los agresores y al público que la sociedad condena la violencia en el hogar y asegurar al mismo tiempo que se utilicen recursos penales y civiles en los casos en que el perpetrador en una situación de violencia en el hogar plantea una amenaza peligrosa para la víctima y asegurar también que en todas las medidas que se tomen para proteger a la mujer de la violencia se dé la consideración debida a la seguridad de la mujer, haciendo hincapié en que los derechos del perpetrador no pueden sustituir a los derechos de la mujer a la vida y la integridad física y mental; c) Asegurar que se mejore la coordinación entre los encargados del cumplimiento de la ley y los

funcionarios judiciales y asegurar también que todos los niveles del sistema de justicia penal (la policía, los fiscales, los jueces) cooperen regularmente con las organizaciones no gubernamentales que trabajan para proteger y apoyar a las víctimas de violencia basada en el género; d) Fortalecer los programas de capacitación y formación sobre violencia en el hogar para los jueces, abogados y oficiales encargados de hacer cumplir la ley, incluso en lo que respecta a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la recomendación general 19 del Comité y el Protocolo Facultativo.

12.4 De conformidad con el párrafo 4 del artículo 7, el Estado Parte deberá dar la consideración debida a las opiniones del Comité, junto con sus recomendaciones, y presentará al Comité dentro del plazo de seis meses una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas adoptadas a la luz de las opiniones y recomendaciones del Comité. Se pide también al Estado Parte que publique las opiniones y recomendaciones del Comité y que disponga que se traduzcan al alemán y se distribuyan ampliamente a fin de hacerlas llegar a todos los sectores pertinentes de la sociedad.

El derecho a recibir prestaciones de pensión entre compañeros del mismo sexo

Comité de Derechos Humanos
Comunicación N° 1361/2005 del 13 de enero de 2001,
X¹ c. Colombia, Dictamen del 30 de marzo de 2007

Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. El autor, de la comunicación de fecha 13 de enero de 2001, es un ciudadano colombiano. Alega ser víctima por parte de Colombia de violaciones a los artículos 2, párrafo 1, 3, 5 párrafos 1 y 2 14, párrafo 1, 17 y 26 del Pacto. El Protocolo Facultativo entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976. El autor está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 27 de julio de 1993, tras 22 años de relación y 7 de convivencia con el autor, falleció el Sr. Y su compañero permanente. El 16 de septiembre de 1994, el autor, quien dependía económicamente de su compañero fallecido, presentó una petición al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, División de Prestaciones Económicas (el Fondo) solicitando una sustitución pensional.

2.2 El 19 de abril de 1995, el Fondo denegó la petición del autor, alegando que la ley no permitía otorgar la sustitución entre personas del mismo sexo.

¹ Los nombres y apellidos tanto del autor como de su pareja han sido omitidos debido a una solicitud de confidencialidad formulada por una de las partes.

2.3 El autor indica que el decreto reglamentario 1160 de 1989, establece que: “Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en los regímenes especiales”, sin establecer como requisito para la sustitución pensional que se trate de personas de diferentes sexos. Agrega que la ley 113 de 1985 extendió a la (el) compañera(o) permanente el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado con derecho a jubilarse, poniendo fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que mantienen unión de hecho.

2.4 El autor interpuso una acción de tutela ante el Juzgado 65 Penal Municipal de Bogotá para obtener una respuesta del Fondo de Prestaciones del Congreso de la República. El 14 de abril de 1995, el Juzgado Penal Municipal dictó sentencia ordenando cesar la acción impugnada, porque no existía una vulneración de derechos fundamentales. Contra tal decisión, el autor interpuso recurso de apelación ante el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá. El 12 de mayo de 1995, este Juzgado ordenó modificar la sentencia anterior y que se realizara por al Procuraduría General de la Nación, una investigación por las faltas incurridas por los funcionarios del Fondo.

2.5 Debido a la negativa de entregar la pensión, el autor presentó una acción de tutela ante el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá. Este Juzgado rechazó el recurso en 15 de septiembre de 1995, considerando que no existía motivo para tutelar los derechos reclamados. El autor interpuso recurso de apelación contra esta decisión ante el Tribunal Superior de Bogotá, el cual el 27 de octubre de 1995 confirmó el fallo de primera instancia.

2.6 El autor indica que todas las acciones de tutela del país son remitidas a la Corte Constitucional para una eventual revisión pero ésta no fue tomada para estudio por la Corte. Como, de acuerdo con el decreto 2591 el Defensor del Pueblo puede insistir en el estudio del asunto, el autor solicitó a la Defensoría del Pueblo que pidiera la revisión ante la Corte Constitucional. La Defensoría con-

testó el 26 de febrero de 1996, que a los homosexuales, por ausencia de normatividad legal expresa, no se les permitía ejercer derechos reconocidos a los heterosexuales, por ejemplo, celebrar contrato de matrimonio o invocar la sustitución pensional de su compañero supérstite.

2.7 El autor presentó una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el cual el 12 de junio de 2000, negó la demanda, basándose en la no existencia de un reconocimiento constitucional o legal para las uniones homosexuales como núcleo integrador de familia. El autor presentó recurso de apelación que fue decidido en el Consejo de Estado el 19 de julio de 2000, confirmando la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo, argumentando que, en virtud de la Constitución “la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (...) de un hombre y una mujer.” Esta sentencia solo fue notificada mediante edicto de 17 de octubre de 2000 y quedó firme el 24 de octubre del mismo año.

2.8 El autor considera que ha agotado los recursos internos. Insiste en que todas las acciones de tutela del país son remitidas a la Corte Constitucional para una eventual revisión, y que ésta no fue tomada para estudio por la Corte.

2.9 El autor solicita la confidencialidad en relación a sus datos personales así como los de su pareja.

La denuncia

3.1 En cuanto a la alegada violación del artículo 2, párrafo 1, el autor sostiene que ha sufrido una discriminación por razones de su orientación sexual y de su sexo. Afirma que el Estado Colombiano no ha observado su compromiso de garantizar a todos los habitantes de su territorio políticas de no discriminación.

3.2 El autor alega la violación del artículo 3, puesto que se niega a una pareja del mismo sexo los derechos que se confieren a parejas de sexos diferentes, sin ninguna justificación. Afirma que cumplió legalmente con los requisitos para acceder a la mesada pensional a la que tiene derecho y que ésta fue negada con apoyo en argumen-

tos de exclusión por preferencia sexual. Observa que, si la solicitud de pensión la hubiera presentado una mujer por el fallecimiento de su compañero hombre, la misma hubiera sido concedida, situación que resulta por consiguiente discriminatoria. El autor considera que al negar a una pareja del mismo sexo los derechos que se concede a parejas de sexos diferentes, se violó el artículo 3.

3.3 El autor alega asimismo violación del artículo 5, párrafos 1 y 2 del Pacto, porque las acciones del Estado Parte no respetan los principios de igualdad y no discriminación. Según el autor, el Estado Parte desconoció las decisiones del Comité que comprende la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual² y, la ley colombiana ha sido aplicada restrictivamente evitando que el autor accediera a la sustitución pensional de su pareja, poniendo en peligro su subsistencia y calidad de vida.

3.4 En cuanto a la violación alegada del artículo 14, párrafo 1, el autor sostiene que su derecho a la igualdad ante los tribunales no fue respetado, pues los órganos judiciales colombianos rechazaron su solicitud en reiteradas ocasiones apoyados en su género. Se refiere al Salvamento de Voto de la jueza Olaya Forero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el caso en el cual afirmó que en la sentencia se estaba dando un trato desigual a los homosexuales.

3.5 El autor alega violación del artículo 17, párrafo 1, pues considera que el Estado Parte ha ejercido una injerencia negativa, descalificando su preferencia sexual haciendo con ello que le fuera negado el derecho fundamental a una pensión que garantizaría su subsistencia. En cuanto a la violación alegada del artículo 17, párrafo 2, sostiene que en los fallos de las autoridades judiciales su vida privada tuvo más peso que los requisitos legales para disfrutar la pensión. Los jueces se negaron a conceder la tutela o el amparo teniendo como única razón el hecho de ser homosexual.

3.6 En cuanto a la violación del artículo 26, el autor afirma que el Estado Parte, a través de la decisión del Fondo de Prestaciones y posteriormente con las múltiples acciones judiciales tuvo la opor-

² El autor parece referirse a las decisiones del Comité en N°s 488/1992, *Toonen c Australia* y 941/2000, *Young c Australia*.

tunidad de evitar la discriminación basada en el sexo y orientación sexual pero no lo hizo. Alega que es deber del Estado solucionar la situaciones de desventaja de sus habitantes, pero en su caso por el contrario, el Estado las ha agravado haciéndole más vulnerable frente a las difíciles situaciones sociales que vive el país.

Observaciones del Estado Parte con respecto a la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

4.1 Mediante nota verbal de 25 de noviembre de 2005, el Estado Parte sometió sus observaciones relativas a la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

4.2 Con respecto a la admisibilidad de la comunicación, el Estado Parte realiza un examen detallado de los recursos utilizados por el autor concluyendo que estos fueron agotados, con la excepción de los recursos extraordinarios de revisión y súplica que no utilizó en la oportunidad debida. Sostiene que no corresponde al Comité examinar las determinaciones de hecho o de derecho de los tribunales nacionales ni anular decisiones judiciales a la manera de un tribunal de alzada. El Estado Parte considera que el autor pretende utilizar el Comité como una cuarta instancia.

4.3 En cuanto a los recursos de la jurisdicción interna, el Estado Parte nota que el Fondo aplicó el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, el cual establece que "... para todos los efectos civiles, se denominan compañero o compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho." Concluye que la legislación colombiana no ha conferido efectos civiles a las uniones entre personas del mismo sexo. Observa asimismo que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca consideró que la aplicación sistemática y concordante de la Constitución de 1991 con otras normas no daba bases a la Administración para acceder a la petición del autor. El Estado Parte señala que la jurisdicción contenciosa administrativa cuenta con recursos de carácter extraordinario como el de revisión y el de súplica, que el autor hubiera podido intentar, pero que no fueron utilizados en su oportunidad, habiéndose vencido los términos legales establecidos para hacerlo.

4.4 En cuanto a las acciones de tutela interpuestas por el autor, el Estado Parte considera que la acción interpuesta ante el Juzgado 65 Penal Municipal no tenía como objeto la protección del derecho a la sustitución pensional sino la protección de un derecho de petición. Considera consecuentemente que dicho recurso no debe ser tenido en cuenta como uno de aquellos por los

cuales se permitió al Estado conocer de la violación alegada. La segunda acción de tutela sí tuvo como objeto proteger algunos de los derechos presuntamente vulnerados y fue negada al estimar el juez que el autor no se encontraba frente a peligro inminente y porque contaba con otro medio de defensa judicial adecuado.

4.5 En cuanto a la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional, el Estado Parte confirma que estos fueron presentados a la Corte pero no fueron seleccionados. Corrobora que la revisión realizada por la Corte no es obligatoria pues ésta no es una tercera instancia del proceso de tutela. Transmite asimismo las observaciones del Defensor del Pueblo, el cual se abstuvo de insistir para que la Corte Constitucional revisara dichos fallos. El Estado Parte se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, transcribiendo parte de las sentencia.³

4.6 El Estado Parte concluye que el autor agotó lo recursos internos y que su inconformidad con las decisiones emitidas lo motivó a acudir al Comité como una cuarta instancia. Propone demostrar que las decisiones de orden interno fueron apegadas al derecho y no se desconocieron las garantías judiciales consagradas en el Pacto.

4.7 Con respecto al fondo, el Estado parte sometió las siguientes observaciones. En cuanto a la alegada violación del artículo 2, párrafo 1 del Pacto, el Estado Parte sostiene que el Comité no tiene competencias para hacer observaciones sobre la violación de dicho artículo puesto que éste se refiere a un compromiso de carácter ge-

³ Corte Constitucional, C-098 de 1996.

neral de respeto y garantía a todos los individuos. Se refiere a la jurisprudencia del Comité en la comunicación N° 268/1987, M.B.G. y S.P. c Trinidad y Tobago y, concluye que el autor no puede invocar la violación de dicho artículo de forma aislada, si no se presenta violación del artículo 14, párrafo 1.

4.8 Con relación a la violación alegada del artículo 3, el Estado Parte indica que encuentra que el alcance de dicho artículo no es el pretendido por el autor ya que esta disposición busca garantizar la igualdad de derechos de hombres y mujeres, dados los factores históricos de discriminación de los que han sido objeto estas últimas. Se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional en el caso y hace suyas las observaciones de la Corte, en particular las siguientes. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia, son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (Arts. 42 y 43 de la Constitución Política). Son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el legislador y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990. El alcance de la definición legal de unión material de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, pero no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable. El Estado Parte se refiere igualmente a las consideraciones del Defensor del Pueblo en el mismo sentido concluyendo que no existe violación del artículo 3 del Pacto.

4.9 En cuanto a la violación alegada del artículo 5, párrafos 1 y 2, el Estado parte afirma que no se encuentra expresamente fundamentada, ya que el autor no determinó de qué manera se concedió derecho a un Estado, grupo o individuos para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.

4.10 El Estado Parte reitera lo manifestado por el Juez Constitucional respecto a que el fin de las normas que regulan este régimen se circunscribieron a proteger las uniones heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, pues no se advierte en ellas un propósito de lesionar a los homosexuales. Con relación al párrafo 2 del artículo 5, el Estado Parte señala que ninguna ley de la República restringe o menoscaba los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Por el contrario, existen disposiciones que, como la Ley 54 de 1990, amplían los derechos prestacionales y patrimoniales a los compañeros permanentes en las uniones maritales de hecho, situación que no está contemplada en el artículo 23 del Pacto que se refiere a los derechos de la pareja dentro del matrimonio.

4.11 En cuanto a la presunta violación del artículo 14, párrafo 1, el Estado Parte, indica que las providencias judiciales emitidas en el curso de un proceso o acción de tutela solamente tienen efectos *inter partes*. Considera que estas alegaciones no están fundamentadas ya que todas las decisiones judiciales que se tomaron a raíz de las acciones adelantadas por el autor demuestran igualdad no solo ante la ley sino también frente al sistema judicial. En ningún momento se le restringió la posibilidad de acceder a la justicia y emplear todos los mecanismos a su alcance para solicitar la reivindicación de los derechos que consideraba vulnerados. Las violaciones alegadas no corresponden a un capricho del juzgador sino al cumplimiento *estricto sensu* de su actividad jurisdiccional de acuerdo con la ley que regulan la seguridad social, cuyo deber de protección se orienta a la familia, entendida ésta como aquella conformada por una pareja heterosexual, tal como la concibe el propio Pacto en su artículo 23.

4.12 Con relación a la violación alegada del artículo 17, el Estado Parte sostiene que el autor no explica la razones por las cuales estima que este artículo ha sido violado ni allegó prueba alguna que demuestre que ha sido víctima de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Consecuentemente considera que el autor no ha motivado esta parte de su comunicación.

4.13 En cuanto a la violación alegada del artículo 26, el Estado Parte indica que ya hizo el análisis correspondiente en los puntos relativos a los artículos 3 y 14, toda vez que se trata de los mismos presupuestos de hecho y de derecho. El Estado Parte concluye que no se configuró violación alguna al Pacto y solicita que se declare la comunicación inadmisibles de acuerdo con el artículo 2 del Protocolo.

4.14 El Estado Parte no se opone a la solicitud del autor de la reserva de su identidad y de su pareja fallecida, aunque no comparte la apreciación del autor sobre la necesidad de la misma.

Comentarios del autor

5.1 En sus comentarios de 26 de enero de 2006, el autor indica que del escrito del Estado Parte se desprende que la legislación colombiana no reconoce derecho prestacional a la persona que ha convivido con otra del mismo sexo. Se refiere a las decisiones del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado. Con relación a la observación del Estado Parte de que hizo falta presentar los recursos de revisión y de súplica, indica que tales recursos se hacen ante el mismo Consejo de Estado, el cual ya había examinado el tema concluyendo de manera clara y contundente que no había lugar a la reclamación conforme la legislación colombiana. Sin embargo también se agotaron los recursos jurisdiccionales relativos a los derechos fundamentales o derechos humanos conforme el mecanismo de la acción de tutela. El autor observa que la Defensoría del Pueblo se recusó a solicitar a la Corte Constitucional que revisara los expedientes de tutela por considerar improcedente la petición. Sostiene que de la respuesta del Estado Parte se observa que no existe ninguna posibilidad de protección en este caso dentro de la legislación constitucional, legal, reglamentaria o procedimental del país.

5.2 El autor indica que el artículo 93 de la Constitución Política reconoce que los conceptos y decisiones emitidos por organismos internacionales de derechos humanos constituyen criterios hermenéuticos vinculantes para el juez constitucional. Sostiene que conforme este criterio, el Estado Parte ha debido tener en cuenta

el Comité de Derechos Humanos como tal órgano y en particular, las decisiones del Comité en N°s 488/1992, *Toonen c Australia* y 941/2000, *Young c Australia*.

5.3 El autor concluye que se ha agotado los recursos internos y que en la legislación colombiana no existe un recurso que proteja los derechos de las parejas homosexuales y que ponga fin a la violación de sus derechos fundamentales.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 El Comité toma nota de que el Estado Parte consideró que el autor agotó los recursos internos.

6.2 En cuanto a las alegaciones relativas al artículo 3, el Comité toma nota de los argumentos del autor de que se niega a una pareja del mismo sexo los derechos que se confiere a parejas de sexos diferentes y, que si la solicitud de pensión hubiera sido presentada por una mujer por el fallecimiento de su compañero hombre, la misma hubiera sido concedida, situación que resulta discriminatoria. Sin embargo, el Comité observa que el autor no alega la existencia de discriminación con relación al tratamiento dado a las mujeres homosexuales en situaciones análogas a la suya. El Comité considera que el autor no ha sustanciado dicha queja suficientemente para efectos de admisibilidad y concluye que esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.3 En cuanto a las reclamaciones relativas al artículo 5 del Pacto, el Comité considera que de esta disposición no dimana ningún derecho individual específico⁴. Por ello, la reclamación es incompatible con el Pacto e inadmisibile en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo Facultativo.

6.4 En cuanto a la denuncia relativa al artículo 14, el Comité considera que no ha sido suficientemente fundamentada, a los

⁴ Véanse las comunicaciones N°s 1167/2003, *Rayos c Filipinas*, dictamen de 27 de julio de 2004, párrafo 6.8 y 1011/2001, *Madafferi y Madafferi c Australia*, dictamen de 26 de julio de 2004, párrafo 8.6

efectos del artículo 2 del Protocolo Facultativo, por lo que esta parte de la denuncia debe declararse inadmisibles al tenor del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.5 El Comité considera que el resto de la denuncia del autor plantea cuestiones relevantes en relación a los artículos 2, párrafo 1, 17 y 26 del Pacto, la declara admisible y pasa a considerar el fondo de la comunicación.

Examen de la comunicación en cuanto al fondo

7.1 El autor afirma que la negativa de los tribunales colombianos a concederle una pensión basándose en su orientación sexual viola sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto. El Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que son varios los factores de orden social y jurídico tenidos en cuenta por el legislador y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja y, que éste no está obligado a reconocer un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990 a todas las parejas y grupos sociales diversos existentes, unidos o no por lazos sexuales o afectivos. Toma nota igualmente de la afirmación del Estado Parte que el fin de las normas que regulan este régimen se circunscribieron a proteger las uniones heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno.

7.2 El Comité observa que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la ley 54 de 1990, consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual⁵. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas

⁵ Véanse la comunicación N° 941/2000, *Young c Australia*, dictamen de 6 de agosto de 2003, párrafo 10.4

y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban⁶. El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual.

7.3 A la luz de estas conclusiones, el Comité considera que no es necesario examinar las denuncias hechas en virtud de los artículos 2 párrafo 1, y 17.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación por parte de Colombia del artículo 26 del Pacto.

9. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité llega a la conclusión de que el autor, como víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual. El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro.

⁶ Véanse las comunicaciones N°s 180/1984, *Danning c. los Países Bajos*, dictamen de 9 de abril de 1987, párrafo 14 y 976/2001, *Derksen y Bakker c. los Países Bajos*, dictamen de 1 de abril de 2004, párrafo 9.2.

10. Teniendo presente que por ser Parte en el Protocolo Facultativo el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado Parte que haga público el dictamen del Comité.

Voto Particular Discrepante De Abdelfattah Amor Y Ahmed Tawfik Khalil

El autor, X, ha perdido a su compañero, del mismo sexo, tras 22 años de relación y 7 de convivencia. Considera que, al igual que los compañeros supervivientes en las parejas heterosexuales casadas o de hecho, tiene derecho a una sustitución pensional, derecho que no está consagrado en la legislación del Estado Parte.

El Comité ha dado la razón al autor por considerar que ha sido víctima de discriminación en el sentido del artículo 26 del Pacto, es decir, por motivos de sexo u orientación sexual, e indica que el Estado Parte no ha explicado cómo puede resultar razonable y objetiva la diferencia de trato entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales no casadas ni ha aportado ninguna prueba de que existan factores que justifiquen esa diferencia de trato.

De esa conclusión del Comité se desprende que, en lo que respecta a las sustituciones pensionales, no hay distinción ni diferenciación entre las parejas del mismo sexo y las parejas de hecho heterosexuales. Por consiguiente, toda distinción o diferenciación que constituyera una discriminación fundada sobre el sexo o la orientación sexual, a no ser que el Estado presentara explicaciones y pruebas que lo justificaran, constituiría una violación del artículo 26, que prohíbe la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual. No sorprende, pues, que el Comité inste al Estado

Parte a que vuelva a examinar la solicitud de pensión del autor “sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual”. Además, el Estado Parte tiene la obligación, según la fórmula consagrada, de “adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro”.

La decisión del Comité recoge, en realidad, la solución a la que se llegó en 2003 en el asunto *Young c. Australia* (comunicación N° 941/2000) y se inscribe, manifiestamente, en una perspectiva de establecimiento y consolidación de una jurisprudencia constante en la materia, vinculante para todos los Estados Partes en el Pacto.

Por una serie de razones jurídicas, no podemos apoyar ni el razonamiento ni la conclusión del Comité.

En primer lugar, cabe subrayar que el artículo 26 del Pacto no se refiere explícitamente a la discriminación fundada en la orientación sexual, que sólo se podría fundar, llegado el caso, en la referencia a “cualquier otra condición social” que se hace al final del artículo. Ello significa que las cuestiones relativas a la orientación sexual no pueden tratarse en virtud del Pacto salvo si se recurre a la interpretación. Es evidente que el propio texto se presta a la interpretación, si bien ésta ha de ser razonable y no puede desvirtuar el texto ni expresar una voluntad diferente a la que tenían los autores. Cabe temer, como se verá más adelante, que *el Comité haya ido más allá de la simple interpretación*.

Señalamos, además, siempre como parte de las observaciones preliminares, que la interpretación, si bien puede basarse en experiencias jurídicas nacionales, *no puede hacer caso omiso del estado del derecho internacional positivo, que no reconoce el derecho a la orientación sexual como derecho humano*. Así pues, el papel creador y normativo del Comité debería circunscribirse a esa realidad jurídica.

Por lo demás, es esencial subrayar que la interpretación que cabe hacer del artículo 26 se refiere a la no discriminación, y *no a la aparición de nuevos derechos* cuya vinculación con el Pacto dista de ser evidente, por no decir inexistente, habida cuenta del contexto en que el Pacto vio la luz.

En su labor de interpretación del concepto de no discriminación, el Comité ha dado siempre muestras de gran rigor. Así pues, considera que “no toda diferenciación basada en los motivos enumerados en el artículo 26 del Pacto constituye discriminación, siempre y cuando se base en motivos razonables y objetivos” (*G. J. Jongenburger-Veermane c. los Países Bajos*; comunicación N° 1238/2004). En el caso *Michael O’Neil y John Quinn c. Irlanda* (comunicación N° 1314/2004), el Comité, reiterando una vez más su jurisprudencia constante (véanse las comunicaciones N° 218/1986, *Vos c. los Países Bajos*; N° 425/1990, *A. M. M. Doesburg Lanooij Neefs c. los Países Bajos*; N° 651/1995, *J. Snijders c. los Países Bajos*; y N° 1164/2003, *Abal-Castell-Ruiz c. España*), recuerda que “no toda distinción constituye una discriminación, en violación del artículo 26, pero que las distinciones han de estar basadas en motivos razonables y objetivos, en aras de un propósito que sea legítimo con arreglo al Pacto”.

La evaluación del carácter razonable y objetivo de los motivos de distinción o diferenciación, así como de la legitimidad del propósito con arreglo al Pacto, suele revestir diferentes grados de dificultad. En este sentido, el que realiza la interpretación corre peligro de caer en la subjetividad, sobre todo cuando se aferra, consciente o inconscientemente a métodos teleológicos. Lo que está en juego puede situarse a veces al margen del Pacto, o incluso ir en perjuicio de éste. En consecuencia, el espacio jurídico puede ceder lugar a otras categorías de espacio cuya legitimidad tal vez resida en ámbitos diferentes o, como mucho, en los confines del espacio jurídico. Así pues, el establecimiento de similitudes, analogías o equivalencias entre la situación de las parejas heterosexuales casadas o de hecho y las parejas homosexuales puede forzar tanto la observación como la interpretación de los hechos, por lo que no puede servir para construcciones jurídicas razonables y objetivas.

La interpretación de las disposiciones del Pacto no puede prescindir de unas ni de otras, sobre todo cuando las disposiciones tienen vínculos entre sí que no se pueden ocultar, y mucho menos eliminar. Por lo tanto, la cuestión de la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual no puede evocarse en relación con el artículo 26 desde la perspectiva de prestaciones positivas, hacien-

do abstracción del artículo 23, que considera que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” y “reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello”. Ello significa que *una pareja homosexual no constituye una familia en el sentido del Pacto* y, por lo tanto, no puede reclamar prestaciones positivas fundadas en la noción de familia, al estar ésta formada por personas de sexo diferente.

Cabe preguntar qué explicaciones complementarias debe proporcionar el Estado y qué otras pruebas debe presentar para demostrar el carácter razonable y objetivo de la diferenciación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. La lógica en que el Comité ha basado su razonamiento es, en este caso, muy discutible, pues parte de la hipótesis de que *todas las parejas, independientemente del sexo de sus miembros, son iguales* y tienen derecho a la misma protección en lo que respecta a las prestaciones positivas. De ello se deduce que recae en el Estado, y en el autor, la obligación de explicar, justificar y demostrar, como si se tratara de una norma establecida e indiscutible, lo que dista mucho de ser el caso. Opinamos que en este asunto, y en lo que respecta a las prestaciones positivas, la regularidad de las situaciones generales se presupone, a no ser que haya una apreciación arbitraria o una calificación manifiestamente errónea, y la de situaciones irregulares debe ser demostrada por quienes las invocan.

Por otra parte, y tratándose siempre de interpretar unas disposiciones del Pacto en relación con otras, cabe subrayar que la interpretación del artículo 3 del Pacto, relativo a la igualdad entre los hombres y las mujeres, concuerda con la del artículo 26 *pero no se le puede extrapolar a la igualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales*.

Por el contrario, la discriminación por motivos de orientación sexual sí constituye claramente una violación del artículo 17, que prohíbe la injerencia en la vida privada. El Comité, acertadamente y en varias ocasiones, tanto en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados como en sus dictámenes sobre comunicaciones individuales, ha considerado que la protección contra la

injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada prohíbe la persecución y las sanciones en caso de relaciones homosexuales consensuales entre adultos. *El artículo 26, en conexión con el artículo 17, es totalmente pertinente en este caso, puesto que se trata precisamente de luchar contra la discriminación y no de crear nuevos derechos.* Sin embargo, el artículo 26 no se puede aplicar normalmente cuando se trata de prestaciones positivas como el derecho a una sustitución pensional para las personas que hayan perdido a su pareja del mismo sexo. La situación de una pareja homosexual en lo que respecta a la sustitución pensional no es ni idéntica ni similar a la de una pareja heterosexual, *a menos que el problema se vea desde la perspectiva cultural (y las culturas son muy diversas, e incluso opuestas en ciertas cuestiones sociales).*

En resumen, la flexibilidad del derecho es una gran fuente de riqueza, pero puede conducir a veces a excesos que vacían la norma de su sustancia para darle un contenido diferente al que le corresponde y al deseado por su autor o al determinado por su letra y espíritu. Las opciones, en materia de interpretación, sólo pueden aceptarse en el marco y los límites de la norma que se está interpretando. Queda entendido, por supuesto, que los Estados tienen derecho y están en condiciones de crear nuevos derechos en beneficio de las personas dentro de su jurisdicción. En este sentido, *no incumbe al Comité actuar en sustitución del Estado ni optar por soluciones que no le corresponden.*

Derechos de las parejas homosexuales

Corte Constitucional

Sentencia C-029/09

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Bogotá, 28 de enero de 2009

[...] VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE [...]

2. *El problema jurídico*

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Ello implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.

Por la anterior consideración no cabe que, como se solicita por los demandantes, la Corte Constitucional haga un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, ni resulta procedente integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales, sino que se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria.

De manera preliminar observa la Corte que, no obstante que entre las expresiones demandadas en distintas disposiciones se encuentran las de “familia”, “familiar” o “grupo familiar”, los accionantes no presentan cargos específicamente orientados a cuestionar el concepto de familia previsto en la ley, ni el alcance que el mismo tiene de acuerdo con la jurisprudencia, razón por la cual la Corte se inhibirá de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con tales expresiones, sin perjuicio de la posibilidad de integrar la unidad normativa cuando quiera que el defecto de constitucionalidad señalado por los demandantes provenga de una consideración integral de la disposición que contiene las antedichas expresiones.

En ese contexto, estima la Corte que la demanda de inconstitucionalidad presentada en esta oportunidad plantea, de manera general, la necesidad de establecer, en primer lugar, si, en relación con cada una de las disposiciones demandadas, la situación de las parejas heterosexuales y homosexuales es asimilable, caso en el cual, en el evento en el que la diferencia de trato que resulta del carácter restrictivo que, en general, tienen las expresiones “*compañero o compañera permanente*”, carezca de justificación, se presenta una violación del principio de igualdad, y, en segundo lugar, si tales disposiciones, al no incluir en sus supuestos a los integrantes de las parejas homosexuales dan lugar a un déficit de protección contrario a la Constitución.

Adicionalmente, en cada caso concreto se identificaran los problemas puntuales que planteen los demandantes frente a las disposiciones acusadas.

Por otra parte, los demandantes ponen en evidencia el problema procesal que se deriva del hecho de que algunas de las pretensiones principales de la demanda se orientan a obtener que la Corte emita un pronunciamiento de constitucionalidad condicionada, posibilidad que no ha sido aceptada por la Corte. Sin embargo, como en tales supuestos, los demandantes presentan varias pretensiones subsidiarias, entre las cuales, invariablemente, se encuentra la solicitud de inexequibilidad de las expresiones o disposiciones demandadas, estima la Corte que, en todos los casos, existe una demanda en forma y que procede el estudio de los distintos cargos de inconstitucionalidad.

3. La situación de la comunidad homosexual frente al ordenamiento jurídico

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.

Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de sus relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras.

En particular, el mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a previsiones legislativas que atiendan a esa particular realidad, y que, en la medida en que, como respuesta a un imperativo constitucional, se orienten a la protección de ese núcleo esencial de la sociedad, no pueden considerarse como discriminatorias por no incluir en ellas situaciones que no encajan en el concepto constitucional de familia.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, como proyecto de vida

en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.

Sobre este último aspecto, la Corte, en la Sentencia C-507 de 2004, expresó que *"La cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido."*¹²

4. Analisis de los cargos

4.1. Cargos contra normas que consagran derechos civiles para las parejas heterosexuales con exclusión de las parejas homosexuales

En este acápite los demandantes se refieren a las normas que regulan la constitución del patrimonio inembargable de familia, la

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Al respecto, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991 [Capítulo noveno; sección segunda (II)]

afectación a vivienda familiar y la obligación civil de prestación de alimentos a los compañeros permanentes.

4.1.1. Cargos contra las normas civiles que regulan la constitución del patrimonio inembargable de familia y la afectación a vivienda familiar

4.1.1.1. Los demandantes consideran que el artículo 4° de la Ley 70 de 1931 y los artículos 1° y 12 de la Ley 258 de 1996 infringen los artículos 1, 13, 16 y 51 de la Constitución Política, debido a que, al articularse en torno a la noción de familia, que de acuerdo con la Carta Política sólo incluye las parejas formadas por un hombre y una mujer, dan lugar a un trato discriminatorio proscrito por la Constitución.

De otra parte, los demandantes consideran que la imposición de un término de dos años de convivencia para que la Ley 258 de 1996 pueda aplicarse a los compañeros permanentes, vulnera su derecho a la igualdad en la medida en que les impone un requisito que no tienen que cumplir las parejas unidas por matrimonio quienes no deben esperar un tiempo mínimo para afectar a vivienda familiar el inmueble de habitación.

4.1.1.2. A continuación se transcriben las normas demandadas:

LEY 70 de 1931

(mayo 28)

“que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables”

ARTÍCULO 4. El patrimonio de *familia* puede constituirse a favor:

- a) modificado Ley 495 de 1999, art. 2. De una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente y los hijos de éstos y aquéllos menores de edad;
- b) modificado Ley 495/99, art. 2. De *familia* compuesta únicamente por un hombre o mujer mediante matrimonio, o por *compañero o compañera permanente*, y
- c) de un menor de edad, o de dos o más que estén entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad legítima o natural.

LEY 258 DE 1996

Diario Oficial No. 42.692, de 18 de enero de 1996

“Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones”

ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 854 de 2003> Entiéndese afectado a vivienda *familiar* el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la *familia*

ARTÍCULO 12. *COMPAÑEROS PERMANENTES*. Las disposiciones de la presente ley referidas a los cónyuges se aplicarán extensivamente a los *compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años*.

4.1.1.3. Consideraciones de la Corte

4.1.1.3.1. Las normas acusadas se inscriben en el ámbito de la protección especial que la Constitución ha dispuesto para la familia. Se trata de una medida positiva de protección, que responde a un imperativo constitucional para cuyo desarrollo existe amplia libertad de configuración de legislador. Los demandantes no ponen en entredicho que esa protección se brinde a la familia, ni los cargos presentados se orientan a cuestionar el concepto de familia como tal.

Sin embargo, dado que, de manera expresa, el legislador ha señalado que las previsiones sobre patrimonio de familia inembargable o afectación a vivienda familiar se aplican a los *compañeros permanentes*, cabe señalar que las mismas tienen, también, un fundamento en el valor social que tienen los vínculos de solidaridad y afecto creados por las parejas.

En ese contexto las previsiones legales atienden a la necesidad de proteger un patrimonio o la vivienda de quienes han decidido realizar un proyecto de vida en común en calidad de pareja, sin que la Corte aprecie que exista una razón para justificar, en este aspecto, una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen patrimonial de la unión marital de hecho, en los términos de la Ley 54 de 1990.

4.1.1.3.2. En cuanto hace a la sujeción al término de dos años de convivencia para que la Ley 258 de 1996 pueda aplicarse a los compañeros permanentes, estima la Corte que si bien es cierto que en Sentencias C-521 de 2007 y C-811 de 2007 consideró que la sujeción al término de dos años para que el compañero permanente del afiliado al sistema de salud pudiera ser incluido como beneficiario no se encontraba justificada por parámetros objetivos y razonables, la situación que planten las normas ahora demandadas es distinta, puesto que de por medio está la afectación del principio conforme al cual el patrimonio del deudor es prenda general para sus acreedores.

En ese contexto es preciso tener en cuenta que quien decide acudir a la institución del matrimonio establece un vínculo jurídico que se materializa desde el momento mismo en el que se realiza el matrimonio y del cual se derivan una serie de compromisos y obligaciones. En ausencia de ese compromiso formal, la exigencia de un periodo de dos años para que se haga efectiva la protección prevista en la norma, constituye una medida razonable que busca armonizar la seguridad jurídica frente a necesidad de proteger el patrimonio o la vivienda de las familias o de las parejas.

4.1.1.3.3. En consecuencia, la Corte se inhibirá en relación con las expresiones "*familia*" y "*familiar*", contenidas en el artículo 4° de la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999 y en el artículo 1° de la Ley 258 de 1996, y declarará la exequibilidad, por los cargos analizados, de las expresiones "*compañero o compañera permanente*" y "*compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años*" contenidas en artículo 4 de la Ley 70 de 1931, modificada por la ley 495 de 1999 y en el artículo 12 de la Ley 258 de 1996, en el entendido de que esta protección patrimonial se extiende, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.

4.1.2. Cargos contra la norma que consagra la obligación civil de prestar alimentos

4.1.2.1. Los demandantes consideran que el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil viola los artículos 1, 13 y 16 de la Cons-

titución Política, por considerar que la obligación allí establecida obedece a la necesidad de asegurar a los integrantes de la pareja su subsistencia cuando no estén en condiciones de garantizarla por sí mismos, y que en la medida en que del ámbito de la disposición se excluya a los integrantes de las parejas homosexuales se presenta un déficit de protección que compromete los derechos a la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

De manera preliminar los demandantes expresan que en relación con esta disposición, la Sentencia C-1033 de 2002 tienen efecto de cosa juzgada relativa, que no impide a la Corte realizar un nuevo examen a la luz de los cargos ahora presentados.

Trascripción de la disposición demandada:

Código Civil

ARTICULO 411. Se deben alimentos:

1) Al *cónyuge* (...)

4.1.2.3. Consideraciones de la Corte

4.1.2.3.1. De manera previa advierte la Corte que en la Sentencia C-798 de 2008 la Corte interpretó que el régimen civil de alimentos hace parte de los efectos patrimoniales en relación con los cuales en la Sentencia C-075 de 2008 dispuso que, de acuerdo con la Constitución, debía darse el mismo trato a los integrantes de la unión marital de hecho y a los de una pareja homosexual. Esa interpretación de la Corte conduciría en este caso a un fallo inhibitorio, por cuanto, por virtud de lo dispuesto en la Sentencia C-075 de 2008, el contenido normativo acusado, esto es, la exclusión de los integrantes de las parejas homosexuales, ya no haría parte de la disposición demandada, y el cargo carecería de certeza. Considera, sin embargo, la Corte que la interpretación que hacen los demandantes corresponde a una adecuada lectura de la disposición acusada, a la luz del alcance que la expresión "*compañero o compañera permanente*" tiene en nuestro ordenamiento, y que, por consiguiente, cabe un pronunciamiento de fondo.

4.1.2.3.2. En la Sentencia C-1033 de 2002 la Corte declaró la exequibilidad del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, "...

siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho." Como quiera que en esta oportunidad se ha demandado, precisamente, el contenido normativo que resulta de ese condicionamiento, se tiene que la acusación versa sobre una norma que no estaba presente en la disposición original del Código Civil sobre la cual recayó el pronunciamiento de la Corte. Dado que en esa sentencia la Corte no hizo consideración alguna en relación con el alcance de la expresión "*compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho*" en relación con los integrantes de las parejas homosexuales, es obvio que el alcance de su pronunciamiento en esta materia es el de la cosa juzgada relativa y la Corte puede pronunciarse sobre la disposición con el sentido que le fue fijado en la Sentencia C-1033 de 2002.

4.1.2.3.3. Por otra parte, en la misma Sentencia C-1033 de 2002, la Corte señaló que el objetivo de la disposición es la protección a la familia y, para hacer extensiva la protección a los compañeros permanentes, puso de presente que el origen del vínculo familiar no constituye criterio razonable ni proporcional para establecer una diferencia de trato, máxime si se tiene en cuenta que la propia Constitución dispone que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos.

Para fundamentar su decisión, la Corte señaló que el derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Destacó la Corporación que la obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos. Puso, así mismo, de presente que el sustento de esa obligación se encuentra en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia y que la misma tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. Así, para la Corte, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia

existencia y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas.

Observa la Corte que, al poner el énfasis de la obligación de asistencia alimentaria en el deber de solidaridad que se predica entre el obligado y sus beneficiarios, la jurisprudencia constitucional se remite a un criterio en relación con el cual no cabe establecer una diferencia entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo. De hecho, si bien ese deber de solidaridad tiene una de sus expresiones en el ámbito de la familia, no se limita al mismo, sino que aplicable también en otros escenarios, como, por ejemplo, el de quien recibe una donación cuantiosa, a cuyo cargo el propio artículo 411 del Código Civil establece una obligación alimentaria en beneficio de su donante.

De este modo encuentra la Corte que en relación con las parejas del mismo sexo, que hayan optado por realizar un proyecto de vida común y que, por consiguiente, se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990, se encuentran presentes los mismos elementos que de acuerdo con la jurisprudencia son el presupuesto para predicar la existencia de una obligación alimentaria entre los integrantes de la pareja heterosexual, esto es, en primer lugar, la existencia de una especial vinculación, con vocación de permanencia, que da lugar a lazos de afecto, solidaridad y respeto; en segundo lugar, la posibilidad de que, en un momento dado, alguno de los integrantes de la pareja se encuentre necesitado de alimentos, circunstancia que haría imperativo que, en tercer lugar, dichos alimentos se presten por el integrante de la pareja que esté en capacidad de hacerlo.

4.1.2.3.4. De esta manera, en la medida en que la disposición acusada es susceptible de interpretarse en el sentido de que la misma no incluye a los integrantes de las parejas del mismo sexo, la Corte declarará la exequibilidad, por los cargos analizados, de la expresión "*cónyuge*" contenida en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil, en el entendido de que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.

4.2. Cargos contra normas que consagran derechos políticos de carácter migratorio para las parejas heterosexuales con exclusión de las homosexuales.

Los demandantes cuestionan la norma que consagra el beneficio de reducción del tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción y la que regula el derecho de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

4.2.1. Cargo contra la norma que reduce el tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción a favor de los compañeros permanentes

4.2.1.1. Los demandantes consideran que el artículo 5 de la Ley 43 de 1993 viola los artículos 1, 13, 16, 24, 93 y 100 de la Constitución Política, por cuanto la exclusión de los integrantes de las parejas homosexuales del beneficio allí previsto sólo se explica en razón de la orientación sexual de esas personas, lo cual constituye un criterio sospechoso de diferenciación que no supera en este caso el escrutinio con base en el test estricto de proporcionalidad.

Preliminarmente, los actores ponen de presente que la norma acusada fue objeto de control de constitucionalidad en la Sentencia C-832 de 2006, por el cargo de vicio en la conformación de la ley al vulnerar el principio de unidad de materia, de manera que al plantearse en la presente demanda un cargo sustancialmente distinto, sólo puede hablarse de una cosa juzgada relativa implícita.

4.2.1.2. Transcripción de la disposición demandada

LEY 43 DE 1993

Diario Oficial No. 40.735, de 1 de febrero de 1993

“Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” (...)

ARTÍCULO 50. REQUISITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA POR ADOPCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 39 de la Ley 962 de 2005> Sólo se podrá expedir Carta de Naturaleza o Resolución de Inscripción:

A los extranjeros a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 96 de la Constitución Política que durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado domiciliados en el país en forma continua y el extranjero titular de visa de residente. En el evento en que los mencionados extranjeros se encuentren casados, o sean *compañeros permanentes* de nacional colombiano, o tengan hijos colombianos, el término de domicilio continuo se reducirá a dos (2) años. (...)

4.2.1.3. Consideraciones de la Corte

4.2.1.3.1. En Sentencia C-832 de 2006, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de "... los artículos 28, 39 y 81 de la Ley 962 de 2005, por el cargo estudiado en la presente decisión sobre la eventual vulneración del principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución," por consiguiente, es claro que en relación con la disposición ahora demandada existe cosa juzgada relativa y cabe un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad con base en los cargos que han sido presentados en esta oportunidad.

4.2.1.3.2. De manera preliminar aclara la Corte que, como reiteradamente ocurre a lo largo de la demanda, los accionantes incurren en la equivocación de sostener que, en la norma acusada, la exclusión de las parejas homosexuales del beneficio allí previsto tiene por objeto asegurar una especial protección a la familia. Lo que en realidad ocurre es que el beneficio de la reducción del tiempo para acceder a la nacionalidad tiene entre sus objetivos el de proteger a la familia, y el problema de constitucionalidad surge de la necesidad de establecer si, en este caso, los integrantes de las parejas homosexuales se encuentran en una situación asimilable a la de los destinatarios de la norma, de tal manera que la diferencia de trato sea susceptible de un escrutinio desde la perspectiva del derecho a la igualdad.

Una vez que se haya establecido que las situaciones son asimilables, sería preciso determinar si la diferencia de trato que se deriva de la ley tiene alguna explicación que resulte razonable, esto es, si dentro de la estructura misma de la norma se presenta una razón para la diferencia de trato. Si ello es así, habría lugar a la aplicación del test de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad del trato diferente, en sus distintas etapas y grados de intensidad.

Así, la Corte ha señalado que para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, es preciso establecer, en primer lugar, si los supuestos de hecho son asimilables, en segundo lugar, debe indagarse sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; a continuación debe determinarse si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; a reglón seguido debe indagarse sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos, para, finalmente, superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad.³

Cuando, en un evento determinado, a partir de la norma y de sus antecedentes, no es posible establecer la existencia de una razón para el trato diferenciado, se constataría directamente la afectación del principio de igualdad, sin necesidad de acudir al test de proporcionalidad.

Así, en primer lugar, no hay necesidad de acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables. En segundo lugar, frente a situaciones que son equiparables, si de la norma no se desprende una razón que explique el trato diferente, el mismo puede atribuirse, entre otras consideraciones, a una omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito discriminatorio, pero en la medida en que no existe una razón con base en la cual se pretenda justificar la diferencia de trato, tampoco es necesario acudir al test de proporcionalidad. De este modo, entonces, se tiene que el test de proporcionalidad es un instrumento valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables.

En el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, para establecer si las situaciones son asimilables, es preciso determinar el ámbito de la norma y el alcance de la misma.

Si bien es cierto que puede señalarse que el objetivo de la norma es la protección integral de la familia y que sus destinatarios están incluidos, todos, en el concepto constitucional de familia, no es menos cierto que la norma puede interpretarse como un reconocimiento a la autonomía de las personas para establecer vínculos

³ Cfr. Sentencia C-530 de 1993

afectivos, y al efecto que tales vínculos, cuando tienen cierta entidad, pueden tener en el ámbito de la nacionalidad.

En este segundo entendimiento, la situación de los compañeros permanentes de nacional colombiano en una pareja heterosexual -supuesto que está expresamente previsto en la norma- resulta asimilable a la de quienes conforman, con la misma vocación de permanencia, una pareja homosexual con un nacional colombiano, situación a la que el tenor literal de la norma no alude.

Admitida la circunstancia de que, en el ámbito de la disposición demandada, la situación de las parejas homosexuales resulta asimilable a la de las parejas heterosexuales, encuentra la Corte que no existe razón alguna que explique la diferencia de trato y, que, por el contrario, la misma, en cuanto que solo tendría explicación en la diferencia en la orientación sexual, resulta constitucionalmente proscrita. Esa ausencia de razones se explica en este caso, como, en general, ocurre en las demás disposiciones que han sido acusadas en la presente demanda, en el hecho de que, para el momento de expedición de la norma, las parejas homosexuales no constituían una realidad visible, que se mostrase como requerida de protección jurídica y que hubiese recibido reconocimiento por el ordenamiento. No se advierte, entonces, en la omisión del legislador, un propósito discriminatorio, ni siquiera una intención explícita de un trato diferenciado, sino una simple inadvertencia de una situación social que sólo de manera reciente y progresiva se ha hecho visible. Observa la Corte que el legislador previó un sistema de protección que, aunque dirigido expresamente a las parejas heterosexuales, dado el alcance tradicional que en la legislación ha tenido la expresión "*compañeros permanentes*", no permite establecer la existencia de un propósito manifiesto de exclusión de otro tipo de relaciones que sólo de manera reciente han tenido un efectivo reconocimiento jurídico y que, a la luz de los principios constitucionales de dignidad de la persona humana, igualdad y solidaridad, aparecen como acreedoras de un nivel equivalente de protección.

En mérito de lo anterior, la disposición acusada se declarará exequible pero siempre que se entienda que la expresión "*compañe-*

ros permanentes” contenida en ella se aplica también, en igualdad de condiciones, a los integrantes de parejas del mismo sexo.

4.2.2. Cargo contra las normas que regulan el derecho de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

4.2.2.1. Para los demandantes, las expresiones acusadas de los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 violan los artículos 1, 13, 16, 24 y 93 de la Constitución Política, por cuanto dan lugar a un déficit de protección que compromete el derecho a la igualdad y la libertad de circulación, permanencia y residencia, por cuanto la exclusión de las parejas homosexuales del ámbito de protección de la norma acusada se traduce en una restricción a la posibilidad de las parejas homosexuales de los residentes del Archipiélago de escoger su lugar de residencia y en una severa afectación de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad pues niega la existencia y valor de los proyectos de vida elegidos y construidos por las parejas del mismo sexo.

Preliminarmente, los actores sostienen que en la Sentencia C-530 de 1993, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 en relación con el cargo formulado en dicha oportunidad referido a la violación del principio de igualdad por el trato desventajoso y discriminatorio del resto de colombianos con respecto a los nacidos en San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En este sentido, se concluye que respecto de las normas acusadas solo ha operado el fenómeno de cosa juzgada relativa, que no impide que la Corte Constitucional estudie los nuevos cargos formulados.

4.2.2.2. Transcripción de la disposición acusada

DECRETO 2762 DE 1991

Diario Oficial No 40.221, de 13 de diciembre de 1991

Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

ARTÍCULO 2o. Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones: (...)

d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en *unión singular, permanente y continua* con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago;

e) Haber obtenido tal derecho en los términos previstos en el artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Las personas que por motivos de educación, hayan debido ausentarse de las islas por un tiempo determinado, se les contará tal lapso a efectos de lograr el cumplimiento de los términos señalados en los literales c) y d), siempre que en el Departamento Archipiélago permanezcan como residentes su cónyuge o *compañera permanente*, sus padres o hijos.

ARTÍCULO 3o. Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

a) Con posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca *unión permanente* con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja; (...)

4.2.2.3. Consideraciones de la Corte

4.2.2.3.1. En la Sentencia C-530 de 1993 la Corte declaró la exequibilidad condicionada del Decreto 2762 de 1991, por las razones expuestas en esa providencia, que no incluían consideraciones en torno a la diferencia de trato que de las disposiciones ahora acusadas se presenta en relación con los integrantes de parejas homosexuales. Por consiguiente se está ante una cosa juzgada relativa y cabe que la Corte se pronuncie de fondo sobre los nuevos cargos.

4.2.2.3.2. Tal como se pone de presente en la demanda, en relación con las normas acusadas, la Corte emitió un fallo de tutela, la Sentencia T-725 de 2004, en el que se fijó una posición sobre su alcance a la luz de la Constitución.

En esa sentencia la Corte señaló que las normas ahora acusadas se inscribían en el ámbito de las previsiones legislativas orientadas a la protección de la familia y que por consiguiente, las mismas no resultaban aplicables a los integrantes de una pareja homosexual, sin que, por otra parte, de ese hecho se derivase una violación del principio de igualdad.

En la presente oportunidad, y teniendo en cuenta los recientes desarrollos jurisprudenciales sobre la materia, la Corte se aparta de ese precedente, por las siguientes consideraciones:

Las disposiciones demandadas, si bien responden a un propósito que atiende a una expresa previsión constitucional sobre el control de densidad poblacional en el Archipiélago de San Andrés y Providencia, afectan esferas constitucionalmente protegidas de las personas, que tocan con la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad para fijar la residencia en el territorio nacional.

Así, por una parte, en el Decreto 2762 de 1991 se establecen unas restricciones al derecho de fijar libremente el lugar de residencia en el territorio nacional, pero se fijan, también, unas excepciones que atienden, principalmente, a proteger la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto que valoran la decisión de los residentes en las islas de conformar una unión singular, permanente y continua con una persona, sin perjuicio de que tales excepciones puedan tenerse también como expresión de un propósito de brindar protección integral a la familia.

Para la Corte, en ese contexto, la situación de las parejas homosexuales es asimilable a la de las parejas heterosexuales y no existe razón alguna que explique la diferencia de trato entre unas y otras. Esto es, de las disposiciones acusadas no se desprende ninguna razón que justifique o explique la razón por la cual, al paso que el integrante de una pareja heterosexual pueda obtener el derecho de residencia para su compañero o compañera, no ocurra lo propio cuando se trate de una pareja homosexual. La misma consideración cabe para el beneficio previsto en el parágrafo del artículo 2º del Decreto 2762 de 1991.

Encuentra la Corte que la diferencia de trato que se deriva de las disposiciones acusadas no sólo carece de razón que la justifique o la explique, sino que termina afectando de manera grave las opciones vitales de quienes decidan conformar parejas homosexuales, porque al privarles del derecho de residencia, desconoce la realidad que ellas conforman y las somete a la eventualidad de conseguir el reconocimiento de dicho derecho con base en un criterio distinto.

Las medidas constituyen así un tratamiento discriminatorio con base en la orientación sexual de las personas proscrito por la Constitución. Así, como quiera que las disposiciones acusadas establecen una diferencia de trato que no atiende a una protección especial en razón a criterio de diferenciación que resulte válido, la exclusión de las parejas homosexuales resulta contraria a la Constitución. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de las disposiciones acusadas, en el entendido de que las expresiones "*unión singular, permanente y continua*", "*compañera permanente*" y "*unión permanente*" contenidas en los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 incluyen, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo.

4.3. Normas sancionatorias y preventivas de delitos y faltas que excluyen a las parejas homosexuales de las garantías y cargas allí consagradas.

En este acápite los demandantes agruparon una serie de normas penales, penales militares y disciplinarias que consagran la garantía de no incriminación y normas penales y preventivas de delitos respecto de los cuales la víctima es el compañero permanente y que tienen en común la exclusión de los miembros de las parejas del mismo sexo de las garantías y cargas en ellas consagradas.

4.3.1. Cargo contra las normas que consagran la garantía de no incriminación en materia penal, penal militar y disciplinaria

4.3.1.1. Los actores señalan que las expresiones demandadas de los artículos 8-b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004, 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 71 de la Ley 734 de 2002 vulneran el preámbulo y los artículos 1, 13, 16, 18 y 29 de la Constitución Política, debido a que en ellas se contempla la exoneración del deber de declarar, denunciar o formular queja contra el compañero

permanente en los procesos de carácter penal, penal militar y disciplinario, con exclusión de las parejas permanentes constituidas por personas del mismo sexo, discriminación realizada con base en un criterio sospechoso que, en cada caso, no supera el test estricto de proporcionalidad.

Previamente se señala que aunque en relación con los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, existe un previo pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1287 de 2001, el mismo tiene el efecto de cosa juzgada relativa que no impide a la Corte pronunciarse sobre los cargos ahora formulados. Lo mismo se expresa en relación con el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, que fue objeto de pronunciamiento de la Corte en la Sentencia C-799 de 2005.

4.3.1.2. Transcripción de las disposiciones demandadas

LEY 906 DE 2004

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (...)

ARTÍCULO 8o. DEFENSA. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: (...)

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, *compañero permanente* o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; (...)

ARTÍCULO 282. INTERROGATORIO A INDICIADO. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, *compañero permanente* o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.

ARTÍCULO 303. DERECHOS DEL CAPTURADO. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente: (...)

3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, *compañero permanente* o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. (...)

ARTÍCULO 385. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, *compañera o compañero permanente* o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho. (...)

LEY 522 DE 1999

(agosto 12)

Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. (...)

ARTÍCULO 222. EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí, contra su cónyuge, *compañero o compañera permanente*, o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar delitos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que impongan legalmente secreto profesional. (...)

ARTÍCULO 431. EXCEPCIÓN AL DEBER DE DECLARAR. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, *compañero o compañera permanente* o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Este derecho se le hará conocer por el juez respectivo a todo imputado que vaya a ser interrogado y a toda persona que vaya a rendir testimonio.

ARTÍCULO 495. ADVERTENCIAS PREVIAS AL INDAGADO. Previamente al interrogatorio previsto en los artículos siguientes

tes, se le advertirá al indagado que se le va a recibir una declaración sin juramento; que es voluntaria y libre de todo apremio; que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, ni contra su cónyuge, *o compañero o compañera permanente*; que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista procesalmente y que en caso de no hacerlo, se le designará de oficio.⁴

Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud afecta los fines de la diligencia como medio de defensa.

De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia.

LEY 734 DE 2002

Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico.

ARTÍCULO 71. EXONERACIÓN DEL DEBER DE FORMULAR QUEJAS. El servidor público no está obligado a formular queja contra sí mismo o contra su cónyuge, *compañero permanente* o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni por hechos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente el secreto profesional.

4.3.1.3. Consideraciones de la Corte

4.3.1.3.1. En la Sentencia C-1287 de 2001 la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "*primero civil*" contenida en, entre otras disposiciones, los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999. Es claro que ese pronunciamiento tiene el alcance de cosa juzgada relativa y que cabe un nuevo examen de esas disposiciones a la luz de los cargos ahora presentados.

4.3.1.3.2. Observa la Corte que este acápite de la demanda plantea un problema adicional, en la medida en que, como se pone de

⁴ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1287 de 2001. El fallo adicionalmente declaró: "que en la aplicación de las normas mencionadas se deberá efectuar una integración con lo previsto en el artículo 42, inciso 4 de la Constitución Política"

presente por los accionantes, los artículos que contienen las expresiones demandadas, reproducen el artículo 33 de la Carta cuyo texto es del siguiente tenor: *"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil."*

No obstante que reconocen la dificultad que presenta el hecho de demandar una disposición que reproduce literalmente el texto de un precepto constitucional, los accionantes no hacen consideraciones específicamente orientadas a superar ese escollo. Sin embargo, considera la Corte que en este caso, el problema de exclusión censurado por los accionantes no puede atribuirse a la norma constitucional, sino que surge del alcance legal que tiene la expresión *"compañeros permanentes"*, como referida exclusivamente a la unión de un hombre y una mujer. Por consiguiente, el problema de constitucionalidad que plantean las disposiciones demandadas conduce a establecer si el alcance legal de la expresión *"compañero permanente"* cuando es aplicado a las mismas, que reproducen, a su vez, el contenido del artículo 33 de la Constitución, resulta discriminatorio.

Para abordar ese problema, como se ha dicho, el primer paso es determinar si en el ámbito de las disposiciones demandadas la situación de las parejas homosexuales es asimilable a la de las parejas heterosexuales.

En la Sentencia C-1287 de 2001 la Corte expresó que *"... el principio que motiva la regla del artículo 33 de la Carta es el de no incriminación de familiares, fundamentado a su vez en los valores y principios más generales de respeto a la dignidad de la persona humana, respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad de conciencia, y en la protección especial a la intimidad y unidad de la familia."*

Puntualiza ahora la Corte que en relación con las disposiciones demandadas en este acápite, el objetivo de protección a la familia, tiene un carácter consecuencial o derivado, puesto que las reglas allí establecidas tienen su fundamento principal en la consideración del especial vínculo de afecto, solidaridad y respeto que existe entre determinadas personas, que surge de la decisión de adelantar un proyecto de vida en común, y frente al cual las obligaciones

de declarar, denunciar o formular queja, contempladas de manera general por el ordenamiento jurídico, serían demasiado gravosas y darían lugar a conflictos que atentan contra la autonomía, la dignidad y la intimidad personales.

Específicamente en cuanto hace a la protección que se otorga a los compañeros permanentes, ella se explica en razón de los vínculos morales y afectivos que surgen en virtud de una comunidad de vida permanente y singular, aspecto en relación con el cual no se aprecian diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales.

En ese contexto, las situaciones de ambos tipos de pareja son asimilables y no existe razón alguna para que, si ese establece la excepción a los referidos deberes en relación con los compañeros permanentes en una pareja heterosexual, no ocurra lo propio con los integrantes de una pareja homosexual.

Así, en la medida en que las disposiciones acusadas no atienden a una protección especial en razón a criterio de diferenciación que resulte válido, la exclusión de las parejas homosexuales resulta discriminatoria. Adicionalmente tal exclusión da lugar a un déficit de protección, porque desconoce una realidad social que, desde la perspectiva constitucional, plantea un imperativo de atención. Esto es, el legislador no puede ignorar que en las parejas homosexuales, que constituyen una realidad social que goza de protección constitucional, existe una relación con vocación de permanencia y que da lugar a vínculos de afecto, solidaridad y respeto, frente a la cual las obligaciones que se desprenden de los deberes de declarar o de formular queja dan lugar a cargas demasiado gravosas, que, como se señala en la demanda, en cuanto que comportarían la exigencia de actuar contra esos vínculos de solidaridad, lealtad y afecto, desconocen la dignidad de la persona.

No obstante que las anteriores consideraciones son suficientes para condicionar la exequibilidad de las disposiciones demandadas, observa la Corte que las mismas desconocen también el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto que ignoran una realidad que proviene de la libre opción sexual; el derecho al debido proceso, que está presente en la garantía contra la autoincriminación o

la incriminación de los allegados y la libertad de conciencia, porque implican establecer un deber legal de obrar contra las consideraciones de conciencia que surgen de determinados vínculos afectivos.

Los artículos demandados se declararán exequibles en el entendido de que las previsiones en ellos contenidas para los compañeros o compañeras permanentes se aplican también, en igualdad de condiciones, a los integrantes de parejas del mismo sexo.

4.3.2. Cargos contra normas penales y preventivas de delitos respecto de los cuales la víctima es el compañero(a) permanente.

En este acápite de la demanda se agruparon las normas relativas a disposiciones penales y preventivas de delitos en los que la víctima o el afectado del hecho punible es el compañero o la compañera permanente del sujeto activo del delito, de una persona en situación especial de riesgo o de un testigo.

4.3.2.1. Cargo contra normas penales que consagran el beneficio de prescindir de la sanción penal

4.3.2.1.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas del artículo 34 de la Ley 599 de 2000 y del artículo 18 de la Ley 1153 de 2007 violan el preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política, porque, al establecer que el beneficio de prescindencia de la pena en los eventos en los que las consecuencias de una conducta constitutiva de contravención o delito culposos alcancen exclusivamente, entre otros, a los compañeros permanentes, con exclusión de las parejas del mismo sexo, establecen una diferencia de trato fundada en el criterio sospechoso de la orientación sexual, que, en este caso, no supera el test estricto de proporcionalidad.

4.3.2.1.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 34. DE LAS PENAS. Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, *compañero o compañera permanente*, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

LEY 1153 DE 2007

Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal.

ARTÍCULO 18. CONTRAVENCIONES CULPOSAS. En los eventos de contravenciones culposas, salvo los casos de registro de antecedentes penales o contravencionales, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, *compañero o compañera permanente*, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

4.3.2.1.3. Consideraciones de la Corte

4.3.2.1.3.1. Observa la Corte que la medida prevista en el artículo 34 del Código Penal tienen como fundamento la especial relación que existe entre los sujetos allí señalados y se explica, tal como se pone de presente en la demanda, "*... en el reconocimiento de que el dolor producido a causa del daño inflingido sin intención a un ser cercano y querido constituye en si mismo una pena que torna innecesaria la imposición de una pena estatal.*"

En ese contexto, encuentra la Corte que resulta asimilable la situación de los integrantes de parejas heterosexuales y homosexuales, sin que se aprecie una razón que explique o justifique una diferencia de trato. La exclusión de los integrantes de las parejas homosexuales del ámbito de la norma resulta, por consiguiente, contraria al principio de igualdad.

Se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 34 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que la expresión "*compañero o*

compañera permanente” en él contenida se aplica también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

4.3.2.1.3.2. Por otra parte, como quiera que, mediante Sentencia C- 879 de 2008, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la Ley 1153 de 2007, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada en relación con el artículo 18 de dicha ley ahora demandado, y la Corte habrá de estarse a lo resuelto en esa providencia.

4.3.2.2. Cargo contra normas penales que establecen circunstancias de agravación punitiva

4.3.2.2.1. Los actores aducen que las disposiciones consagradas en el numeral 1° del artículo 104, el numeral 4° del artículo 170, los numerales 1° y 4° del artículo 179, el numeral 3° del artículo 188-B y el numeral 1° del artículo 245 de la Ley 599 de 2000, son contrarias a los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política, por cuanto consagran unas circunstancias de agravación punitiva que no se aplican en los casos en los que la víctima es una persona homosexual con relación permanente y singular con el sujeto activo o con una persona en situación de riesgo, de manera que existe un trato discriminatorio contra las parejas del mismo sexo, basado en el criterio sospechoso de la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad.

Los demandantes hacen en este acápite una consideración especial en torno a la procedibilidad de la intervención de la Corte Constitucional y de un fallo de exequibilidad condicionada frente a las expresiones demandadas, de cara al principio de estricta reserva legal en materia penal.

4.3.2.2.2. Transcripción de las disposiciones demandadas

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal (...)

ARTICULO 104. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005> La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, *compañero o compañera permanente*, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad. (...)

ARTICULO 170. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004> La pena señalada para el secuestro extorsivo será de cuatrocientos cuarenta y ocho (448) a seiscientos (600) meses y la multa será de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6666.66) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar el límite máximo de la pena privativa de la libertad establecida en el Código Penal, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias. (...)

4. Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o *compañero o compañera permanente*, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de *unión libre*. (...)

ARTICULO 179. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas previstas en el artículo anterior se aumentarán hasta en una tercera parte en los siguientes eventos:

1. Cuando el agente sea integrante del *grupo familiar* de la víctima. (...)

4. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o *compañero o compañera permanente* de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (...)

ARTÍCULO 188-B. *CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA*. <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 747 de 2002> Las penas para los delitos descritos en el artículo 188 y 188-A, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando: (...)

3. El responsable sea cónyuge o *compañero permanente* o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. (...)

ARTICULO 245. *CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION*. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004> La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera (1/3) parte y la multa será de cuatro mil (4.000) a nueve mil (9.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o *compañera o compañero permanente*, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de *unión libre*. (...)

4.3.2.2.3. Consideraciones de la Corte

Observa la Corte que, en el numeral 1° del artículo 104, el numeral 4° del artículo 170, el numeral 1° del artículo 179, el numeral 3° del artículo 188-B y el numeral 1° del artículo 245 de la Ley 599 de 2000, el legislador establece unas circunstancias de agravación punitiva que implican la consideración sobre un mayor grado de reproche social de la conducta en atención a la especial relación de afecto, solidaridad y respeto que existe entre el sujeto activo de la misma y la víctima.

A su vez, en cuanto hace a la previsión del numeral 4° del artículo 179 de la Ley 599 de 2000, esa especial relación de afecto y de solidaridad se da entre la víctima y los sujetos allí enunciados, los cuales por sus connotaciones, se considera, deben ser objeto de una especial protección estatal.

Para la Corte, como quiera que el criterio al que atiende el legislador en orden a establecer las circunstancias de agravación punitiva tiene que ver con esa especial relación a la que se ha hecho referencia y que implica consideraciones sobre proximidad, confianza, solidaridad o afecto, puede señalarse que en este caso la situación de los integrantes de una pareja homosexual es asimilable a la de los integrantes de una heterosexual y que no se aprecia la existencia de una razón que explique la diferencia de trato.

Dado que los demandantes no presentan cargos específicos contra la expresión "*grupo familiar*" contenido en el numeral 1° del artículo 179 de la Ley 599 de 2000, sino que cuestionan el hecho de que dicha disposición comporte un efecto de exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo, la Corte se abstendrá de hacer un pronunciamiento sobre esa expresión, pero, por unidad normativa, emitirá su decisión en relación con la disposición que la contiene considerada de manera integral. Con el mismo criterio se adoptará la decisión en relación con los artículos que contienen las expresiones "*compañero o compañera permanente*".

En consecuencia, la Corte se inhibirá para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión "*grupo familiar*" contenida en el numeral 1° del artículo 179 de la Ley 599 de 2000 y declarará la exequibilidad, por los cargos analizados, del numeral 1° del artículo 104, el numeral 4 del artículo 170, los numerales 1° y 4° del artículo 179, el numeral 3° del artículo 188-B y el numeral 1° del artículo 245 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

4.3.3. Cargos contra normas penales y preventivas sobre delitos que tienen por sujeto pasivo al compañero(a) permanente

En este apartado se presentan los cargos de constitucionalidad formulados contra cuatro normas penales y una preventiva sobre delitos cuyo sujeto pasivo es, entre otros, el compañero permanente.

4.3.3.1. Cargo contra la norma penal que consagra el delito de inasistencia alimentaria

4.3.3.1.1. Los demandantes estiman que las expresiones acusadas del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 transgreden los artícu-

los 1, 13 y 16 de la Constitución Política, en cuanto que al excluir de su ámbito de protección a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, establecen una diferencia de trato basada en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad

Por otro lado, los demandantes consideran que el tiempo de dos años al que se sujeta la convivencia de los compañeros permanentes para que pueda aplicarse el delito de inasistencia alimentaria vulnera su derecho a la igualdad, en la medida en que impone un requisito que no tienen que cumplir las parejas unidas en matrimonio quienes son titulares de la acción penal en el delito aludido, sin tener que acreditar un tiempo mínimo de convivencia.

Preliminarmente, en la demanda se precisa que la Corte Constitucional se ha pronunciado en tres oportunidades sobre el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, en las sentencias C-984 de 2002, C-247 de 2004 y C-016 de 2004, pero por cargos diferentes a los presentados en esta oportunidad, por lo que solo se ha configurado una cosa juzgada relativa.

4.3.3.1.2. Trascrición de las disposiciones acusadas

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1181 de 2007> El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o *compañero o compañera permanente*, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

PARÁGRAFO 1o. <Primera palabra en bastardilla> Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente *únicamente al hombre y la mujer* que forman parte de la Unión Marital de Hecho *durante un lapso no inferior a dos años* en los términos de la Ley 54 de 1990.

4.3.3.1.3. Consideraciones de la Corte

4.3.3.1.3.1. Mediante Sentencia C-798 de 2008, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la expresión "*únicamente*" contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, y la exequibilidad del resto de esta disposición en el entendido que las expresiones "*compañero*" y "*compañera permanente*" comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Por consiguiente, en relación con tales materias, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y la Corte, en los cargos referidos a las expresiones "*compañero*" y "*compañera permanente*", y "*al hombre y la mujer*" habrá de estarse a lo resuelto en la Sentencia C-798 de 2008.

Advierte la Corte que en la Sentencia C-798 de 2008 se presenta una cosa juzgada relativa implícita, porque es evidente que la Corte limitó su análisis de constitucionalidad al efecto discriminatorio que la norma acusada tenía en relación con las parejas del mismo sexo y que no hizo consideración alguna sobre la exigencia de un lapso no inferior a dos años para la unión marital de hecho razón por la cual queda abierta la posibilidad de que la Corte se pronuncie sobre este último aspecto.

4.3.3.1.3.2. En cuanto hace a la sujeción al término de dos años de convivencia para que haya lugar al delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes, estima la Corte que si bien es cierto que en Sentencias C-521 de 2007 y C-811 de 2007 consideró que la sujeción al término de dos años para que el compañero permanente del afiliado al sistema de salud pudiera ser incluido como beneficiario no se encontraba justificada por parámetros objetivos y razonables, la situación que plantea la norma ahora demandada es distinta, puesto que de por medio está la libertad de configuración del legislador en el ámbito de la política del Estado en materia criminal.

Como se señaló en otro aparte de esta providencia, en ese contexto es preciso tener en cuenta que quien decide acudir a la institución del matrimonio establece un vínculo jurídico que se materializa desde el momento mismo en el que se celebra el contrato y del cual se derivan una serie de compromisos y obligaciones. En ausencia de ese compromiso formal, la exigencia de un periodo de dos años para que se haga efectiva la protección prevista en la norma, constituye una previsión razonable en torno a la seriedad del compromiso y la naturaleza del vínculo frente al cual la inasistencia alimentaria se considera merecedora de reproche penal.

Por las anteriores consideraciones se declarará la exequibilidad de la expresión "*durante un lapso no inferior a dos años*" contenida en el parágrafo 1º del artículo 233 del Código Penal.

4.3.3.2. Cargo contra la norma penal que consagra el delito de malversación y dilapidación de bienes familiares

4.3.3.2.1. Los demandantes estiman de que las expresiones acusadas de los artículos 457 del Código Civil y 236 de la Ley 599 de 2000 violan los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política, por cuanto, en primer lugar, sin razón que lo justifique, se excluye a los compañeros permanentes del llamamiento que la ley hace al cónyuge para el ejercicio de la tutela o curaduría legítima y, luego, con base en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que en este caso no supera el test estricto de proporcionalidad, se excluye a los integrantes de la pareja homosexual como sujetos pasivos del delito de malversación y dilapidación de bienes familiares, no obstante que si se otorga esa condición a los compañeros permanentes en una unión heterosexual.

4.3.3.2.2. Transcripción de las disposiciones demandadas

Código Civil

ARTICULO 457. (Artículo modificado por el artículo 51 del Decreto 2820 de 1974) Son llamados a la tutela o curaduría legítima:

1. *El cónyuge*, siempre que no esté divorciado ni separado de cuerpos o de bienes, por causa distinta al mutuo consenso. (...)

Ley 599 de 2000

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 236. MALVERSACION Y DILAPIDACION DE BIENES DE *FAMILIARES*. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004> El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela en ascendiente, adoptante, cónyuge o *compañero permanente*, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa de uno punto treinta y tres (1.33) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya otro delito.

4.3.3.2.3. Consideraciones de la Corte

La tutela y la curatela son instituciones civiles orientadas a suplir la incapacidad de una persona para administrar sus asuntos. En Sentencia C-1109 de 2000, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad del inciso segundo del artículo 552 del Código Civil, conforme al cual "*el cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendará a persona alguna que sea llamada a heredarle a no ser su padre o madre, o su cónyuge*", en el entendido de que lo dicho en la disposición respecto del cónyuge comprende al *compañero permanente*. Destacó la Corte que a la luz de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, los integrantes de la pareja tienen entre sí deberes y derechos recíprocos que la ley debe acrecentar, no mitigar, con miras a conservar la unidad familiar, y en relación con los cuales no cabe hacer distinciones injustificadas entre los cónyuges y los *compañeros permanentes*.

Ese precedente resulta aplicable en el presente caso, en el que, sin mayores elucubraciones, es posible concluir que la expresión "*cónyuges*" contenida en el numeral 1º del artículo 457 del Código Civil sólo se ajusta a la Constitución si se entiende que comprende también a los *compañeros permanentes*.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que el criterio del legislador para conferir la facultad de ejercer la curatela al integrante de la pareja se funda en la consideración de las relaciones de confianza, solidaridad, socorro y apoyo mutuos, es claro que la situación de

los integrantes de las parejas homosexuales que han decidido desarrollar un proyecto de vida en común es equiparable a la de los compañeros permanentes. Como quiera que no se aprecia razón alguna que explique o justifique la diferencia de trato que resulta de la disposición demandada, la misma es contraria a la Constitución y en relación con ella habrá de producirse una declaración de exequibilidad condicionada.

Por las mismas razones resulta inconstitucional que en el enunciado las personas en cuyo beneficio se prevé el delito de malversación contemplado en el artículo 236 del Código Penal se incluya a los compañeros permanentes, pero no se haga lo propio con los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "*cónyuge*" contenida en el numeral 1° del artículo 457 del Código Civil, en el entendido de que, para los efectos allí previstos, la misma también comprende a los compañeros permanentes, y, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo. Así mismo, se declarará la exequibilidad, por los cargos analizados, del artículo 236 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

4.3.3.3. Cargo contra las normas penales y preventivas en materia del delito de violencia intrafamiliar

4.3.3.3.1. Los demandantes estiman que las expresiones acusadas de los artículos 229 de la Ley 599 de 2000 y 2 de la Ley 294 de 1996 violan los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política, por cuanto excluyen de su ámbito de protección a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, y dan lugar a un tratamiento diferenciado que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad. Esa situación, a su vez, genera un déficit de protección contrario a la Constitución.

Preliminarmente, los accionantes expresan que, en relación con el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, si bien la Corte se pronunció sobre el mismo en la Sentencia C-674 de 2005, lo hizo por cargos referidos a la eliminación de la referencia al maltrato sexual

como elemento de la violencia intrafamiliar, que resultan sustancialmente diferentes a los presentados en esta oportunidad, por lo que solo existe una cosa juzgada relativa.

4.3.3.3.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 229. VIOLENCIA *INTRAFAMILIAR*. <Artículo modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007> El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo *familiar*, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

PARÁGRAFO. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo *familiar*, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una *familia* en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

LEY 294 DE 1996

“Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”

ARTÍCULO 2o. *La familia* se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran *la familia*:

- a) Los cónyuges o *compañeros permanentes*;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;

d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

4.3.3.3. Consideraciones de la Corte

Las normas que contienen las disposiciones acusadas se desenvuelven en el ámbito de las medidas orientadas a asegurar la protección integral de la familia. En ese contexto, dentro de su libertad de configuración, el legislador ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal.

No obstante que, de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, observa la Corte que el fenómeno objeto de regulación se inscribe en un contexto más amplio, en la medida en la que, en algunas de sus manifestaciones, se construye alrededor de conceptos como "*domicilio*" o "*residencia*", o en función de las personas que "... *de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica*".

De este modo, lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común.

Así miradas las cosas, para la Corte, el legislador al regular, en relación con la familia, una situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia.

Por las razones anotadas, se declarará la exequibilidad, por los cargos analizados, de los artículos 229 y 236 de la Ley 599 de

2000, en el entendido de que los tipos penales en ellos consagrados comprenden también a los integrantes de las parejas del mismo sexo, y la exequibilidad de la expresión “*compañeros permanentes*” contenida en literal a) del artículo 2° de la Ley 294 de 1996, en el entendido de que, para los efectos de las medidas administrativas de protección previstas en la Ley 294 de 1996, la misma también se aplica, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas homosexuales. La Corte se inhibirá en relación con las expresiones “*familia*” contenidas en el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, como quiera que los cargos de la demanda apuntan a afrontar el déficit de protección que se ha abordado en esta providencia y no cuestionan el concepto de familia como tal.

4.3.3.4. Cargo contra la norma penal que consagra el delito de amenazas a testigo

4.3.3.4.1. Los demandantes consideran que la expresión acusada del artículo 454-A de la Ley 599 de 2000 viola los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política, por cuanto, al establecer que una de las conductas constitutivas del delito de amenazas a testigo es amenazar con ejercer violencia física o moral en contra del compañero permanente de una persona que ha sido testigo de un hecho delictivo, excluye de su ámbito de aplicación a los miembros de las parejas homosexuales y establece una diferencia de trato que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, y que no supera el test estricto de proporcionalidad.

4.3.3.4.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

ARTÍCULO 454-A. AMENAZAS A TESTIGO. <Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004> El que amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, *compañero o compañera permanente* o pariente dentro del cuarto grado, para que se abstenga de actuar como testigo, o para que en su testimonio falte

a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A las mismas penas previstas en los incisos anteriores incurrirá quien realice las conductas sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito.

4.3.3.4.3. Consideraciones de la Corte

Observa la Corte que la finalidad evidente de la norma es la de proteger a los testigos del costreñimiento proveniente de amenazas de violencia física o moral en su contra o en la de personas con quienes tiene especiales relaciones de afecto, solidaridad y respeto.

Dado que el criterio al que atiende el legislador en orden a establecer los destinatarios de las amenazas que dan lugar a la aplicación del tipo penal tiene que ver con esa especial relación a la que se ha hecho referencia y busca evitar que en razón de la misma, y de las consideraciones de afecto y de solidaridad que de allí surgen, se pueda ejercer una presión indebida sobre los testigos, puede señalarse que en este caso, la situación de los integrantes de una pareja homosexual que hayan optado por hacer un proyecto de vida en común es asimilable a la de los integrantes de una pareja heterosexual en las mismas condiciones y que no se aprecia la existencia de una razón que explique la diferencia de trato.

De este modo, la disposición acusada al incluir, únicamente, al *"compañero o compañera permanente"* de un testigo como destinatario de las amenazas previstas en el tipo, con exclusión de los integrantes de las parejas homosexuales, da lugar a una omisión legislativa contraria a la Constitución.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 454 A del Código Penal, en el entendido de que el tipo penal allí previsto también comprende las amenazas que, en igualdad de condiciones, se produzcan en contra de los integrantes de las parejas del mismo sexo que actúen como testigos.

4.4. Normas que consagran derechos para los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces y que excluyen de su titularidad a las parejas del mismo sexo

En este acápite los demandantes cuestionan las normas que consagran derechos para los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces.

4.4.1. Cargo contra normas que consagran los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes atroces

4.4.1.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas de los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005, 11 de la Ley 589 de 2000, 14 y 15 de la Ley 971 de 2005 y 2 de la Ley 387 de 1997 violan el preámbulo y los artículos 1, 2, 12, 13, 15, 16, 29, 93, 229 y 250, numerales 6 y 7, de la Constitución Política, por cuanto consagran diferentes expresiones de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a favor, entre otros, de los compañeros permanentes heterosexuales de las víctimas de los crímenes sobre los que versan, sin otorgar el mismo trato a las parejas del mismo sexo. Agregan que, si bien los miembros de parejas homosexuales siempre podrán reclamar estos derechos probando el daño sufrido con motivo del crimen cometido contra su pareja, el eje central del cargo esgrimido consiste en que las parejas homosexuales de las víctimas de crímenes atroces no reciben el beneficio de presumir su calidad de víctimas sin necesidad de que prueben el daño sufrido con motivo del crimen cometido contra su pareja, como sí ocurre para los miembros de parejas heterosexuales. Se establece así una diferencia de trato que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad. Adicionalmente, la exclusión de las parejas homosexuales del ámbito de aplicación de las normas acusadas afecta sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación, a la participación, a la información y a una protección especial de la población desplazada.

Preliminarmente, los accionantes señalan que las expresiones demandadas contenidas en los artículos 5, 47 y 48 de la Ley 975 de 2005, fueron estudiadas en la Sentencia C-370 de 2006 con respecto a un cargo relativo a la presunta violación de la Carta Política por la exclusión de algunos familiares de la noción de víctima, que resulta diferente al presentado actualmente, por lo que solo ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa; que la constitucionalidad de las expresiones demandadas de los artículos 7, 15 y 58 de la Ley 975 de 2005 fue analizada en Sentencia C-575 de 2006, respecto de un cargo relativo a la presunta trasgresión de la Constitución por limitar el derecho a la verdad a los familiares o parientes de la víctima, que por ser diferente al actualmente formulado, sólo configura una cosa juzgada relativa, y, finalmente, que las expresiones demandadas contenidas en los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005 ya fueron analizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-473 de 2005, en desarrollo del control previo y automático que procedía en atención a que se trataba de una ley estatutaria. De esta forma respecto de estas disposiciones opera el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, lo cual no obsta para que sean revisadas en relación con el cargo formulado, habida cuenta que la Corte ha establecido que las leyes estatutarias pueden reexaminarse excepcionalmente cuando el vicio de constitucionalidad de las mismas surja con posterioridad al control realizado, circunstancia que ocurre en el presente caso, como quiera que el marco constitucional relativo a los derechos de las parejas del mismo sexo ha cambiado.

4.4.1.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 975 DE 2005

Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

ARTÍCULO 5. DEFINICIÓN DE VÍCTIMA. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapaci-

dad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, *compañero o compañera permanente*, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, *compañero o compañera permanente* y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

ARTÍCULO 7. DERECHO A LA VERDAD. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus *familiares* lo pertinente.

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.

ARTÍCULO 15. *ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD*. (...)

Con la colaboración de los desmovilizados, la policía judicial investigará el paradero de personas secuestradas o desaparecidas, e informará oportunamente a los *familiares* sobre los resultados obtenidos. (...)

ARTÍCULO 47. *REHABILITACIÓN*. La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus *parientes* en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación.

ARTÍCULO 48. *MEDIDAS DE SATISFACCIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN*. Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir: (...)

49.3 (sic) La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus *parientes* en primer grado de consanguinidad.

ARTÍCULO 58. *MEDIDAS PARA FACILITAR EL ACCESO A LOS ARCHIVOS*. El acceso a los archivos debe ser facilitado en el interés de las víctimas y de sus *parientes* para hacer valer sus derechos. (...)

LEY 589 DE 2000

Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.

ARTICULO 11. OBLIGACIONES DEL ESTADO. Sin perjuicio de la extinción de la acción penal o terminación del proceso por cualquier causa, en el delito de desaparición forzada de personas, el Estado tiene la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus *familiares*.

LEY 971 DE 2005

Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 14. DERECHO DE LOS *FAMILIARES* A OBTENER LA ENTREGA INMEDIATA DEL CADÁVER. Cuando la persona en favor de la cual se activó el mecanismo de búsqueda urgente sea hallada sin vida, se adoptarán todas las medidas necesarias para la entrega de su cadáver a los *familiares*, independientemente de que se haya establecido la identidad de los responsables de la desaparición o de la muerte y de que se les haya iniciado investigación por los hechos delictivos que puedan configurarse. En todo caso, dicha entrega se hará a condición de preservar los restos para el efecto de posibles investigaciones futuras.

ARTÍCULO 15. DERECHOS DE LOS PETICIONARIOS, DE LOS *FAMILIARES*, DE LAS COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS Y AUDIENCIAS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y DE LA COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA. El peticionario y los *familiares* de la persona que presumiblemente ha sido desaparecida tendrán derecho, en todo momento, a conocer de las diligencias realizadas para la búsqueda. Las Comisiones de Derechos Humanos y Audiencias del Congreso de la República y la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas también podrán solicitar informes sobre la forma como se adelantan las investigaciones.

Siempre y cuando su presencia no obstaculice el desarrollo de las actuaciones o el hallazgo del desaparecido, el funcionario judicial podrá autorizar la participación del peticionario, de los *familiares* de la presunta víctima y de un representante de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas en las diligencias que se adelanten.

PARÁGRAFO. Ni al peticionario, ni a los *familiares* de la persona presuntamente desaparecida, ni a las Comisiones de Derechos Humanos y Audiencias del Congreso de la República, ni a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas será posible oponer la reserva de la información para conocer sobre el desarrollo del mecanismo de búsqueda inmediata.

LEY 387 DE 1997

“Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”

ARTICULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS. La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios: (...)

4o. La *familia* del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación *familiar*. (...)

4.4.1.3. Consideraciones de la Corte

4.4.1.3.1. Constata la Corte que en relación las expresiones demandadas contenidas en los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005, existe cosa juzgada relativa por cuanto las sentencias C-370 de 2006 y C-575 de 2006, que recayeron sobre las disposiciones que las contienen, limitaron el alcance del fallo a los cargos analizados, que son distintos de los presentados en esta oportunidad, o versaron sobre apartes de las respectivas disposiciones que son distintos de los ahora demandados.

En cuanto hace a las expresiones demandadas contenidas en los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005, encuentra que la Corte que, en la medida en que se trata de una ley estatutaria, la misma fue objeto de control integral de constitucionalidad en la Sentencia C-473 de 2005 y en relación con sus disposiciones existe cosa juzgada absoluta.

Sobre este particular, la Corte ha puesto de presente que el artículo 243 Superior prescribe que los fallos que la Corte dicte en el ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y que de ese precepto *“... se deriva el principio general según el cual las decisiones que ejerzan el control de constitucionalidad sobre determinada disposición y que no fijen los efectos de esta decisión, cierran el debate jurídico sobre la materia, impidiéndose con ello que se adelanten nuevos procesos dirigidos a reabrir la controversia sobre la exequibilidad de la norma correspondiente.”*⁵

⁵ Auto 066 de 2007

Sin embargo, también a expresado la Corte, *"... la doctrina constitucional en comento también ha previsto tres excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional absoluta: la cosa juzgada relativa implícita, la cosa juzgada aparente y la modificación histórica de los presupuestos fácticos del control de constitucionalidad, denominada por la jurisprudencia como la doctrina de la Constitución viviente."*⁶

Sobre este último supuesto, la Corte ha señalado que se trata de una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación prevé que dicha opción concurre cuando *"en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma."*⁷

Por otra parte, específicamente en relación con las leyes estatutarias, la Corte ha puntualizado que, una vez realizado el control previo e integral de constitucionalidad, cabría un nuevo pronunciamiento de la Corte frente a una modificación posterior de las normas constitucionales o de la conformación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, por cuanto ello supondría la modificación del patrón de comparación a partir del cual se realizó el cotejo. Tales situaciones, dijo la Corte, *"... podrían generar una inconstitucionalidad sobreviviente, ante la cual sobreviene igualmente el deber de la Corte Constitucional de repararla."*⁸

Considera la Corte que, en este caso, tal como se expresa por los demandantes, se está ante una de esas situaciones, por cuanto a partir de la Sentencia C-075 de 2007 y las subsiguientes sentencias

⁶ Ibid.

⁷ Sentencia C-774 de 2001

⁸ Sentencia C-238 de 2006

C-811 de 2007 y C-336 de 2008, se produjo un cambio jurisprudencial en el marco constitucional a partir del cual se evalúa la situación de las parejas homosexuales, por cuanto con anterioridad se había considerado que los problemas de igualdad que se planteaban por diferencias de trato frente a los parejas heterosexuales eran atribuibles a omisiones absolutas del legislador, no susceptibles de reparación por la vía del control de constitucionalidad, al paso que, en el nuevo contexto, se ha acudido, tanto a establecer las situaciones en las cuales ambos tipos de pareja son asimilables y, por consiguiente, la diferencia injustificada de trato resulta violatoria del principio de igualdad, como a identificar supuestos en los cuales la ausencia de regulación de la situación de las parejas homosexuales, en supuestos que si han sido regulados para las parejas heterosexuales, puede conducir a un déficit de protección contrario a la Constitución.

Por las anteriores consideraciones la Corte Constitucional se pronunciará de fondo en relación con los cargos dirigidos contra ciertas expresiones de los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005.

4.4.1.3.2. De manera preliminar señala la Corte que cuando las disposiciones demandadas confieren ciertos derechos o prerrogativas a los *"familiares"*, es claro que dicha expresión comprende a los parientes y a los cónyuges y compañeros o compañeras permanentes. Por la naturaleza de los derechos y prerrogativas previstos en las disposiciones demandadas, el criterio empleado por el legislador para determinar los destinatarios de la mismas es el de su condición de allegados a las víctimas y su relación de afecto, de solidaridad y de respeto con ellas, bien sea en razón de vínculos jurídicos o fácticos. Esto es, no obstante que las disposiciones acuden al empleo de la expresión *"familia"* y que su efecto tiene un importante significación dentro del propósito de brindar una protección especial a la familia, no es ese el criterio principal a partir del cual se construyen, sino que, como se ha dicho, se busca proteger a todas las personas que mantengan con la víctima un vínculo estrecho, sea jurídico o fáctico.

En ese contexto la situación de los integrantes de una pareja homosexual con vocación de permanencia es asimilable a la de los

compañeros permanentes, y no se aprecia que exista una razón que justifique la diferencia de trato, motivo por el cual la misma resultaría contraria al principio de igualdad.

Como quiera que, tal como se ha puesto de presente a lo largo de esta providencia, los demandantes no presentan cargos específicos contra las expresiones “*familiares*”, “*familia*” y “*familiar*”, sino que cuestionan el hecho de que las disposiciones en las que ellas se encuentran comporten un efecto de exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo, la Corte se abstendrá de hacer un pronunciamiento sobre esas expresiones, pero, por unidad normativa, emitirá su decisión en relación con las disposiciones que las contienen consideradas de manera integral. Con el mismo criterio se adoptará la decisión en relación con los artículos que contienen las expresiones “*compañero o compañera permanente*”.

Con base en la anterior consideración los artículos 5, 7 y 15 de la Ley 975 de 2005, 11 de la Ley 589 de 2000, 14 y 15 de la Ley 971 de 2005 y 2 de la Ley 387 de 1997 se declararán exequibles siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Por otro lado, observa la Corte que, en estricto sentido, la expresión “*parientes*” no se extiende a los cónyuges y compañeros permanentes, y que, por consiguiente, no puede derivarse de ella un efecto excluyente en relación con los integrantes de las parejas del mismo sexo, quienes de hecho, y con el alcance que se ha fijado en esta sentencia, tienen, en los supuestos de la Ley 975 de 2005, el carácter de víctimas, en los términos de su artículo 5°. Sin embargo, de una lectura sistemática de la ley, se desprende que también los cónyuges y compañeros permanentes pueden, en determinadas circunstancias, encontrarse comprendidos entre los titulares de los derechos previstos en los artículos 47, 48 y 58 de la ley y, por consiguiente, en relación con lo dispuesto en ellos, caben las mismas consideraciones que se han hecho en relación con las expresiones *compañero* y *compañera permanente* acusadas en este acápite. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de dichos artículos, en el entendido de que, cuando corresponda, sus previsiones se aplican también al cónyuge,

compañero o compañera permanente y, en las mismas condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

4.4.2. Cargo contra normas que consagran medidas de protección de carácter civil ante la ocurrencia de ciertos crímenes atroces

4.4.2.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas de los artículos 10 de la Ley 589 de 2000 y 2º y 26 de la Ley 986 de 2005, violan el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 16, 49, 93 y 95 de la Constitución Política, por cuanto, al consagrar medidas de protección de carácter civil ante la ocurrencia de crímenes de desaparición forzada, secuestro y toma de rehenes a favor de las parejas heterosexuales, excluyen a las parejas del mismo sexo, dando lugar a un trato diferenciado que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad.

Preliminarmente, los accionantes señalan que la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 589 de 2000 fue estudiada en la Sentencia C-400 de 2003 con respecto a un cargo que cuestionaba la constitucionalidad de la restricción del beneficio consistente en que las víctimas de desaparición forzada sigan percibiendo su salario, beneficio que se predicaba de los servidores públicos con exclusión de los particulares, cargo que resulta diferente al presentado actualmente, por lo que solo ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa.

De otra parte, esta Corporación analizó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 986 de 2005 en la Sentencia C-394 de 2007, conforme a un cargo sobre una presunta omisión legislativa relativa por no incluir a las víctimas y familiares de los delitos de toma de rehenes y de desaparición forzada en los beneficios legales, cargo que por ser diferente al actualmente formulado, sólo configura una cosa juzgada relativa.

4.4.2.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 589 DE 2000

Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.

ARTICULO 10. ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LAS PERSONAS VICTIMAS DEL DELITO DE DESAPARICION FORZADA. La autoridad judicial que conoce o dirige el proceso por el delito de desaparición forzada, podrá autorizar al cónyuge, *compañero o compañera permanente*, a alguno de los padres o de los hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo. Quien sea autorizado, actuará como curador de conformidad con las leyes civiles sobre la materia.

El funcionario judicial remitirá estas diligencias a la autoridad competente, quien adoptará en forma definitiva las decisiones que considere pertinentes.

PARAGRAFO 1o. <Aparte en bastardilla INEXEQUIBLE> La misma autoridad judicial podrá autorizar a quien actúe como curador para que continúe percibiendo el salario u honorarios a que tenga derecho el desaparecido, *hasta por el término de dos (2) años, si este fuera un servidor público. (...)*

LEY 986 DE 2005

Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 2. DESTINATARIOS DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN. Los instrumentos que esta ley consagra tienen por objeto proteger a la víctima del secuestro, a su *familia* y a las personas que dependen económicamente del secuestrado. Asimismo, los instrumentos de protección definidos en los Capítulos I y IV del Título II de esta ley tendrán aplicación para el caso de la empresa unipersonal cuyo titular sea una persona secuestrada.

Para los efectos de esta ley, cuando se utilicen las expresiones “secuestrado” y “víctima de secuestro”, se entenderá que se hace referencia a la víctima de un delito de secuestro, según se desprenda del proceso judicial adelantado por la autoridad judicial competente

ARTÍCULO 26. El artículo 23 de la ley 282 de 1996 quedará así:

“Artículo 23. *Declaración de ausencia del secuestrado.* El proceso de declaración de ausencia de una persona que ha sido víctima de secuestro se adelantará ante el juez de familia del domicilio principal del ausente en cualquier momento después de la ocurrencia del secuestro y hasta antes de la declaratoria de muerte presunta.

“Estarán legitimadas para ejercer la curaduría de bienes, en su orden, las siguientes personas: el cónyuge o *compañero o compañera permanente*, los descendientes incluidos los hijos adoptivos, los ascendientes incluidos los padres adoptantes y los hermanos. En caso de existir varias personas en el mismo orden de prelación, el juez, oídos los parientes, elegirá entre ellas la que le pareciere más apta, y podrá también, si lo estima conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones.

“La demanda podrá ser presentada por cualquiera de las personas llamadas a ejercer la curaduría y en ella se incluirá la relación de las demás personas de quienes se tenga noticia sobre su existencia y que en virtud de lo dispuesto en el presente artículo podrían ejercerla. La declaración se entenderá rendida bajo la gravedad del juramento. A la demanda deberá anexarse la certificación vigente a que hace referencia el artículo 5o de la presente ley. Se podrá actuar directamente sin necesidad de constituir apoderado judicial.

“En el auto admisorio de la demanda se procederá a nombrar curador de bienes provisional a la persona llamada a ejercer el cargo, pero si se rechaza el encargo, o no se presentare ninguna persona legitimada para ejercerlo, o si de común acuerdo todas las personas que tienen vocación jurídica para ejercer la curaduría lo solicitan, el juez podrá encargar la curaduría a una sociedad fiduciaria que previamente haya manifestado su interés en realizar dicha gestión.

“El juez que no se ciña al procedimiento aquí señalado o que de cualquier manera actúe en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

“En lo no previsto en el presente artículo se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil”.

4.4.2.3. Consideraciones de la Corte

4.4.2.3.1. Constata la Corporación que los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha realizado sobre los artículos 10 de la Ley 589 de 2000 y 2 de la Ley 986 de 2005, en las sentencias C-400 de 2003 y C-394 de 2007, tienen el alcance de cosa juzgada relativa, en la medida en que versaron sobre apartes de las respectivas disposiciones que son distintos de los ahora demandados o limitaron el alcance del fallo a los cargos analizados, que son distintos de los presentados en esta oportunidad. Por consiguiente cabe una decisión de fondo sobre los cargos ahora presentados.

4.4.2.3.2. Las disposiciones en las que se encuentran las expresiones demandadas en este acápite se han establecido teniendo en cuenta el valor de los vínculos de solidaridad y afecto que existen entre quienes son víctima de una desaparición forzada, un secuestro o una toma de rehenes, y determinadas personas de su entorno personal o familiar, así como de las que existen en razón de los lazos de dependencia económica.

Así, aunque de manera expresa, en la Ley 986 de 2005, las disposiciones demandadas se presentan como instrumentos de protección de la familia, encuentra la Corte que ellas constituyen una respuesta del Estado a situaciones que afectan de manera extrema los derechos fundamentales de las víctimas y de quienes están en una especial relación de afecto, solidaridad y respeto con ellas. La identificación de los destinatarios de las medidas de protección en razón de esa especial relación, es una manera de proteger, en primer lugar, a la propia víctima, y, de manera complementaria, también a sus allegados.

Tal como se ha puesto de presente en esta providencia, la demanda no se dirige a cuestionar el concepto de familia que se desprende la Constitución y, por consiguiente, en este caso la Corte se pronunciará, no sobre la expresión "*familia*" contenida en el artículo 2 de la Ley 986 de 2005, que fue la expresamente demandada, sino sobre la totalidad de dicho artículo, en cuanto que del mismo se desprende una protección a los compañeros o compañeras permanentes que no cobijaría a los integrantes de las parejas homosexuales.

En ese contexto encuentra la Corte que, tanto a efectos de determinar los destinatarios de las medidas de protección previstas en la Ley 986 de 2005, como para establecer las personas que serán llamadas a ejercer la administración de los bienes de quienes hayan sido víctimas de los delitos de secuestro o de desaparición forzada, la situación de quienes, con vocación de permanencia, integran una pareja homosexual, es asimilable a la de los compañeros o compañeras permanentes y que no existe razón que explique la diferencia de trato que se desprende de las expresiones acusadas del artículo 10 de la Ley 589 de 2000, y de los artículos 2º y 26 de la Ley 986 de 2005, razón por la cual dicha diferencia resulta contraria a la Constitución.

Se declarará de la exequibilidad de la expresión "*compañero o compañera permanente*" contenida en los artículos 10 de la Ley 589 de 2000 y 26 de la Ley 986 de 2005, en el entendido de que la misma, en igualdad de condiciones, se aplica también a los integrantes de las parejas del mismo sexo, y la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 986 de 2005, en el entendido de que el mismo no excluye a las parejas del mismo sexo de las medidas de protección consagradas en la Ley 986 de 2005.

4.5. Normas que consagran prestaciones, subsidios y medidas indemnizatorias de carácter social a favor de las parejas heterosexuales con exclusión de las parejas homosexuales

En este acápite se analizan las normas que establecen el régimen de salud y pensiones de la fuerza pública y que regulan el subsidio familiar en servicios.

4.5.1. Cargos contra normas que consagran prestaciones sociales

4.5.1.1. Cargo contra normas que definen los beneficiarios del régimen especial de salud y pensiones para los miembros de la fuerza pública

4.5.1.1.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas de los artículos 3 de la Ley 923 de 2004 y 24 del Decreto 1795 de 2000 violan el preámbulo y los artículos 1, 13, 16, 48 y 49 de la Constitución Política, por cuanto, al incluir entre los bene-

ficiarios de las pensiones de sobrevivencia y la sustitución de la asignación de retiro dentro del régimen especial que en materia de seguridad social opera para los miembros de la fuerza pública, al compañero o compañera permanente supérstites y al articular dichas prestaciones en función de la noción de familia, con exclusión de los miembros de las parejas homosexuales, establece un trato diferenciado que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, y que no supera el test estricto de proporcionalidad.

Adicionalmente, los demandantes ponen de presente que en la actualidad existe una diferencia entre el régimen especial de seguridad social para la Fuerza Pública y el régimen general de seguridad social, derivada de la jurisprudencia constitucional que, para este último, determinó que los beneficios consagrados cubrían a las parejas del mismo sexo.

De otra parte, los actores señalan que la expresión “*solo cuando la unión permanente sea superior a dos años*” contenida en el literal a) del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000 impone una exigencia de tiempo mínimo para obtener la calidad de beneficiario del compañero permanente afiliado al régimen de seguridad social de la Fuerza Pública que es violatorio del derecho a la igualdad, por cuanto no exige el mismo tiempo de convivencia a las parejas unidas en matrimonio.

4.5.1.1.2. Transcripción de las disposiciones demandadas

LEY 923 DE 2004

Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...)

3.7. El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del *grupo familiar* y el parentesco con el titular.

En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez:

3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la *compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión con-

yugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente. (...)

DECRETO 1795 DE 2000

Diario Oficial 44.161, del 14 de septiembre de 2000

Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las

Fuerzas Militares y de la Policía Nacional

ARTICULO 24. BENEFICIARIOS. Para los afiliados enunciados en el literal a) del artículo 23, serán beneficiarios los siguientes:

a) El cónyuge o el *compañero o la compañera permanente* del afiliado. *Para el caso del compañero(a) sólo cuando la unión permanente sea superior a dos (2) años.*

b) Los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o *compañero (a) permanente*, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado. (...)

d) A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, la cobertura *familiar* podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados que dependan económicamente de él. (...)

4.5.1.1.3. Consideraciones de la Corte Constitucional

4.5.1.1.3.1. La Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre el hecho de que la exclusión de los integrantes de parejas del mismo sexo de la condición de beneficiarios en el sistema de seguridad social en salud y en pensiones resulta contraria a la Constitución.

En efecto, en la Sentencia C-811 de 2007, la Corte expresó que, "... acogiendo los criterios doctrinales esbozados por la Corte en la Sentencia C-075 de 2007, que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema, el impedimento que tiene la pareja del mismo

sexo de vincularse al sistema de Seguridad Social en Salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad -en la concepción de la autodeterminación sexual-, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo.” Para la Corte “la razón de dicha transgresión es clara: la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. En este sentido, es la propia condición homosexual la que, aunada a la decisión de vivir en pareja, determina la exclusión del privilegio legal, por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13 C.P.), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, al tiempo que vulneratoria del derecho a la dignidad humana (art. 2º C.P.), pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo.”

En el mismo sentido, en la Sentencia C-336 de 2008, la Corte señaló que la exclusión de los integrantes de la pareja homosexual de entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el sistema general de pensiones da lugar a un trato que conlleva a un déficit de protección. Puntualizó la Corte que “... con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.”

De este modo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no existe un fundamento razonable y objetivo que explique la exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo de la condición de beneficiarios en el régimen de seguridad social en pensiones y en salud. En el régimen especial de la fuerza pública al que pertenecen las disposiciones demandadas tampoco se aprecia

una tal explicación o justificación, razón por la cual la diferencia de trato que se deriva de las mismas resulta contraria al principio de igualdad.

La Corte declarará la exequibilidad de las expresiones "*el compañero o la compañera permanente*", "*la compañera o compañero permanente*", "*la compañera permanente*" "*un compañero o compañera permanente*" "*Compañero (a) permanente*" y "*compañero o compañera permanente*" acusadas, en el entendido de que, en igualdad de condiciones, también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo.

4.5.1.1.3.2. Por otra parte, encuentra la Corte que de la expresión "*familiar*" contenida en el literal d) del Decreto 1795 de 2000 no se deriva ninguna diferencia de trato para los integrantes de una pareja homosexual en relación con el que se ha previsto para los compañeros o compañeras permanentes. Lo mismo cabe predicar de la expresión "*grupo familiar*" contenida en el numeral 3.7 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, puesto que si bien, en principio, podría tener un alcance restrictivo que excluyese a los integrantes de las parejas homosexuales de entre los beneficiarios de las prestaciones allí establecidas, no es menos cierto que, a renglón seguido, la misma disposición establece que *en todo caso* tendrán la calidad de beneficiarios la *compañera o compañero permanente*, expresión cuya exequibilidad, como se ha dicho, se condicionará a que se entienda que comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Como quiera que, tal como se ha expresado, la demanda no se dirige a cuestionar el concepto de familia contenido en la ley, la Corte se inhibirá para pronunciarse de fondo sobre las expresiones demandadas

4.5.1.1.3.3. En cuanto hace a la sujeción al término de dos años de convivencia para que los compañeros permanentes puedan tenerse como beneficiarios del sistema de salud previsto en el artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, estima la Corte que en este caso, resultan plenamente aplicables las consideraciones realizadas por la Corporación en Sentencias C-521 de 2007 y C-811 de 2007, conforme a las cuales dicho término para que el compañero permanente

del afiliado al sistema de salud pudiera ser incluido como beneficiario no se encontraba justificado por parámetros objetivos y razonables. La Corte ahora reitera ese precedente, y en consecuencia declarará la inexecutable de la expresión "*Para el caso del compañero(a) sólo cuando la unión permanente sea superior a dos (2) años*", contenida en el literal a) del artículo 24 del Decreto 1975 de 2000.

4.5.1.2. Cargo contra normas que consagran la prestación social del subsidio familiar en servicios

4.5.1.2.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas de los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982 violan el preámbulo y los artículos 1, 13, 16 y 48 de la Constitución Política, en la medida en que de ellas se desprende que el derecho del compañero permanente del trabajador a acceder al componente de servicios del subsidio familiar, excluye a los integrantes de las parejas homosexuales, por cuanto ese beneficio se enmarca dentro de la concepción de familia, circunstancia que da lugar a un trato diferenciado que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad.

4.5.1.2.2. Transcripción de las disposiciones demandadas

LEY 21 DE 1982

"Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones"

ARTICULO 1. El subsidio *familiar* es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la *familia*, como núcleo básico de la sociedad.

PARAGRAFO. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio *familiar*.

ARTICULO 27 Darán derecho al Subsidio *Familiar* las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que continuación se enumeran:

1. Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros.
2. Los hermanos huérfanos de padre.
3. Los padres del trabajador.

Para los efectos del régimen del subsidio *familiar* se consideraran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador y, además, se hallen dentro de las condiciones señaladas en los artículos siguientes.

PARAGRAFO. El cónyuge o *compañero permanente* del trabajador, así como personas relacionadas en el presente artículo podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el Subsidio en servicios.

4.5.1.2.3. Consideraciones de la Corte

El subsidio familiar es una expresión del mandato constitucional de protección integral a la familia. En ese contexto, el legislador ha dispuesto que el subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y que su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. De acuerdo con la ley, dan derecho al subsidio los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros; los hermanos huérfanos de padre y los padres del trabajador, cuando se encuentren a cargo de los trabajadores beneficiarios.

Tal como se ha puesto de presente, la demanda no se orienta a cuestionar el concepto de familia contenido en la ley y, de hecho, no pretende que el régimen del subsidio familiar se amplíe para comprender a los integrantes de una pareja homosexual, sino que lo que se cuestiona es el hecho de que el legislador, al disponer, en el párrafo acusado, que además de las personas que dan derecho al subsidio, el cónyuge o *compañero permanente* podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios, se excluya de ese beneficio a los integrantes de las parejas homosexuales que tengan esa misma vocación de permanencia.

Para la Corte, esa previsión del párrafo acusado reconoce el vínculo de solidaridad y la relación especial que existe entre los cónyuges o compañeros permanentes, para disponer que si bien en relación con ellos no se causa el subsidio en dinero, si resultan admitidos al goce de las obras y programas que se ofrecen en la modalidad de servicios del subsidio. En ese escenario los integrantes de una pareja homosexual que tengan esa misma vocación de permanencia resultan asimilables a los compañeros permanentes, y, de este modo, la previsión del párrafo resulta excluyente sin razón alguna que lo justifique

Por las anteriores consideraciones, la Corte se inhibirá para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con las expresiones "*familiar*" y "*familia*" contenidas en las disposiciones acusadas y declarará la exequibilidad condicionada de la expresión "*compañero o compañera permanente*" contenida en el párrafo del artículo 27 de la Ley 21 de 1982 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

4.5.2. Cargos contra normas que consagran subsidios para el acceso a bienes inmuebles

En este acápite los demandantes presentan cargos contra las normas que definen a los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda y contra aquéllas del estatuto de desarrollo rural que establecen mecanismos de acceso a la propiedad de la tierra en áreas rurales.

4.5.2.1. Cargo contra la norma que define los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda

4.5.2.1.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas del artículo 7 de la Ley 3 de 1991 violan el preámbulo y los artículos 1, 13, 16 y 51 de la Constitución Política, por cuanto articula la definición de los beneficiarios de un subsidio de vivienda, alrededor de la nociones de "*familia*" y de "*hogar*", con lo que excluye a las parejas homosexuales de su ámbito de aplicación, con base en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad.

4.5.2.1.2. Transcripción de la disposición demandada

LEY 3 DE 1991

“por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones”

ARTÍCULO 7º.- Podrán ser beneficiarios del Subsidio *Familiar* de Vivienda los *hogares* de quienes se postulen para recibir el subsidio, por carecer de recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitar legalmente los títulos de la misma; el reglamento establecerá las formas de comprobar tales circunstancias. (...)

4.5.2.1.3. Consideraciones de la Corte

La Ley 3 de 1991 tiene como objeto central la regulación del sistema de vivienda de interés social, y, en ese contexto, define por solución de vivienda, el conjunto de operaciones que permite a un hogar disponer de habitación en condiciones sanitarias satisfactorias de espacio, servicios públicos y calidad de estructura, o iniciar el proceso para obtenerlas en el futuro.

Observa la Corte que, en orden a definir lo que debe entenderse por “*solución de vivienda*”, la ley parte del concepto de hogar, el cual no tiene un referente legal en cuanto a sus integrantes. De manera general, ese vocablo alude al lugar en donde se vive, aunque en el uso corriente puede entenderse asociado a la idea de vivienda familiar, y en ese contexto se desarrolla en la disposición demandada.

Cabe advertir, sin embargo, que la ley de la que es parte la norma demandada se inscribe en un contexto más amplio de promoción de la vivienda de interés social, dentro del cual lo relevante es identificar a las personas de escasos recursos que carezcan de vivienda, sin que haya elementos que permitan concluir que, dentro de ese propósito general, la ley se inscribe en el ámbito de las medidas legislativas orientadas a asegurar la protección integral de la familia.

Así, si bien la ley puede ser un instrumento importante para la protección de la familia, ese objetivo se obtiene como una resultante, no como fruto de una medida focalizada específicamente en esa finalidad. Esto es, el objetivo central de la ley es desarrollar un sistema de vivienda de interés social orientado a brindar soluciones de vivienda a personas de escasos recursos, no la protección integral de la familia.

De este modo, y como quiera que la demanda no se orienta a cuestionar el concepto de familia previsto en la ley, sino el alcance restrictivo que en relación con las parejas homosexuales puede tener el artículo del que hacen parte las expresiones, la Corte se pronunciará sobre dicho artículo como una unidad normativa.

En ese contexto, observa la Corte que la ley establece un subsidio de vivienda, que se denomina como familiar y que el decreto reglamentario 975 de 2004 define al hogar objeto del subsidio familiar de vivienda en los siguientes términos: *“Se entiende por hogar el conformado por los cónyuges, las uniones maritales de hecho y/o el grupo de personas unidas por vínculos de parentesco hasta tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, que compartan un mismo espacio habitacional.”*

De esta manera, el tenor literal de la ley, de acuerdo con el alcance que, de manera general, se le ha atribuido en nuestro ordenamiento jurídico, excluye a los integrantes de parejas del mismo sexo de los beneficios que allí se han previsto para quienes tengan la condición de compañeros o compañeras permanentes.

Sin embargo, como se ha puesto de presente, en el ámbito de esta ley, la situación de los integrantes de las parejas homosexuales de carácter permanente que aspiren a un subsidio de vivienda en atención a su condición de pobreza, es asimilable a la de los compañeros o compañeras permanentes, y, por consiguiente, resultaría contraria a Constitución una interpretación de las previsiones de la Ley 3ª de 1991, conforme a la cual de su artículo 7º se desprende una exclusión de las parejas homosexuales.

En consecuencia, se declarará la exequibilidad del artículo 7 de la Ley 3 de 1991, en el entendido de que, el subsidio familiar de vi-

vienda allí previsto se aplica también a los integrantes de las parejas homosexuales, en las mismas condiciones que a los compañeros o compañeras permanentes.

4.5.2.2. Cargo contra las normas que establecen mecanismos de acceso a la propiedad de la tierra en áreas rurales

4.5.2.2.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas de los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 de la Ley 1152 de 2007 violan el preámbulo y los artículos 1, 13, 16, 58, 64 y 66 de la Constitución Política, por cuanto, al crear condiciones para garantizar el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios del país, excluyen a los integrantes de las parejas permanentes del mismo sexo, dan lugar a un tratamiento diferenciado que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad.

4.5.2.2.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 1152 DE 2007

Diario Oficial No. 46.700 de 25 de julio de 2007

*Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural,
se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder,
y se dictan otras disposiciones*

ARTÍCULO 61. El Incoder, a través de su oficina departamental verificará el cumplimiento de los requisitos de acceso al subsidio de los aspirantes de cada proyecto de conformidad con el artículo 57 de esta ley. En el caso en el cual uno o más de los aspirantes incumplan alguno de los requisitos, el Incoder rechazará de plano el proyecto; de lo contrario declarará la elegibilidad del mismo, y lo remitirá para ser sometido al proceso de calificación.

Una vez adjudicado el subsidio y previo al primer desembolso, el Incoder adelantará las acciones necesarias para verificar las condiciones de los predios y proyectos productivos, cuyo subsidio de adquisición fue aprobado.

En el caso en el cual el Incoder encuentre que el predio o el proyecto productivo no satisface completamente uno o más requisitos

de los contenidos en las condiciones de la convocatoria, el beneficiario deberá subsanar las deficiencias en el término de quince (15) días hábiles so pena de perder el derecho al subsidio por virtud de la ley.

PARÁGRAFO 1. En el proceso de verificación de la calidad de beneficiario, se deberá efectuar los cruces de información necesaria para constatar que los aspirantes al subsidio no hayan sido beneficiarios de adjudicación de terrenos baldíos o de adjudicación de tierras, para establecer que el aspirante no sea titular de bienes inmuebles de tamaño igual o superior a una UAF, cuantía de los ingresos o activos familiares, y realizar la verificación de los antecedentes penales del solicitante y su cónyuge o *compañero (a) permanente* con las autoridades pertinentes. Sólo en caso de encontrar fallos penales en firme con penas pendientes de ejecución, el funcionario deberá poner en conocimiento de las autoridades competentes dicha situación y rechazar de plano la solicitud. (...)

ARTÍCULO 62. Para determinar la calificación de los proyectos elegibles presentados por los aspirantes a obtener el subsidio, el Gobierno Nacional aprobará el reglamento respectivo al cual deberán sujetarse los postulantes. Para tal fin, se tendrán en cuenta entre otros los siguientes indicadores socioeconómicos: (...)

PARÁGRAFO. Los títulos de propiedad de los predios adquiridos mediante el subsidio deberán hacerse conjuntamente a nombre de los cónyuges o *compañeros permanentes*, cuando a ello hubiere lugar. (...)

ARTÍCULO 80. Se entiende por Unidad Agrícola *Familiar* (UAF), la empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal, cuya extensión permita con su proyecto productivo y tecnología adecuada generar como mínimo dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, permitiendo a la *familia* remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio. La Unidad Agrícola *Familiar* no requerirá normalmente para ser productiva sino el trabajo del propietario y su *familia*, sin perjuicio del empleo de mano de obra extraña, si la naturaleza de la producción así lo requiere.

ARTÍCULO 159. Las Unidades Agrícolas *Familiares* sobre tierras baldías adjudicarán conjuntamente a los cónyuges o *compañeros permanentes*, siempre que hayan cumplido dieciséis años de edad, sean jefes de *familia*, compartan entre sí las responsabilidades sobre sus hijos menores, o con sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad si velaren por ellos. (...)

ARTÍCULO 161. No se podrán efectuar titulaciones de terrenos baldíos en favor de personas naturales o jurídicas que sean propietarias o poseedoras, a cualquier título, de otros predios rurales en el territorio nacional, salvo lo dispuesto para las zonas de desarrollo empresarial.

Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, en el momento de presentar la solicitud de titulación el peticionario deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, si es o no propietario o poseedor de otros inmuebles rurales en el territorio nacional. Serán absolutamente nulas las adjudicaciones que se efectúen con violación de la prohibición establecida en este artículo. (...)

Para la aplicación de las prohibiciones previstas en el presente artículo, se tendrán en cuenta además, las adjudicaciones de terrenos baldíos efectuadas a sociedades de las que los interesados formen parte, lo mismo que las que figuren en cabeza de su cónyuge, *compañero permanente* e hijos menores adultos.

Ninguna persona podrá adquirir la propiedad sobre terrenos inicialmente adjudicados como baldíos, si las extensiones exceden los límites máximos para la titulación señalados por el Consejo Directivo para las Unidades Agrícolas *Familiares* en el respectivo municipio o zona. También serán nulos los actos o contratos en virtud de los cuales una persona aporte a sociedades o comunidades de cualquier índole, la propiedad de tierras que le hubieren sido adjudicadas como baldíos, si con ellas dichas sociedades o comunidades consolidan la propiedad sobre tales terrenos en superficies que excedan a la fijada por el Instituto para la Unidad Agrícola *Familiar*.

Quien siendo adjudicatario de tierras baldías las hubiere enajenado o no podrá obtener una nueva adjudicación.

Los terrenos baldíos adjudicados no podrán fraccionarse en extensión inferior a la señalada por el Incoder como Unidad Agrícola *Familiar* para la respectiva zona o municipio, salvo las excepciones previstas en esta ley y las que determine el Consejo Directivo del Incoder mediante reglamentación. Los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos se abstendrán de autorizar y registrar actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales, en los que no se protocolice la autorización del Incoder, cuando con tales actos o contratos se fraccionen dichos inmuebles. (...)

ARTÍCULO 172. Quienes hubieren adquirido del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora en liquidación, o del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, unidades agrícolas *familiares* con anterioridad a la vigencia de la presente ley, o en todo caso sujetas a las disposiciones establecidas en la Ley 135 de 1961, o al régimen de transición previsto en la Ley 160 de 1994 continuarán sometidos hasta la culminación del plazo respectivo al régimen de la propiedad parcelaria que se expresa a continuación: (...)

2. Hasta cuando se cumpla un plazo de diez (10) años contados desde la primera adjudicación que se hizo sobre la respectiva parcela, no podrán transferir el derecho de dominio sino a campesinos de escasos recursos sin tierra, o a minifundistas, o a entidades de derecho público para la construcción de obras públicas o con destino al establecimiento de un servicio público, y en tal caso el adjudicatario deberá solicitar autorización expresa del Incoder para enajenar la Unidad Agrícola *Familiar*. (...)

4. En los casos de enajenación de la propiedad sobre una Unidad Agrícola *Familiar*, el adquirente se subrogará en todas las obligaciones contraídas por el enajenante a favor del Instituto. Cuando el Incoder deba readjudicar una parcela, la transferencia del dominio se hará directamente en favor de los campesinos que reúnan las condiciones señaladas por el Consejo Directivo en la forma y modalidades establecidas para la adquisición con el subsidio para compra de tierras. Si dentro de los campesinos inscritos hubiere mujeres jefes de hogar, se les dará prioridad en la adjudicación de la Unidad Agrícola *Familiar*. (...)

6. En caso de fallecimiento del adjudicatario que no hubiere cancelado al Instituto la totalidad del precio de adquisición, el juez que conozca del proceso de sucesión adjudicará en común y proindiviso el dominio sobre el inmueble a los herederos, cónyuge supérstite, *compañero o compañera permanente* que tenga derecho conforme a la ley. Para todos los efectos se considera que la Unidad Agrícola *Familiar* es una especie que no admite división material y serán nulos los actos que contravengan esta previsión. En todo caso los comuneros no podrán ceder sus derechos sin autorización del Incoder, con arreglo al procedimiento establecido en esta ley.

7. En ningún caso un solo titular, por sí o interpuesta persona, podrá ejercer el dominio, posesión o tenencia, a ningún título, de más de una (1) Unidad Agrícola *Familiar*. La violación de esta prohibición constituye causal de caducidad, o motivo para declarar cumplida la condición resolutoria, según el caso, y exigir la devolución del subsidio correspondiente.

8. Quien transfiera a cualquier título la propiedad de una parcela no podrá solicitar nueva adjudicación, ni ser beneficiario de otros programas de dotación de tierras de la reforma agraria. Se presume poseedor de mala fe a quien adquiera a cualquier título una Unidad Agrícola *Familiar* sin el lleno de los requisitos exigidos en esta ley y, en consecuencia, no habrá reconocimiento de las mejoras que hubiere introducido.

9. En los juicios ejecutivos o de venta que se sigan contra quienes hubieren adquirido el dominio de una Unidad Agrícola *Familiar* mediante cualquiera de los procedimientos establecidos en la legislación agraria, el Incoder tendrá derecho a que se le adjudique la parcela al precio que señale el avalúo pericial. Si el Instituto desistiere, en todo caso el inmueble adjudicado a otra persona quedará sometido al régimen de la propiedad parcelaria durante el término que faltare para el cumplimiento de los diez (10) años establecido en el artículo anterior. (...)

4.5.2.2.3. Consideraciones de la Corte

La Ley 1152 de 2007, "*Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder,*

y se dictan otras disposiciones" se orienta, de acuerdo con su artículo 1º, a promover las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural, en condiciones de equidad, competitividad y sostenibilidad. En ese contexto, se establece en la ley que, con el propósito de obtener un mejoramiento sustancial en la calidad de vida de los productores rurales, se tendrá en cuenta un conjunto de principios, entre los cuales están los que se refieren a aspectos tales como "... *la promoción y consolidación de la paz y la convivencia, a través de mecanismos encaminados a lograr la justicia social y el bienestar de la población dedicada a la actividad rural ...*", o "*el fortalecimiento y ampliación de la política social en el sector rural, mediante mecanismos que faciliten el acceso de los pobladores rurales de menores ingresos a los factores productivos, y de desarrollo humano y social, que contribuye para reducir la pobreza y las desigualdades sociales*" (Destaca la Corte). Entre los objetivos de la ley, y en los aspectos que tocan directamente con el asunto de constitucionalidad que se ha planteado a la Corte, pueden destacarse la mejora en el ingreso y la calidad de vida de los *pobladores rurales*, así como en su acceso a la tierra, aspecto este último en relación con el cual se dispone (Artículo 4) que para el cumplimiento del precepto constitucional según el cual es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los *trabajadores agrarios*, las estrategias, acciones y decisiones que se adopten en desarrollo de la ley estarán dirigidas al logro de objetivos como "*la reforma de la estructura social agraria, por medio de procedimientos de dotación de tierras encaminados a eliminar, corregir y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rural, con el fin de mejorar las condiciones productivas de los procesos de producción agropecuaria y forestal*", o "[*b*] *eneficiar con dichos procedimientos a los hombres y mujeres campesinos, a las comunidades indígenas, comunidades negras y demás minorías étnicas mayores de 16 años, de escasos recursos o que no posean tierras, a los minifundistas, a las mujeres campesinas jefes de hogar y a los beneficiarios de los programas especiales que establezca el Gobierno Nacional*", así como prestarles apoyo y asesoría.

Observa la Corte que en disposiciones de la ley como las que se han citado y en otras similares, el legislador pone en evidencia

su propósito de proteger a los pobladores del campo o productores rurales, particularmente los de menores ingresos.

De este modo, encuentra la Corte que, si bien los beneficios contenidos en la ley pueden resultar relevantes dentro de un propósito integral de protección de la familia, no es esa la orientación de la ley y dicha protección sería una resultante de políticas más amplias, que, como se ha dicho, se orientan a la promoción del desarrollo rural e identifican como destinatario, de manera general, al productor rural, particularmente al de más bajos recursos.

En este contexto, el recurso en la ley a las expresiones "*familiar*", "*familia*" o "*familiares*", debe entenderse como un factor de referencia a las unidades de producción agrícola, que toman su nombre de la realidad más común, pero que no encierran un propósito explícito de restringir las previsiones de la ley en función de proteger a la familia, ni pueden interpretarse de modo tal que conduzca a la exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo de las medidas de protección previstas en la ley de manera general para los productores rurales.

Por otra parte, observa la Corte que los demandantes, aparte de la consideración sobre el efecto de exclusión que, en una determinada interpretación, podría derivarse de las expresiones "*familiar*", "*familia*" o "*familiares*", contenidas en los artículos 80, 159, 161 y 172 de la Ley 1152 de 2007, no presentan un cargo específico de inconstitucionalidad contra las mismas, razón por la cual la Corte se inhibirá para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con ellas.

Con todo, es preciso señalar que, no obstante que, de acuerdo con lo anterior, el alcance de la ley es el de proteger al productor rural, particularmente al de menores ingresos, el empleo de las expresiones "*compañero*" o "*compañera*" permanentes, que nuestro ordenamiento tiene un alcance restringido, podría interpretarse con un criterio de exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo, lo cual comportaría una exclusión constitucionalmente intolerable, porque para determinados productores rurales, los que se vean excluidos en razón de las aludidas expresiones, se cerrarían las

posibilidades para el despliegue de sus opciones vitales en el ámbito que les corresponde como habitantes del campo o productores rurales.

Como se ha puesto de presente, en el ámbito de esta ley, la situación de los integrantes de las parejas homosexuales que tengan la condición de productores rurales, es asimilable a la de los integrantes de las uniones maritales de hecho, y, por consiguiente, resultaría contraria a Constitución una interpretación de las previsiones de la ley, conforme a la cual las expresiones *"compañeros o compañeras permanentes"* excluyen a las parejas homosexuales.

Se declarará la exequibilidad de las expresiones *"compañeros o compañeras permanentes"*, contenidas en los artículos 61, 62, 159, 161 y 172 de la Ley 1152 de 2007, en el entendido de que, en el ámbito de esa ley, estas disposiciones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo, en las mismas condiciones que a los compañeros o compañeras permanentes.

4.5.3. Cargo contra la norma que define los beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT por muerte en accidente de tránsito

4.5.3.1. Los demandantes consideran que la expresión acusada del artículo 244 de la Ley 100 de 1993 viola el preámbulo y los artículos 1, 13, 16 y 95 de la Constitución Política, porque, al disponer que, a falta de cónyuge, en los casos que corresponda a éste la indemnización del SOAT, se tendrá como tal el compañero o compañera permanente, excluye a los miembros de las parejas homosexuales, dando lugar a un tratamiento diferenciado que se basa en un criterio sospechoso, cual es la orientación sexual, que no supera el test estricto de proporcionalidad.

4.5.3.2. Transcripción de la norma demandada

LEY 100 DE 1993

Diario Oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993

"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

ARTÍCULO 244. SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO. Por el

cual se introducen las siguientes modificaciones al Decreto 663 de 1993: (...)

3. El artículo 194 numeral 2, quedará así:

En caso de muerte de la víctima como consecuencia de accidente de tránsito y para los efectos de este estatuto serán beneficiarios de las indemnizaciones por muerte las personas señaladas en el artículo 1142 del Código de Comercio. En todo caso a falta de cónyuge, en los casos que corresponda a éste la indemnización se tendrá como tal el *compañero o compañera permanente*, que acredite dicha calidad, de conformidad con la reglamentación que para el efecto señale el Gobierno Nacional. La indemnización por gastos funerarios y exequias se pagará a quien demuestre haber realizado las correspondientes erogaciones. (...)

4.5.3.3. Consideraciones de la Corte

La disposición demandada establece, en consonancia con el artículo 1142 del Código de Comercio, los beneficiarios del SOAT. Esta norma del Código de Comercio, dentro del acápite en el que se enuncian los principios comunes a los seguros de personas, dispone que “[c]uando no se designe beneficiario, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad” y que “igual regla se aplicará en el evento de que se designe genéricamente como beneficiarios a los herederos del asegurado”.

El contenido normativo específicamente acusado en esta oportunidad es aquel en virtud del cual a falta de cónyuge, en los casos que corresponda a éste la indemnización del SOAT, se tendrá como tal el compañero o compañera permanente.

Para la Corte es claro que las normas a las que se ha hecho referencia, dentro del régimen de seguros de personas, atienden a la necesidad de fijar, con fuerza legal, los beneficiarios del SOAT en el caso de muerte de la víctima. El criterio empleado es el de recurrir a los vínculos de carácter legal que se traduce en la identificación genérica de los herederos y del cónyuge como beneficiarios. Ello, sin embargo, no obedece a un mero arbitrio del legislador, sino que, dentro de la teoría de los seguros, corresponde a una determinación

legal de las personas que se presumen afectadas por el siniestro. Por tal razón, la norma acusada incluyó la categoría de compañeros o compañeras permanentes, por cuanto es evidente la afectación que sufren como consecuencia del siniestro allí contemplado.

En ese contexto, es claro que en el ámbito de la disposición acusada y a la luz del criterio en ella empleado, la situación de quienes integran una pareja homosexual es asimilable a la de quienes integran una unión marital de hecho, y no se aprecia que exista razón alguna para excluirlos del beneficio allí previsto.

Se declarará la exequibilidad de la expresión acusada, siempre que se entienda que, en igualdad de condiciones con los compañeros o compañeras permanentes, también se encuentran comprendidos en ella los integrantes de una pareja homosexual.

4.6. Cargo contra normas de derecho público que establecen límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos estatales para las parejas heterosexuales mas no para las parejas del mismo sexo.

4.6.1. Los demandantes consideran que las expresiones acusadas de los artículos 14 y 52 de la Ley 190 de 1995; 1º de la Ley 1148 de 2007; 8º de la Ley 80 de 1993; 40 y 84 de la Ley 734 de 2002 y 286 de la Ley 5ª de 1992, violan los artículos 13, 40, 95, 123, 126 y 209 de la Constitución Política, por cuanto, al consagrar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las causales de impedimentos y recusaciones, como medidas de restricción al acceso y ejercicio de la función pública y la contratación estatal, establecen una diferenciación que carece de justificación entre los integrantes de las parejas heterosexuales y los de las parejas homosexuales. Con el mismo argumento cuestionan también el numeral 2º del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto establece una excepción al régimen de incompatibilidades de los Congresistas, dentro del cual se incluye a los compañeros permanentes pero no a los integrantes de una pareja homosexual.

Preliminarmente, los accionantes hacen un análisis de cosa juzgada en torno a las disposiciones demandadas y concluyen que, si bien la Corte Constitucional en la Sentencia C-082 de 1996 se

pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 52 de la Ley 190 de 1995, lo hizo en relación con cargos sustancialmente diferentes a los planteados en la presente demanda por lo que no opera la cosa juzgada. Lo mismo ocurre respecto del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, que fue analizado en la Sentencia C-985 de 1999 en la que se formularon cargos diferentes al actualmente estudiado, por lo que procede su estudio por parte de esta Corporación.

4.6.2. Transcripción de las disposiciones acusadas

LEY 190 DE 1995

Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

ARTÍCULO 14. La declaración juramentada deberá contener, como mínimo, la siguiente información: (...)

2. Nombre y documento de identidad, del conyugue o *compañero(a) permanente* y parientes en primer grado de consanguinidad. (...)

8. Información sobre existencia de sociedad conyugal vigente o de sociedad de hecho entre *compañeros permanentes*, y (...)

ARTÍCULO 52. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, ni sus delegados, podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Conforme al artículo 292 de la Constitución Política no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o *compañeros permanentes* de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

LEY 1148 DE 2007

Por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, *compañeros permanentes* y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o *compañeros permanentes*, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los cónyuges o *compañeros permanentes* de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes *dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil*, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o *compañeros permanentes* de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente. (...)

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, *compañeros permanentes* y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o *compañeros permanentes* y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

LEY 80 DE 1993

“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones *o concursos* y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...)

g) <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. > Quienes sean cónyuges *o compañeros permanentes* y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación *o concurso*. (...)

2. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones *o concursos* ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: (...)

c) El cónyuge, *compañero o compañera permanente* del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, *compañero o compañera permanente* o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. (...)

LEY 734 DE 2002

Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002

Por la cual se expide el Código Disciplinario Único

ARTÍCULO 40. *CONFLICTO DE INTERESES*. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto

cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, *compañero o compañera permanente*, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

ARTÍCULO 84. *CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN*. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria, las siguientes:

1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, *compañero permanente*, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

2. Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o *compañero permanente*, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.

3. Ser cónyuge o *compañero permanente*, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales. (...)

6. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o *compañero permanente*, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

7. Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o *compañero permanente*, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (...)

9. Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o *compañero permanente*, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (...)

LEY 5 DE 1992

Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes

ARTÍCULO 283. EXCEPCIÓN A LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado: (...)

2. Cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o *compañero o compañera permanente*, o sus padres, o sus hijos (...)

ARTÍCULO 286. APLICACIÓN. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o *compañero o compañera permanente*, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

4.6.3. Consideraciones de la Corte

4.6.3.1. Las expresiones acusadas en el presente acápite tienen en común el hecho de que todas, excepto el numeral 2° del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, que se considerará por separado, remiten al mismo criterio a partir del cual el legislador ha establecido determinadas limitaciones, cargas, inhabilidades e incompatibilidades, así como causales de impedimento y recusación, como medidas de restricción al acceso y ejercicio de la función pública y la contratación estatal.

En efecto, el legislador ha considerado que la calidad de *compañero o compañera permanente*, en razón de los especiales vínculos de afecto y de solidaridad a los que da lugar, amerita el establecimiento de las anotadas limitaciones y gravámenes, en orden a preservar la moralidad administrativa y la transparencia en la acción del Estado.

Observa la Corte que en relación con ese criterio, en el ámbito de las disposiciones acusadas, la situación de los integrantes de las

parejas homosexuales es asimilable a la de los compañeros permanentes y no se aprecia ninguna razón para establecer una diferencia de trato.

Así, en la medida en que entre los integrantes de parejas del mismo sexo surge un vínculo especial, basado en relaciones de afecto y de apoyo mutuo, y siendo ese el criterio empleado por el legislador en las disposiciones demandadas, la exclusión injustificada de estas personas de entre los destinatarios de tales disposiciones resulta contraria a la Constitución por desconocer el principio de igualdad.

La Corte declarará la exequibilidad de las expresiones demandadas de los artículos 14 y 52 de la Ley 190 de 1995, 1° de la Ley 1148 de 2007, 8° de la Ley 80 de 1993, 40 y 84 de la Ley 734 de 2002 y 286 de la Ley 5ª de 1992, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

4.6.3.2. Adicionalmente, los demandantes acusan una disposición que no establece limitaciones o gravámenes de la naturaleza de aquellos a los que se acaba de hacer referencia, sino que por el contrario, establece una excepción a una norma que establece tales restricciones.

En efecto, consideran los accionantes que el numeral 2° del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto establece una excepción a las incompatibilidades constitucionales de los congresistas, al disponer que las mismas no son óbice para que éstos puedan cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o compañero o compañera permanente, o sus padres, o sus hijos, establece una diferencia de trato contraria a la Constitución, puesto que no existe razón válida para excluir de su ámbito a los integrantes de las parejas homosexuales.

Encuentra la Corte que, efectivamente, en la medida en la que la excepción prevista en la ley se fundamenta en la consideración de que el régimen de las incompatibilidades no puede ir hasta el extremo de impedir que los congresistas actúen en los procedimien-

tos judiciales o administrativos que los afectan, directamente o a través de personas muy allegadas a ellos, la situación de las parejas homosexuales es asimilable a la de los compañeros permanentes y la diferencia de trato que resulta del enunciado excluyente resulta contraria a la Constitución.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte declara la exequibilidad de las expresiones demandadas del numeral 2° del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con las expresiones “*familia*” y “*familiar*” contenidas en el artículo 4° de la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999 y en el artículo 1° de la Ley 258 de 1996, por ineptitud sustantiva de la demanda y declarar la EXEQUIBLIDAD, por los cargos analizados, de las expresiones “*compañero o compañera permanente*” y “*compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años*” contenidas en artículo 4° de la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999 y en el artículo 12 de la Ley 258 de 1996, en el entendido de que esta protección patrimonial se extiende en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.

Segundo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión “*cónyuge*” contenida en el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil, en el entendido de que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.

Tercero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión "*compañeros permanentes*" contenida en el artículo 5° de la Ley 43 de 1993, en el entendido de que la misma se aplica también, en igualdad de condiciones, a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Cuarto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de las expresiones "*unión singular, permanente y continua*", "*compañera permanente*" y "*unión permanente*" contenidas en los artículos 2° y 3° del Decreto 2762 de 1991, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo.

Quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de las expresiones "*compañero permanente*" y "*compañero o compañera permanente*" de los artículos 8-b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004, 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 71 de la Ley 734 de 2002 en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Sexto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión "*compañero o compañera permanente*" contenida en el artículo 34 de la Ley 599 de 2000 en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Séptimo.- En relación con el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007, ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-879 de 2008, mediante la cual se declaró la inexecutable de la Ley 1153 de 2007.

Octavo.- Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión "*grupo familiar*" contenida en el numeral 1° del artículo 179 de la Ley 599 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda y declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, del numeral 1° del artículo 104, el numeral 4° del artículo 170, los numerales 1° y 4° del artículo 179, el numeral 3° del artículo 188-B y el numeral 1° del artículo 245 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Noveno.- En relación con los cargos referidos a las expresiones "*compañero*" y "*compañera permanente*", y "*al hombre y la mujer*" con-

tenidas en el artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, por medio de la cual se modificó el artículo 233 del Código Penal, ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-798 de 2008, en la que se declaró la inexequibilidad de la expresión “*únicamente*” contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, y la exequibilidad del resto de esta disposición, en el entendido que las expresiones “*compañero*” y “*compañera permanente*” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Décimo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, de la expresión “*durante un lapso no inferior a dos años*” contenida en el párrafo 1° del artículo 233 del Código Penal.

Décimo primero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “*cónyuge*” contenida en el numeral 1° del artículo 457 del Código Civil, en el entendido de que, para los efectos allí previstos, la misma también comprende a los compañeros permanentes, y, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Décimo segundo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo

Décimo tercero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, del artículo 236 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Décimo cuarto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión “*compañeros permanentes*” contenida en literal a) del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 en el entendido de que, para los efectos de las medidas administrativas de protección previstas en esa ley, la misma también se aplica, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo, e inhibirse en relación con las expresiones “*familia*” contenidas en el mismo artículo.

Décimo quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 454A del Código Penal, en los términos de los considerandos de

esta providencia, en el entendido de que este tipo penal también comprende las amenazas, en igualdad de condiciones, en contra de los integrantes de las parejas del mismo sexo que actúen como testigos.

Décimo sexto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de los artículos 5, 7 y 15 de la Ley 975 de 2005, 11 de la Ley 589 de 2000, 14 y 15 de la Ley 971 de 2005 y 2º de la Ley 387 de 1997, siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Décimo séptimo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de los artículos 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que los mismos se aplican también al cónyuge, compañero o compañera permanente y, en las mismas condiciones, a los integrantes de la pareja del mismo sexo.

Décimo octavo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión "*compañero o compañera permanente*" contenida en los artículos 10 de la Ley 589 de 2000 y 26 de la Ley 986 de 2005, en el entendido de que la misma, en igualdad de condiciones, se aplica también a los integrantes de las parejas del mismo sexo, y la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, del artículo 2º de la Ley 986 de 2005, siempre que se interprete que el mismo no excluye a las parejas del mismo sexo de las medidas de protección consagradas en la Ley 986 de 2005.

Décimo noveno.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de las expresiones "*el compañero o la compañera permanente*", "*la compañera o compañero permanente*", "*la compañera permanente*" "*un compañero o compañera permanente*" "*Compañero (a) permanente*" y "*compañero o compañera permanente*" contenidas en los artículos 3º de la Ley 923 de 2004 y 24 del Decreto 1795 de 2000 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo.

Vigésimo.- Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con las expresiones "*familiar*" conteni-

da en el literal d) del artículo 24 del decreto 1795 de 2000 y “grupo familiar” contenida en el numeral 3.7 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Vigésimo primero.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “Para el caso del compañero(a) sólo cuando la unión permanente sea superior a dos (2) años”, contenida en el literal a) del artículo 24 del Decreto 1975 de 2000.

Vigésimo segundo.- Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con las expresiones “familiar” y “familia” contenidas en los artículos 1° y 27 de la Ley 21 de 1982, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Vigésimo tercero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión “compañero o compañera permanente” contenida en el parágrafo del artículo 27 de la Ley 21 de 1982, en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo.

Vigésimo cuarto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, del artículo 7° de la Ley 3 de 1991, en el entendido de que el subsidio familiar de vivienda allí previsto se aplica también a los integrantes de las parejas homosexuales, en las mismas condiciones que a los compañeros o compañeras permanentes.

Vigésimo quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, de las expresiones *compañeros o compañeras permanentes*”, contenidas en los artículos 61, 62, 159, 161 y 172 de la Ley 1152 de 2007, en el entendido que en el ámbito de esa ley, estas disposiciones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo e INHIBIRSE en relación con las expresiones “familia”, “familiar”, y “familiares” contenidas en los artículos 80, 159, 161 y 172 de la Ley 1152 de 2007.

Vigésimo sexto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, de la expresión “compañero o compañera permanente” contenida en el artículo 244 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo.

Vigésimo séptimo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, de las expresiones demandadas de los artículos 14 y 52 de la Ley 190 de 1995, 1° de la Ley 1148 de 2007, 8° de la Ley 80 de 1993, 40 y 84 de la Ley 734 de 2002 y 286 de la Ley 5ª de 1992, en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

Vigésimo octavo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, de las expresiones demandadas del numeral 2° del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

Los derechos del niño en la justicia de menores

Comité de los Derechos del Niño
Observación General No. 10
25 de abril de 2007

I. INTRODUCCIÓN

1. En los informes que presentan al Comité sobre los Derechos del Niño (en adelante, el Comité), los Estados Partes a menudo proporcionan información muy detallada sobre los derechos de los niños de quienes se alega que han infringido las leyes penales o a quienes se acusa o declara culpables de haber infringido esas leyes, a los cuales también se denominan “niños que tienen conflictos con la justicia”. De conformidad con las orientaciones generales del Comité relativas a la presentación de informes periódicos, la información facilitada por los Estados Partes se concentra principalmente en la aplicación de los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo la Convención). El Comité observa con reconocimiento todos los esfuerzos desplegados para establecer una administración de justicia de menores conforme a la Convención. Sin embargo, muchos Estados Partes distan mucho de cumplir cabalmente la Convención, por ejemplo en materia de derechos procesales, elaboración y aplicación de medidas con respecto a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a los procedimientos judiciales, y privación de libertad únicamente como medida de último recurso.

2. También preocupa al Comité la falta de información sobre las medidas que los Estados Partes han adoptado para evitar que los niños entren en conflicto con la justicia. Ello puede deberse a la falta de una política general en la esfera de la justicia de menores,

o tal vez pueda explicarse también porque muchos Estados Partes sólo proporcionan información estadística muy limitada sobre el trato que se da a los niños que tienen conflictos con la justicia.

3. La información reunida sobre la actuación de los Estados Partes en la esfera de la justicia de menores ha dado lugar a la presente observación general, por la que el Comité desea proporcionar a los Estados Partes orientación y recomendaciones más precisas para el establecimiento de una administración de justicia de menores conforme a la Convención. Esta justicia, que debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia reformativa, ofrecerá a los Estados Partes la posibilidad de abordar la cuestión de los niños que tienen conflictos con la justicia de manera más eficaz en función no sólo del interés superior del niño, sino también de los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general.

II. LOS OBJETIVOS DE LA PRESENTE OBSERVACIÓN GENERAL

4. En un principio, el Comité desea subrayar que, de acuerdo con la Convención, los Estados Partes deben elaborar y aplicar una política general de justicia de menores, lo cual significa que no deben limitarse a aplicar las disposiciones específicas contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención, sino tener en cuenta también los principios generales enunciados en los artículos 2, 3, 6 y 12 y en todos los demás artículos pertinentes de la Convención, por ejemplo los artículos 4 y 39. Por tanto, los objetivos de esta observación general son los siguientes:

- Alentar a los Estados Partes a elaborar y aplicar una política general de justicia de menores a fin prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil sobre la base de la Convención y de conformidad con ella, y recabar a este respecto el asesoramiento y apoyo del Grupo interinstitucional de coordinación sobre la justicia de menores, que está integrado por representantes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y organizaciones no gubernamentales (ONG),

y fue establecido por el Consejo Económico y Social en su resolución 1997/30;

- Ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones con respecto al contenido de esa política general de justicia de menores, prestando especial atención a la prevención de la delincuencia juvenil, la adopción de otras medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales, e interpretar y aplicar todas las demás disposiciones contenidas en los artículos 37 y 40 de la Convención;
- Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (“Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”).

III. LA JUSTICIA DE MENORES: PRINCIPIOS BÁSICOS DE UNA POLÍTICA GENERAL

5. Antes de examinar más detenidamente las exigencias de la Convención, el Comité enunciará los principios básicos de una política general de justicia de menores. Los Estados Partes deberán aplicar sistemáticamente en la administración de ésta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40.

No discriminación (artículo 2)

6. Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidentes). A este respecto, es importan-

te, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores (véase párr. 97 *infra*) y, por la otra, establecer normas, reglamentos o protocolos para garantizar la igualdad de trato de los menores delincuentes y propiciar el desagravio, la reparación y la indemnización.

7. Muchos niños que tienen conflictos con la justicia también son víctimas de discriminación, por ejemplo cuando tratan de acceder a la educación o al mercado de trabajo. Es necesario adoptar medidas para prevenir esa discriminación, entre otras cosas, prestando a los menores ex delincuentes apoyo y asistencia apropiados a efectos de su reintegración en la sociedad y organizando campañas públicas en las que se destaque su derecho a desempeñar una función constructiva en la sociedad (art. 40 1).

8. Es muy corriente que los códigos penales contengan disposiciones en los que se tipifique como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Es motivo de especial preocupación que las niñas y los niños de la calle frecuentemente sean víctimas de esta forma de criminalización. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos. El Comité recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley. A este respecto, el Comité también se remite al artículo 56 de las Directrices de Riad, que dice lo siguiente: “A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.

9. Además, comportamientos como el vagabundeo, la vida en la calle o las escapadas del hogar deben afrontarse mediante la

adopción de medidas de protección de la infancia, en particular prestando apoyo efectivo a los padres y otras personas encargadas de su cuidado y adoptando medidas que afronten las causas básicas de ese comportamiento.

El interés superior del niño (artículo 3)

10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)

11. Este derecho intrínseco a todo niño debe servir de guía e inspirar a los Estados Partes para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño. La pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación están expresamente prohibidas en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención (véanse párrafos 75 a 77 *infra*). El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o

la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo (véanse párrs. 78 a 88 *infra*)¹.

El respeto a la opinión del niño (artículo 12)

12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente sobre todos los asuntos que le afecten se respetará y hará efectivo plenamente en cada etapa del proceso de la justicia de menores (véanse párrafos 43 a 45 *infra*). El Comité observa que las opiniones de los niños involucrados en el sistema de justicia de menores se está convirtiendo cada vez más en una fuerza poderosa de mejora y reforma y para el disfrute de sus derechos.

Dignidad (artículo 40 1)

13. La Convención contiene un conjunto de principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia:

- Un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño. Este principio se inspira en el derecho humano fundamental proclamado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este derecho inherente a la dignidad y el valor, al que se hace referencia expresa en el preámbulo de la Convención, debe respetarse y protegerse durante todo el proceso de la justicia de menores, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño.
- Un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros. Este principio está en armonía con la consideración que figura en el preámbulo de que el niño debe ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas. También significa que, dentro del sistema

¹ Obsérvese que los derechos de un niño privado de libertad se aplican, de conformidad con la Convención, a los niños que tienen conflictos con la justicia y a los niños internados en instituciones para su cuidado, protección o tratamiento, incluidas instituciones de salud mental, educativas, de desintoxicación, de protección de la infancia o de inmigración.

de la justicia de menores, el trato y la educación de los niños debe orientarse a fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades (artículo 29 1 b) de la Convención y Observación general N° 1 sobre los objetivos de la educación). Es indudable que este principio requiere el pleno respeto y la aplicación de las garantías de un juicio justo, según se reconoce en el párrafo 2 del artículo 40 (véanse párrafos 40 a 67 infra). Si los principales agentes de la justicia de menores, a saber los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios encargados de la libertad vigilada, no respetan plenamente y protegen esas garantías, ¿cómo pueden esperar que con ese mal ejemplo el niño respete los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros?

- Un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. Este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño. Todo el personal encargado de la administración de la justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste, qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño.
- El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia. Los informes recibidos por el Comité indican que hay violencia en todas las etapas del proceso de la justicia de menores: en el primer contacto con la policía, durante la detención preventiva, y durante la permanencia en centros de tratamiento y de otro tipo en los que se interna a los niños sobre los que ha recaído una sentencia de condena a la privación de libertad. El Comité insta a los Estados Partes a que adopten medidas eficaces para prevenir esa violencia y velar por que se enjuicie a los autores y se apliquen efectivamente las recomendaciones formuladas en el informe de las Naciones Unidas relativo al estudio de la violencia contra los niños, que presentó a la Asamblea General en octubre de 2006 (A/61/299).

14. El Comité reconoce que la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Sin embargo, considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia de menores proclamados en la Convención.

IV. LA JUSTICIA DE MENORES: ELEMENTOS BÁSICOS DE UNA POLÍTICA GENERAL

15. Una política general de justicia de menores debe abarcar las siguientes cuestiones básicas: prevención de la delincuencia juvenil; intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales; edad mínima a efectos de responsabilidad penal y límites de edad superiores para la justicia de menores; garantías de un juicio imparcial; y privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la condena.

A. Prevención de la delincuencia juvenil

16. Uno de los objetivos más importantes de la aplicación de la Convención es promover el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño (preámbulo y arts. 6 y 29). Debe prepararse al niño para asumir una vida individual y responsable en una sociedad libre (preámbulo y art. 29), en la que pueda desempeñar una función constructiva con respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (arts. 29 y 40). A este respecto, los padres tienen la responsabilidad de impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Teniendo en cuenta estas y otras disposiciones de la Convención, evidentemente no es conforme al interés superior del niño su crianza en condiciones que supongan un mayor o grave riesgo de que se vea involucrado en actividades delictivas. Deben adoptarse diversas medidas para el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de los derechos a un nivel de vida adecuado (art. 27), al disfrute del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria (art. 24), a la educación (arts. 28 y 29), a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental (art. 19) y explotación económica o sexual (arts. 32 y 34), así como a otros servicios apropiados de atención o protección de la infancia.

17. Como se ha señalado más arriba, una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves li-

mitaciones. Los Estados Partes deben incorporar en su política nacional general de justicia de menores las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

18. El Comité apoya plenamente las Directrices de Riad y conviene en que debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños, en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Esto significa, entre otras cosas, que en los programas de prevención debe otorgarse atención prioritaria a la prestación de apoyo a las familias más vulnerables, a la enseñanza de los valores básicos en las escuelas (en particular, la facilitación de información sobre los derechos y los deberes de los niños y los padres reconocidos por la ley) y la prestación de un cuidado y atención especiales a los jóvenes que están en situación de riesgo. A este respecto, también debe concederse atención especial a los niños que abandonan los estudios o que no completan su educación. Se recomienda utilizar el apoyo de grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares y una activa participación de los padres. Los Estados Partes también deberán establecer servicios y programas de carácter comunitario que respondan a las necesidades, problemas, intereses e inquietudes especiales de los niños, en particular de los que tienen continuos conflictos con la justicia, y que ofrezcan asesoramiento y orientación adecuados a sus familias.

19. Los artículos 18 y 27 de la Convención confirman la importancia de la responsabilidad de los padres en lo que respecta a la crianza de sus hijos, aunque al mismo tiempo se requiere que los Estados Partes presten la asistencia necesaria a los padres (u otras personas encargadas del cuidado de los niños) en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales. Las medidas de asistencia no deberán concentrarse únicamente en la prevención de situaciones

negativas, sino también y sobre todo en la promoción del potencial social de los padres. Se dispone de mucha información sobre los programas de prevención basados en el hogar y la familia, por ejemplo los programas de capacitación de los padres, los que tienen por finalidad aumentar la interacción padres-hijos y los programas de visitas a los hogares, que pueden iniciarse cuando el niño es aún muy pequeño. Además, se ha observado que existe una correlación entre la educación de los niños desde una edad temprana y una tasa más baja de violencia y delincuencia en el futuro. A nivel de la comunidad, se han obtenido resultados positivos en programas como *Communities that Care* (Comunidades que se preocupan), una estrategia de prevención centrada en los riesgos.

20. Los Estados Partes deben promover y apoyar firmemente la participación tanto de los niños, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención, como de los padres, los dirigentes de la comunidad y otros agentes importantes (por ejemplo, los representantes de ONG, los servicios de libertad vigilada y los asistentes sociales) en la elaboración y ejecución de programas de prevención. La calidad de esa participación es un factor decisivo para el éxito de los programas.

21. El Comité recomienda que los Estados Partes recaben el apoyo y el asesoramiento del Grupo interinstitucional de coordinación sobre la justicia de menores para elaborar programas de prevención eficaces.

B. Intervenciones/remisión de casos (*véase también la sección E infra*)

22. Las autoridades estatales pueden adoptar dos tipos de medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes: medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales y medidas en el contexto de un proceso judicial. El Comité recuerda a los Estados Partes que deben tener sumo cuidado en velar por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos del niño y las garantías legales.

23. Los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su

reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículos 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso (art. 37 b)). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40 4).

Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales

24. De acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tratarán de promover medidas en relación con los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos.

25. El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez. Las estadísticas provenientes de muchos Estados Partes indican que una gran proporción, y a menudo la mayoría, de los delitos cometidos por niños entran dentro de esas categorías. De acuerdo con los principios enunciados

en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal. Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico.

26. Los Estados Partes deben adoptar medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales en el marco de su sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales (art. 40 3 b)).

27. Queda a la discreción de los Estados Partes decidir la naturaleza y el contenido exactos de las medidas que deben adoptarse para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, y adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean precisas para su aplicación. Sin embargo, de acuerdo con la información contenida en los informes de los Estados Partes, es indudable que se han elaborado diversos programas basados en la comunidad, por ejemplo el servicio, la supervisión y la orientación comunitarios a cargo, por ejemplo, de asistentes sociales o de agentes de la libertad vigilada, conferencias de familia y otras formas de justicia restitutiva, en particular el resarcimiento y la indemnización de las víctimas. Otros Estados Partes deberían beneficiarse de estas experiencias. Por lo que respecta al pleno respeto de los derechos humanos y las garantías legales, el Comité se remite a las partes correspondientes del artículo 40 de la Convención y hace hincapié en lo siguiente:

- La remisión de casos (es decir, medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación o presión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

- El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta. Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años.
- La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.
- Debe darse al niño la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida.
- La remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un período de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia.

Intervenciones en el contexto de procedimientos judiciales

28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase sección D *infra*). Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b)). Esto significa que los Estados Partes

deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad.

29. El Comité recuerda a los Estados Partes que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa. Para que el trato de un niño que tenga conflictos con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien que el niño se convierta en un miembro de pleno derecho de la sociedad a la que pertenece y desempeñe una función constructiva en ella.

C. La edad de los niños que tienen conflictos con la justicia

Edad mínima a efectos de responsabilidad penal

30. Los informes presentados por los Estados Partes ponen de manifiesto la existencia de un amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Varían desde un nivel muy bajo de 7 u 8 años hasta un encomiable máximo de 14 ó 16 años. En un número bastante considerable de Estados Partes hay dos edades mínimas a efectos de responsabilidad penal. Se considerará que los niños que tienen conflictos con la justicia que en el momento de la comisión del delito tuvieran una edad igual o superior a la edad mínima menor, pero inferior a la edad mínima mayor, incurrir en responsabilidad penal únicamente si han alcanzado la madurez requerida a ese respecto. La evaluación de la madurez incumbe al tribunal/magistrado, a menudo sin necesidad de recabar la opinión de un psicólogo, y en la práctica suele resultar en la aplicación de la edad mínima inferior en caso de delito grave. El sistema de dos edades mínimas a menudo no sólo crea confusión, sino que deja amplias facultades discrecionales al tribunal/juez, que pueden comportar prácticas dis-

criminatorias. Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal.

31. En el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención se dispone que los Estados Partes deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, pero no menciona una edad mínima concreta a ese respecto. El Comité entiende que esa disposición crea la obligación para los Estados Partes de establecer una edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP). Esa edad mínima significa lo siguiente:

- Los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal. Incluso niños (muy) jóvenes tienen la capacidad de infringir la ley penal, pero si cometen un delito antes de la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerarse responsables en un procedimiento penal. Si es necesario, podrán adoptarse medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños.
- Los niños que tengan la EMRP en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero tengan menos de 18 años (véanse también los párrafos 35 a 38 *infra*), podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención, según se expresa en la presente observación general.

32. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la EMRP no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal

inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola.

33. Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales. A este respecto, los Estados Partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía la EMRP fijada por la ley cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal.

34. El Comité desea expresar su preocupación por la práctica de prever excepciones a la EMRP, que permite la aplicación de una edad mínima menor a efectos de responsabilidad penal en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro para considerársele responsable penalmente. El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes fijen una EMRP que no permita, a título de excepción, la utilización de una edad menor.

35. Si no se dispone de prueba de la edad y no puede establecerse que el niño tiene una edad igual o superior a la EMRP, no se considerará al niño responsable penalmente (véase también el párrafo 39 *infra*).

El límite de edad superior para la justicia de menores

36. El Comité también desea señalar a la atención de los Estados Partes el límite de edad superior para la aplicación de las normas de la justicia de menores. Esas normas, que son especiales tan-

to por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, deberán aplicarse, a partir de la EMRP establecida en el país, a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18 años.

37. El Comité desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores.

38. Por lo tanto, el Comité recomienda a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción.

39. Por último, el Comité desea subrayar la importancia decisiva de una plena aplicación del artículo 7 de la Convención, en el que se exige, entre otras cosas, que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento con el fin de fijar límites de edad de una u otra manera, que es el caso de todos los Estados Partes. Un niño que no tenga una fecha de nacimiento demostrable es sumamente vulnerable a todo tipo de abusos e injusticias en relación con la familia, la educación y el trabajo, especialmente en el marco del sistema de la justicia de menores. Deberá proporcionarse gratuitamente a todo niño un certificado de nacimiento cuando lo necesite para demostrar su edad. Si no hay prueba de edad, el niño

tiene derecho a que se le haga un examen médico o social que permita establecer de manera fidedigna su edad y, en caso de conflicto o prueba no fehaciente el niño tendrá derecho a la aplicación de la norma del beneficio de la duda.

D. Garantías de un juicio imparcial

40. El párrafo 2 del artículo 40 de la Convención contiene una importante lista de derechos y garantías, que tienen por objeto garantizar que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes reciba un trato justo y sea sometido a un juicio imparcial. La mayoría de esas garantías también se reconocen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, el Pacto), que el Comité de Derechos Humanos examinó y sobre el que formuló comentarios en su Observación general N° 13 (1984) (Administración de justicia), que actualmente está siendo objeto de consideración. Sin embargo, el respeto de esas garantías para los niños tiene algunos aspectos específicos que se expondrán en la presente sección. Antes de hacerlo, el Comité desea subrayar que el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de la justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo (véanse párrafos 6 a 9 *supra*). Teniendo en cuenta que probablemente se hará caso omiso de las niñas en el sistema de la justicia de menores porque sólo representan un pequeño grupo, debe prestarse particular atención a sus necesidades específicas, por ejemplo, en relación con malos tratos

anteriores y sus necesidades especiales en materia de salud. Los profesionales y demás personal deberán actuar, en toda circunstancia, de manera acorde con el fomento del sentido de la dignidad y el valor del niño y que fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y promueva la reintegración del niño y su asunción de una función constructiva en la sociedad (art. 40 1). Todas las garantías reconocidas en el párrafo 2 del artículo 40, que se examinarán a continuación, constituyen normas mínimas, es decir, que los Estados Partes pueden y deben tratar de establecer y observar normas más exigentes, por ejemplo en materia de asistencia jurídica y con respecto a la participación del niño y sus padres en el proceso judicial.

Justicia de menores no retroactiva (artículo 40 2 a)

41. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención se dispone que la regla de que nadie será declarado culpable de haber cometido un delito por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delictivos según las leyes nacionales o internacionales, también es aplicable a los niños (véase también artículo 15 del Pacto). Esto significa que ningún niño puede ser acusado o condenado, a tenor de la legislación penal, por actos u omisiones que en el momento de su comisión no estuvieran prohibidos por las leyes nacionales o internacionales. Teniendo en cuenta que muchos Estados Partes recientemente han reforzado y/o ampliado su legislación penal a efectos de la prevención y lucha contra el terrorismo, el Comité recomienda que los Estados Partes velen por que esos cambios no entrañen un castigo retroactivo o no deseado de los niños. El Comité también desea recordar a los Estados Partes que la regla de que no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, enunciada en el artículo 15 del Pacto, está en relación con el artículo 41 de la Convención, que es aplicable a los niños en los Estados Partes en el Pacto. Ningún niño será castigado con una pena más grave que la aplicable en el momento de haberse cometido la infracción de la ley penal. Si con posterioridad a la comisión del acto se produce un cambio legislativo por el que se impone una pena más leve, el niño deberá beneficiarse de ese cambio.

La presunción de inocencia (artículo 40 2 b) i)

42. La presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos del niño que tenga conflictos con la justicia. Esto significa que la carga de la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación. El niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tendrá el beneficio de la duda y sólo se le declarará culpable de los cargos que se le imputen si éstos han quedado demostrados más allá de toda duda razonable. El niño tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio. Los Estados Partes deben proporcionar información sobre el desarrollo del niño para garantizar que se respete en la práctica esa presunción de inocencia. Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

El derecho a ser escuchado (artículo 12)

43. En el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención se establece que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la legislación nacional.

44. No hay duda de que el derecho de un niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser escuchado es fundamental para un juicio imparcial. También es evidente que el niño tiene derecho a ser escuchado directamente y no sólo por medio de un representante o de un órgano apropiado, si es en el interés superior del niño. Este derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, desde la fase instructora, cuando el niño tiene

derecho tanto a permanecer en silencio como a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez de instrucción, hasta las fases resolutoria y de ejecución de las medidas impuestas. En otras palabras, debe darse al niño la oportunidad de expresar su opinión libremente, y ésta deberá tenerse debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez del niño (art. 12 1), durante todo el proceso de la justicia de menores. Esto significa que el niño, para poder participar efectivamente en el procedimiento, debe ser informado no sólo de los cargos que pesan sobre él (véanse párrafos 47 y 48 *infra*), sino también del propio proceso de la justicia de menores y de las medidas que podrían adoptarse.

45. Se debe dar al niño la oportunidad de expresar su opinión sobre las medidas (sustitutivas) que podrían imponerse, y deberán tenerse debidamente en cuenta los deseos o preferencias que el niño pueda tener al respecto. Afirmar que el niño es responsable con arreglo a la ley penal supone que tiene la capacidad y está en condiciones de participar efectivamente en las decisiones relativas a la respuesta más apropiada que debe darse a las alegaciones de que ha infringido la ley penal (véase párrafo 46 *infra*). Huelga decir que incumbe a los jueces adoptar las decisiones. Pero el hecho de tratar al niño como objeto pasivo supone no reconocer sus derechos y no contribuye a dar una respuesta eficaz a su comportamiento. Esta afirmación también es aplicable a la ejecución de la medida impuesta. Las investigaciones demuestran que la participación activa del niño en la ejecución de las medidas contribuirá, la mayoría de las veces, a un resultado positivo.

El derecho a una participación efectiva en los procedimientos (artículo 40 2 b) iv)

46. Para que un juicio sea imparcial es preciso que el niño de quien se alega que ha infringido las leyes penales o a quien se acusa de haber infringido esas leyes pueda participar efectivamente en el juicio y para ello necesita comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y penas, a fin de que su representante legal pueda impugnar testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones

apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan. El artículo 14 de las Reglas de Beijing estipula que el procedimiento se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente. La edad y el grado de madurez del niño también pueden hacer necesario modificar los procedimientos y las prácticas judiciales.

Información sin demora y directa de los cargos (artículo 40 2 b) ii)

47. Todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes tiene derecho a ser informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él. Sin demora y directamente significan lo antes posible, es decir, cuando el fiscal o el juez inicien las actuaciones judiciales contra el niño. Sin embargo, cuando las autoridades deciden ocuparse del caso sin recurrir a procedimientos judiciales, el niño también debe ser informado de los cargos que puedan justificar este criterio. Esta exigencia forma parte de la disposición contenida en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención en el sentido de que se deberán respetar plenamente las garantías legales. El niño deberá ser informado en unos términos que pueda comprender. Para ello podrá requerirse que la información se presente en un idioma extranjero, pero también una “traducción” de la jerga jurídica oficial que a menudo se usa en las imputaciones penales contra menores en un lenguaje que el niño pueda comprender.

48. A menudo no basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que puede requerirse una explicación oral. Las autoridades no deben dejar esta tarea a cargo de los padres o los representantes legales o de quien preste asistencia jurídica o de otro tipo al niño. Incumbe a las autoridades (es decir, policía, fiscal, juez) asegurarse de que el niño comprende cada cargo que pesa contra él. El Comité opina que la facilitación de esa información a los padres o los representantes legales no debe excluir su comunicación al niño. Lo más apropiado es que tanto el niño como los padres o los representantes legales reciban la información de manera que puedan comprender los cargos y las posibles consecuencias.

Asistencia jurídica u otra asistencia apropiada (artículo 40 2 b) ii))

49. Debe garantizarse al niño asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. En la Convención se dispone que se proporcionará al niño asistencia, que no tendrá por qué ser siempre jurídica, pero sí apropiada. Queda a la discreción de los Estados Partes determinar cómo se facilitará esa asistencia, la cual deberá ser gratuita. El Comité recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos. Es posible otra asistencia apropiada (por ejemplo, de asistentes sociales), si bien esas personas deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los diversos aspectos jurídicos del proceso de la justicia de menores y haber recibido formación para trabajar con niños que tengan conflictos con la justicia.

50. Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, el niño y la persona que le preste asistencia debe disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Las comunicaciones entre el niño y la persona que le asiste, bien sea por escrito u oralmente, deberán realizarse en condiciones que garanticen que se respetará plenamente su confidencialidad, de conformidad con lo previsto en el inciso vii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención, y el derecho del niño a no ser objeto de injerencias en su vida privada y su correspondencia (artículo 16 de la Convención). Varios Estados Partes han formulado reservas con respecto a esta garantía (artículo 40 2 b) ii) de la Convención), aparentemente partiendo del supuesto de que sólo se requiere la prestación de asistencia jurídica y, por lo tanto, los servicios de un abogado. No es así, y dichas reservas pueden y deben retirarse.

Decisiones sin demora y con la participación de los padres (artículo 40 2 b) iii))

51. Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido

entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado. A ese respecto, el Comité también se refiere al apartado d) del artículo 37 de la Convención, a tenor del cual todo niño privado de su libertad tendrá derecho a una pronta decisión sobre su acción para poder impugnar la legalidad de la privación de su libertad. El término “pronta” es más fuerte -lo que se justifica dada la gravedad de la privación de libertad- que el término “sin demora” (artículo 40 2 b) iii) de la Convención), que a su vez es más fuerte que la expresión “sin dilaciones indebidas”, que figura en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

52. El Comité recomienda que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos. Pero al mismo tiempo, las decisiones que se adoptan sin demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales. En este proceso de pronta adopción de decisiones, deben estar presentes quienes presten asistencia jurídica u otra asistencia apropiada. Esta presencia no se limitará al juicio ante un tribunal u otro órgano judicial, sino que se aplica también a todas las demás fases del proceso, a partir del interrogatorio del niño por la policía.

53. Los padres u otros representantes legales también deberán estar presentes en el proceso porque pueden prestar asistencia psicológica y emotiva general al niño. La presencia de los padres no significa que éstos puedan actuar en defensa del niño o participar en el proceso de adopción de decisiones. Sin embargo, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra representación apropiada, o porque no vaya en el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención), limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento.

54. El Comité recomienda que los Estados Partes dispongan expresamente por ley la mayor participación posible de los padres o los representantes legales en el procedimiento incoado contra el niño. Esta participación generalmente contribuirá a que se dé una respuesta eficaz a la infracción de la legislación penal por el niño. A fin de promover la participación de los padres, se notificará a éstos la detención del niño lo antes posible.

55. Al mismo tiempo, el Comité lamenta la tendencia observada en algunos países a introducir el castigo de los padres por los delitos cometidos por sus hijos. La responsabilidad civil por los daños derivados del acto de un niño puede ser apropiada en algunos casos limitados, en particular cuando se trate de niños de corta edad (que tengan menos de 16 años). Sin embargo, la criminalización de los padres de niños que tienen conflictos con la justicia muy probablemente no contribuirá a una participación activa de los mismos en la reintegración social de su hijo.

***Decisiones sin demora y con la participación de los padres
(artículo 40 2 b) iv)***

56. En armonía con lo establecido en el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, la Convención dispone que no se obligará a un niño a prestar testimonio o a confesarse o declararse culpable. Esto significa, en primer lugar -y desde luego- que la tortura, o el trato cruel, inhumano o degradante para extraer una admisión o una confesión constituye una grave violación de los derechos del niño (artículo 37 a) de la Convención) y totalmente inaceptable. Ninguna admisión o confesión de ese tipo podrá ser invocada como prueba (artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

57. Hay muchos otros medios menos violentos de obligar o inducir al niño a una confesión o a un testimonio autoinculpatorio. El término “obligado” debe interpretarse de manera amplia y no limitarlo a la fuerza física u otra vulneración clara de los derechos humanos. La edad o el grado de desarrollo del niño, la duración del interrogatorio, la falta de comprensión por parte del niño, el te-

mor a consecuencias desconocidas o a una presunta posibilidad de prisión pueden inducirle a confesar lo que no es cierto. Esa actitud puede ser aún más probable si se le promete una recompensa como “podrás irte a casa en cuanto nos digas la verdad”, o cuando se le prometen sanciones más leves o la puesta en libertad.

58. El niño sometido a interrogatorio debe tener acceso a un representante legal u otro representante apropiado y poder solicitar la presencia de sus padres. Deberá hacerse una investigación independiente de los métodos de interrogatorio empleados para velar por que los testimonios sean voluntarios y no resultado de la coacción, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y que sea creíble. El tribunal u otro órgano judicial, al considerar el carácter voluntario y la fiabilidad de una admisión o confesión hecha por un niño, deberá tener en cuenta la edad de éste, el tiempo que ha durado la detención y el interrogatorio y la presencia de un abogado u otro asesor jurídico, los padres, o representante independientes del niño. Los policías y otros agentes encargados de la investigación deberán haber sido entrenados para no emplear técnicas y prácticas de interrogatorio de las que se deriven confesiones o testimonios poco creíbles y hechos bajo coacción.

Presencia y examen de testigos (artículo 40 2 b) iv)

59. La garantía reconocida en el inciso iv) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención pone de relieve que debe observarse el principio de igualdad entre las partes (es decir, condiciones de igualdad o paridad entre la defensa y la acusación) en la administración de la justicia de menores. La expresión “interrogar o hacer que se interrogue” hace referencia a la existencia de distinciones en los sistemas jurídicos, especialmente entre los juicios acusatorios y los juicios inquisitorios. En estos últimos, el acusado a menudo puede interrogar a los testigos, si bien rara vez se hace uso de ese derecho, quedando esa tarea a cargo del abogado o, en el caso de los niños, de otro órgano apropiado. Sin embargo, sigue siendo importante que el abogado u otro representante informe al niño acerca de la posibilidad de interrogar a los testigos y de que puede expresar sus opiniones a este respecto, las

cuales se tendrán debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño (art. 12).

El derecho de apelación (artículo 40 2 b) v))

60. El niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia. Esta garantía es análoga a la formulada en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El derecho de apelación no se limita a los delitos más graves.

61. Ésta parece ser la razón por la que bastantes Estados Partes han formulado reservas con respecto a esta disposición a fin de limitar el derecho de apelación del niño a los delitos más graves y a las sentencias de prisión. El Comité recuerda a los Estados Partes en el Pacto que el párrafo 5 del artículo 14 de éste contiene una disposición análoga. En relación con el artículo 41 de la Convención, a tenor de ese artículo se deberá reconocer a todo niño procesado el derecho de apelar contra la sentencia. El Comité recomienda que los Estados Partes retiren sus reservas a la disposición contenida en el inciso v) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 40 de la Convención.

Asistencia gratuita de un intérprete (artículo 40 2 vi))

62. Si un niño no comprende o no habla el idioma utilizado por el sistema de justicia de menores tiene derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete. Esta asistencia no deberá limitarse a la vista oral, sino que también se prestará en todos los pasos del proceso. También es importante que se haya capacitado al intérprete para trabajar con niños, debido a que el uso y la comprensión de su lengua materna podría ser diferente de los adultos. La falta de conocimientos y/o de experiencias a ese respecto podría impedir que el niño comprendiera cabalmente las preguntas que se le

hicieran y dificultar el ejercicio de su derecho a un juicio imparcial y a una participación efectiva. La condición que empieza con “si”, a saber, “si no comprende o no habla el idioma utilizado”, significa que un niño de origen extranjero o étnico, por ejemplo, que además de su lengua materna comprende y habla el idioma oficial, no tiene necesidad de que se le proporcione gratuitamente los servicios de un intérprete.

63. El Comité también desea señalar a la atención de los Estados Partes los niños que tienen problemas del habla y otras discapacidades. De acuerdo con el espíritu del inciso vi) del párrafo 2 del artículo 40, y de conformidad con las medidas de protección especial previstas en el artículo 23 para los niños con discapacidades, el Comité recomienda que los Estados Partes proporcionen a los niños con problemas del habla u otras discapacidades asistencia adecuada y efectiva por medio de profesionales especializados, por ejemplo en el lenguaje de los signos, cuando sean objeto de un proceso de justicia de menores (a este respecto, véase también la Observación general N° 9 (Los derechos de los niños con discapacidad) del Comité de los Derechos del Niño).

Pleno respeto de la vida privada (artículos 16 y 40 2 b) vii))

64. El derecho de un niño a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento se inspira en el derecho a la protección de la vida privada proclamado en el artículo 16 de la Convención. “Todas las fases del procedimiento” comprenden desde el primer contacto con los agentes de la ley (por ejemplo, petición de información e identificación) hasta la adopción de una decisión definitiva por una autoridad competente o el término de la supervisión, la libertad vigilada o la privación de libertad. En este contexto, el objetivo es evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación causen daño. No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben

ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que tenga conflictos con la justicia deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y, cuando sea necesario (por ejemplo en caso de reincidencia), con sanciones penales.

65. Con el fin de proteger la vida privada del niño, rige en la mayoría de los Estados Partes la norma -algunas veces con posibles excepciones- de que la vista de una causa contra un niño acusado de haber infringido las leyes penales debe tener lugar a puerta cerrada. De acuerdo con esa norma, pueden estar presentes expertos u otros profesionales que hayan recibido un permiso especial de la corte. El juicio público en la justicia de menores sólo debe ser posible en casos muy precisos y previa autorización por escrito del tribunal. Esa decisión deberá poder ser apelada por el niño.

66. El Comité recomienda que todos los Estados Partes establezcan la regla de que el juicio ante un tribunal y otras actuaciones judiciales contra un niño que tenga conflictos con la justicia se celebren a puerta cerrada. Las excepciones a esta regla deben ser muy limitadas y estar claramente definidas por la ley. El veredicto/sentencia deberá dictarse en audiencia pública sin revelar la identidad del niño. El derecho a la vida privada (art. 16) exige que todos los profesionales que intervengan en la ejecución de las medidas decididas por el tribunal u otra autoridad competente mantengan confidencial, en todos sus contactos externos, toda la información que pueda permitir identificar al niño. Además, el derecho a la vida privada también significa que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros, excepto por las personas que participen directamente en la investigación y resolución del caso. Con miras a evitar la estigmatización y/o los prejuicios, los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente

(véanse las Reglas de Beijing Nos. 21.1 y 21.2), o como base para dictar sentencia en esos procesos futuros.

67. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños delincuentes cuando éstos cumplan 18 años, o, en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño, a petición de éste, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la última condena).

E. Medidas (véase también el capítulo IV, sección B *supra*)

Medidas alternativas a la sentencia

68. La decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal. De acuerdo con las observaciones formuladas en la sección B, el Comité desea subrayar que las autoridades competentes -el fiscal, en la mayoría de los Estados- deben considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. En otras palabras, deben desplegarse esfuerzos continuos para concluir la causa de una manera apropiada ofreciendo medidas como las mencionadas en la sección B. La naturaleza y la duración de las medidas propuestas por la fiscalía pueden ser más severas, por lo que será necesario proporcionar al menor asistencia jurídica u otra asistencia apropiada. La adopción de la medida de que se trate deberá presentarse al menor como una manera de suspender el procedimiento penal de menores, al que se pondrá fin si la medida se ha llevado a cabo de manera satisfactoria.

69. En este proceso de oferta por el fiscal de alternativas al pronunciamiento de una sentencia por el tribunal, deberán respetarse escrupulosamente los derechos humanos y las garantías procesales que asisten al menor. En este sentido, el Comité se remite a las recomendaciones que figuran en el párrafo 27 *supra*, que también son aplicables a estos efectos.

Disposiciones adoptadas por el juez/tribunal de menores

70. Tras la celebración de un juicio imparcial y con las debidas garantías legales, de conformidad con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (véase capítulo IV, sec. D *supra*), se adopta una decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al menor al que se haya declarado culpable de un delito. Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención).

71. El Comité desea subrayar que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención (véanse párrafos 5 a 14 *supra*). El Comité reitera que las penas de castigos corporales son contrarias a estos principios y al artículo 37, en el que se prohíben toda forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (véase también la Observación general N° 8 (2006) del Comité -El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes). Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones. En el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social.

72. El Comité observa que si la aplicación de una disposición penal depende de la edad del menor y las pruebas de la edad son contradictorias, refutables o poco fidedignas, el menor tendrá derecho a que se le aplique la norma del beneficio de la duda (véanse también párrafos 35 y 39 *supra*).

73. Se dispone de amplia experiencia en el uso y la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad y la internación en instituciones. Los Estados Partes deberían aprovechar esa experiencia y desarrollar y aplicar dichas alternativas adaptándolas a su cultura y tradiciones. Huelga decir que debe prohibirse expresamente toda medida que comporte trabajo forzoso, tortura o tratos inhumanos o degradantes, y que deberá enjuiciarse a los responsables de esas prácticas ilegales.

74. Tras estas observaciones generales, el Comité desea señalar a la atención las medidas prohibidas en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención, y la privación de libertad.

Prohibición de pena capital

75. En el apartado a) del artículo 37 de la Convención se reafirma la norma internacionalmente aceptada (véase, por ejemplo, artículo 6 5 del Pacto) de que no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por menores de 18 años. A pesar de la claridad del texto, algunos Estados Partes presuponen que esa norma prohíbe únicamente la ejecución de menores de 18 años. Sin embargo, el criterio explícito y decisivo que inspira esa norma es la edad en el momento de la comisión del delito, lo que significa que no se impondrá la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena.

76. El Comité recomienda al reducido número de Estados Partes que aún no lo han hecho a abolir la pena capital para todos los delitos cometidos por menores de 18 años y a suspender la ejecución de todas las sentencias a la pena capital pronunciadas contra esas personas hasta que se hayan promulgado las medidas legislativas necesarias para abolir la aplicación de la pena capital a meno-

res. La pena de muerte deberá conmutarse por otra pena que sea plenamente compatible con la Convención.

Ninguna condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional

77. No se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito. Con respecto a las sentencias dictadas contra menores, la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico. En este sentido, el Comité se remite al artículo 25 de la Convención, donde se proclama el derecho a un examen periódico para todos los niños que hayan sido internados para los fines de atención, protección o tratamiento. El Comité recuerda a los Estados Partes en los que se condenan a menores a la pena de cadena perpetua con la posibilidad de la puesta en libertad o de libertad condicional que esta pena debe estar plenamente en armonía con los objetivos de la justicia de menores consagrados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención y fomentar su consecución. Esto significa, entre otras cosas, que el menor condenado a esta pena debe recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. También requiere que se examinen de manera periódica el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad. Teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, el Comité recomienda firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años.

F. Privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la sentencia

78. En el artículo 37 de la Convención se enuncian los principios fundamentales que rigen la privación de libertad, los derechos

procesales de todo menor privado de libertad, y las disposiciones relativas al trato y las condiciones aplicables a los menores privados de libertad.

Principios básicos

79. Los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.

80. El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención. Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces (véase capítulo IV, sec. B *supra*) para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no “ampliar la red” de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva. El hecho de utilizar esta medida como castigo atenta contra la presunción de inocencia. La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el menor debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el menor constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico.

81. El Comité recomienda que los Estados Partes velen por que se ponga en libertad, lo antes posible, a los menores que se encuentren en prisión preventiva, a reserva de ciertas condiciones si

fuera necesario. Toda decisión relativa a la prisión preventiva, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

Derechos procesales (artículo 37 d)

82. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

83. Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación.

84. El derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad no sólo incluye el derecho de apelación, sino también el derecho a dirigirse a un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuando la privación de libertad haya sido una decisión administrativa (por ejemplo, la policía, el fiscal u otra autoridad competente). El derecho a una pronta

decisión significa que la decisión debe adoptarse lo antes posible, por ejemplo, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha de la impugnación.

Tratamiento y condiciones (artículo 37 c)

85. Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos. Hay muchas pruebas de que el internamiento de niños en prisiones u otros centro de detención de adultos pone en peligro tanto su seguridad básica y bienestar como su capacidad futura de no reincidencia y de reintegración social. La excepción contemplada en el párrafo c) del artículo 37 de la Convención, en el sentido de que la separación deberá efectuarse “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, debe interpretarse de manera restrictiva; la alusión al interés superior del niño no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes. Éstos deberán crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales en favor de los menores.

86. Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro.

87. Todo niño privado de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas. Para facilitar las visitas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no quedar a la discreción de las autoridades competentes.

88. El Comité señala a la atención de los Estados Partes las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su re-

solución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. El Comité insta a los Estados Partes a aplicar plenamente esas reglas, teniendo en cuenta al mismo tiempo, cuando proceda, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (véase también la regla 9 de las Reglas de Beijing). A este respecto, el Comité recomienda que los Estados Partes incorporen esas reglas en sus leyes y reglamentos nacionales y las difundan en los idiomas nacionales o regionales correspondientes, entre todos los profesionales, ONG y voluntarios que participen en la administración de la justicia de menores.

89. El Comité quiere destacar que, en todos los casos de privación de libertad, son aplicables, entre otros, los siguientes principios y normas:

- El medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento.
- Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Además, siempre que sea posible, tiene derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo.
- Todo menor tiene derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores/correccional y a recibir atención médica adecuada durante su estancia en el centro, cuando sea posible, en servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad.
- El personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del menor con la comunidad en general, en particular comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la oportunidad de visitar su hogar y su familia.
- Sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando el menor represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. El uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de

esos medios como castigo. Deberá informarse al personal del centro de las normas aplicables, y se sancionará adecuadamente a los que hagan uso de la coerción o la fuerza vulnerando esas normas.

- Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; deben prohibirse terminantemente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, en particular los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor.
- Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta; los niños deben tener conocimiento de estos mecanismos y poder acceder a ellos fácilmente.
- Deberá facultarse a inspectores calificados e independientes para efectuar visitas periódicas y para hacerlas sin previo aviso por propia iniciativa; deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones con los menores en condiciones de confidencialidad.

V. LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES

90. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

91. En la presente observación general se han expuesto las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos. Queda a la discreción de los Estados Partes las demás disposiciones, lo cual también se aplica a la forma de esas leyes y procedimientos. Podrán establecerse en capítulos especiales de los instrumentos generales del derecho penal y procesal, o reunirse en una ley independiente sobre la justicia de menores.

92. Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

93. El Comité recomienda que los Estados Partes establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes. Cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, los Estados Partes velarán por que se nombre a jueces o magistrados especializados de menores.

94. Asimismo, deben establecerse servicios especializados, por ejemplo, de libertad vigilada, de asesoramiento de supervisión, y también centros especializados, como centros diurnos y, según proceda, centros de atención y tratamiento de menores delincuentes en régimen de internado. En un sistema de justicia de menores de este tipo deberá fomentarse de manera continua la coordinación efectiva de las actividades de todas estas unidades, servicios y centros especializados.

95. De muchos informes de los Estados Partes se desprende claramente que las ONG pueden desempeñar, y de hecho desempeñan, un importante papel no sólo de prevención de la delincuencia juvenil, sino también en la administración de la justicia de menores. Por consiguiente, el Comité recomienda que los Estados Partes traten de que esas organizaciones participen activamente en la elaboración y aplicación de sus políticas generales de justicia de menores y les faciliten los recursos necesarios para ello.

VI. CONCIENCIACIÓN Y FORMACIÓN

96. Los medios de comunicación suelen transmitir una imagen negativa de los niños que delinquen, lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general. Esta representación negativa o criminalización de los menores delincuentes suele basarse en una distorsión y/o deficiente comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, con las consiguientes peticiones periódicas de medidas más estrictas.

tas (por ejemplo, tolerancia cero, cadena perpetua al tercer delito de tipo violento, sentencias obligatorias, juicios en tribunales para adultos y otras medidas esencialmente punitivas). Para crear un ambiente más propicio a una mejor comprensión de las causas básicas de la delincuencia juvenil y a un planteamiento de este problema social basado en los derechos, los Estados Partes deben llevar a cabo, promover y/o apoyar campañas educativas y de otro tipo para que se tomen conciencia de la necesidad y la obligación de tratar al menor del que se alegue que ha cometido un delito con arreglo al espíritu y la letra de la Convención. En este sentido, los Estados Partes deben recabar la colaboración activa y positiva de los parlamentarios, las ONG y los medios de comunicación y respaldar sus esfuerzos encaminados a lograr una mejor comprensión de la necesidad de dispensar un trato a los niños que tienen o han tenido conflictos con la justicia basado en los derechos. Es fundamental que los niños, sobre todo los que ya han pasado por el sistema de la justicia de menores, participen en esta labor de concienciación.

97. La calidad de la administración de la justicia de menores depende decisivamente de que todos los profesionales que participan, entre otras cosas, en las labores de orden público y las actuaciones judiciales, reciban una capacitación adecuada que les informe del contenido y el significado de las disposiciones de la Convención, y en particular de las que están directamente relacionadas con su labor cotidiana. Esta capacitación debe ser sistemática y continua, y no debe limitarse a informar de las disposiciones legales nacionales e internacionales aplicables en la materia. También debe incluir información, entre otras cosas, sobre las causas sociales y de otro tipo de la delincuencia juvenil, los aspectos psicológicos y de otra índole del desarrollo de los niños (prestando especial atención a las niñas y a los menores indígenas o pertenecientes a minorías), la cultura y las tendencias que se registran en el mundo de los jóvenes, la dinámica de las actividades en grupo, y las medidas disponibles para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia, en particular medidas que no impliquen el recurso a procedimientos judiciales (véase capítulo IV, sec. B *supra*)

VII. RECOPIACIÓN DE DATOS, EVALUACIÓN E INVESTIGACIÓN

98. Preocupa profundamente al Comité la falta de datos desglosados, ni siquiera básicos, sobre cuestiones como el número y el tipo de delitos cometidos por los menores, la utilización de la prisión preventiva y el promedio de su duración, el número de menores a los que se han aplicado medidas distintas de los procedimientos judiciales (remisión de casos), el número de niños condenados y el tipo de penas que se les han impuesto. El Comité insta a los Estados Partes a recopilar sistemáticamente datos desglosados sobre la administración de la justicia de menores, que son necesarios para la elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de prevención y de respuesta efectiva, de conformidad con los principios y disposiciones de la Convención.

99. El Comité recomienda que los Estados Partes evalúen periódicamente, preferentemente por medio de instituciones académicas independientes, el funcionamiento práctico de su justicia de menores, en particular la eficacia de las medidas adoptadas, incluidas las relativas a la discriminación, la reintegración social y la reincidencia. La investigación de cuestiones como las disparidades en la administración de la justicia de menores que comporten discriminación, y las novedades en ese ámbito, por ejemplo programas efectivos de remisión de casos o nuevas actividades de delincuencia juvenil, indicará en qué aspectos clave se han logrado resultados positivos y en cuáles la situación es preocupante. Es importante que los menores participen en esa labor de evaluación e investigación, en particular los que han estado en contacto con partes del sistema de justicia de menores. Debe respetarse y protegerse plenamente la intimidad de esos menores y la confidencialidad de su cooperación. A ese respecto el Comité señala a la atención de los Estados Partes las actuales directrices internacionales sobre la participación de niños en la investigación.

El castigo corporal contra las niñas, niños y adolescentes

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Relatoría sobre los derechos de la niñez
Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas,
niños y adolescentes
OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 14, 5 agosto 2009

[...] IV. DEFINICIONES

A. El niño⁶ en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

12. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no define el término niño. Por tanto, conforme lo prevé el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplica el concepto establecido en el Derecho Internacional, concretamente en el artí-

⁶ En este documento se utiliza la definición de niño para referirse en forma indistinta a: infante, niña, niño y adolescente.

⁷ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados artículo 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo

culo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸ adoptada en 1989 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que define como niña, niño o adolescente a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁹.

13. En virtud de lo anterior, la Corte¹⁰ y la Comisión¹¹ Interamericanas de Derechos Humanos han establecido que la definición de niña o niño se sustenta en lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹². La Corte Interamericana precisó en su Opinión Consultiva 17 que el término niño “abarca, evidentemente, las niñas, niños y adolescentes”¹³ y que,

Tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad¹⁴.

acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>.

⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 4 (2003), CRC/GC/2003/4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el concepto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 1.

¹⁰ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, capítulo V.

¹¹ CIDH, *Informe Anual 1991*, capítulo IV.

¹² Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

¹³ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, nota 45.

¹⁴ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 42.

B. Castigo Corporal

14. La CIDH hace suya la definición propuesta por el Comité de Derechos del Niño que en su Observación General N° 8 adoptada en el 2006, definió el castigo “corporal” o “físico” como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto -azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes). El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante”¹⁵. La definición planteada por el Comité de los Derechos del Niño contiene dos elementos que permiten distinguir claramente el castigo corporal del maltrato o los malos tratos. En tal sentido, se observan dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en la intención de corregir, disciplinar o castigar el comportamiento de la niña, niño o adolescente. El segundo elemento de carácter objetivo se configura con el uso de la fuerza física. La convergencia de estos dos elementos configuran al castigo corporal como una práctica que vulnera los derechos humanos de los niños.

15. Adicionalmente, el Comité observó que hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, del 21 de agosto de 2006, párrafo 11. Adicionalmente, en la Observación General 8 en el párrafo 11, el Comité también señaló que “hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño”.

degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se “menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño”¹⁶. Sobre la Observación General N° 8 del Comité de Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que esta tiene “el objetivo de orientar a los Estados acerca de la interpretación de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de eliminar la violencia contra los niños. En este sentido, definió los conceptos de “castigo corporal” y “otras formas de castigos crueles o degradantes, indicando que ambos son incompatibles con dicha Convención, ya sea que éstos se ejerciten en el hogar, la familia o cualquier otro entorno”¹⁷.

V. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL EN MATERIA DE NIÑEZ

A. Reconocimiento del niño como sujeto de derecho y la noción de *corpus juris*

16. La existencia de un *corpus juris* en materia de niñez significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas y los niños. En el sistema interamericano la Comisión realizó las primeras referencias expresas al artículo 19 de la Convención Americana¹⁸ y fue hasta el año 1999

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, del 21 de agosto de 2006, párrafo 11.

¹⁷ Corte I.D.H., Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: Otros Asuntos <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf>; Citando a la O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes. 42 período de sesiones (2006). Ginebra, 15 de mayo a 2 de Junio de 2006. UN Doc, CRC/C/GC/8 (2006), párrafos 11 y 12.

¹⁸ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala* OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 1985. En referencia a los primeros informes sobre violación del derecho a la vida, la integridad personal, a la lib-

que la Corte explicitó la idea de la existencia de un *corpus juris* de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia¹⁹. Esta idea había sido desarrollada por la CIDH al decir,

Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema. Esta integración del sistema regional con el sistema universal de los derechos humanos, a los efectos de interpretar la Convención, encuentra su

ertad personal de niños se puede consultar: CIDH, *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, de 29 de octubre de 2008, OEA/Ser.L/V/II.133. Doc. 34, párrafo 65. Conforme al artículo 27 de la Convención, esta obligación relativa a los derechos del niño no es suspendible ni aun en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Ver también: CIDH, *Informe Anual 1991* Capítulo VI Fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos; e *Informe Anual 1992-93*, Capítulo V Situación de los menores en el Hemisferio. [Ver, entre otros, el *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997, el *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997. También el *Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala* donde se menciona el caso seguido por la muerte del joven Ansträum Villagrán Morales, si bien no contiene una referencia específica al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 de junio 1993. Hay no obstante informes de país sobre la situación de los derechos de los niños que no mencionan el art. 19 de la Convención Americana (por ejemplo, el *Informe sobre la República Dominicana de 1999*). Por otro lado, el *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado* invoca el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece las medidas especiales de protección para los niños en OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000] (Beloff, Mary, Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, páginas 368 y 669.)

¹⁹ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana y en la práctica reiterada de la Corte y de la Comisión en esta materia²⁰.

17. Por su parte, la Corte estableció que la Convención Americana y la CDN forman parte de un *corpus juris* internacional de protección de los derechos de las personas menores de 18 años de edad. Ello significa que existe una conexión sustantiva entre ambas normas, que obliga a su aplicación conjunta²¹. Así, la Corte sostuvo que sobre derechos humanos de los niños y las niñas,

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana²².

18. El reconocimiento de este *corpus juris* implica una reconceptualización del deber de protección especial antes mencionado. Así la CIDH indicó lo siguiente,

[...] el respeto a los derechos del niño constituye un valor fundamental de una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no sólo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban antiguamente la concepción doctrinaria y legal sobre el contenido de tales derechos,

²⁰ CIDH, Informe No. 41/99, caso 11.491, Menores detenidos contra Honduras, de 10 de marzo de 1999, párrafo 72.

²¹ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194; ver también: *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 148; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, el que explícitamente en su párrafo 166 señala lo siguiente: Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio corpus juris internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

²² Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

sino que, adicionalmente, significa reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones²³. 19. La Corte ha subrayado que la existencia del denominado *corpus juris* es el resultado de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento del niño y la niña como sujeto de derecho. Por tanto, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad de 1990) además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general²⁴.

20. Desde esta perspectiva, la Corte ha analizado los casos sobre derechos humanos de las niñas y niños aplicando el *corpus juris* en materia de niñez, siguiendo el siguiente razonamiento:

Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Pro-

²³ *Ibidem*, También ver CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, 1999, cap. XIII, párrafo 1; Informe No. 33/04 Jaitlon Neri Da Fonseca (Brasil), Caso 11.634, 11 de marzo de 2004, párrafo 80.

²⁴ La Corte ha establecido que “el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”. Corte I.D.H., OC-16 El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso, 1 de octubre de 1999, párrafo 115.

toloco Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar²⁵.

21. Resulta pertinente precisar que la existencia de un *corpus juris* no sólo incluye el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño sino también las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato. Tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños.

B. El interés superior del niño en las obligaciones especiales de protección de los Estados contra actos de violencia

22. El artículo 19 de la Convención Americana establece que:

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

23. Este artículo define una esfera de protección de los derechos humanos de las niñas, los niños y los adolescentes que conlleva la existencia de obligaciones especiales, complementarias y adicio-

²⁵ Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 166; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194; y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 24.

nales de protección a cargo de los Estados. La protección especial se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar medidas positivas y preventivas teniendo en cuenta las condiciones especiales del niño; vale decir, la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño y su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y por tanto justifica la adopción de medidas especiales.

24. El Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 8 ha señalado que la interpretación de lo que se entiende por el interés superior del niño debe ser compatible con toda la Convención, incluidos la obligación de proteger a los niños contra toda forma de violencia. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la CIDH observa que la utilización del castigo corporal de niñas, niños y adolescentes además de ser contrario al respeto de los derechos humanos, expresa una concepción del niño como objeto y no como sujeto de derechos, que los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales deben revertir²⁶.

25. En la misma dirección, la Comisión considera que, a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma Convención sobre los Derechos del Niño, por *interés superior del niño* debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos. En otros términos: todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad tendrán que tener en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos. Así lo ha entendido la Corte Interamericana al afirmar que,

(...) la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, del 21 de agosto de 2006, párrafo 26.

desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptara para atender ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella²⁷.

26. La Corte Interamericana ha señalado que “la Convención sobre los Derechos del Niño establece altos estándares para la protección del niño contra la violencia, en particular en los artículos 19 y 28, así como en los artículos 29, 34, 37, 40, y otros, [...] tomando en cuenta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3 y 12”²⁸.

27. Las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño señaladas por la Corte Interamericana establecen:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

²⁷ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 53 y 137/6. En su punto resolutivo N° 8 retoma esta idea estableciendo que: [...] la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

²⁸ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 89, citando *Committee on the Rights of the Child, Report of its Twenty-Eight Session*, 28.11.2001, CRC/C/111, párrafo 678.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares²⁹.

Artículo 3

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los 11 derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

²⁹ En cuanto al principio de no discriminación, éste ha sido analizado por el Comité de Derechos del Niño en varias ocasiones, *cfr., inter alia*, Informe del Comité de Derechos del Niño sobre Paraguay, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño sobre Guatemala, 2001; e Informe del Comité de Derechos del Niño sobre Belice, 1999.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 28

2. los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; [...] c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

28. Del conjunto de disposiciones precedentes, se desprende que desde la perspectiva del interés superior del niño y el *corpus juris*, los Estados, las sociedades y la familia deben prevenir y evitar por todos los medios posibles, toda forma de violencia, incluidos los castigos corporales, y otras prácticas tradicionales nocivas para la integridad personal de los niños en todos los entornos³⁰. La incorporación de los principios fundamentales en materia de niñez que se encuentran consagradas en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como son: el principio de no discriminación, el principio de participación, el principio del desarrollo y supervivencia del niño y el principio del interés superior del niño están presentes en las decisiones adoptadas en el sistema regional. A modo ilustrativo, cabe mencionar que una de las primeras referencias al principio del interés superior del niño en las decisiones de la Comisión, se encuentra en su *Informe Anual de 1997*, en el cual estableció que en todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño³¹.

29. Así también, la Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niñas, niños y adolescentes³² conforme lo prevé la Convención Americana

³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, del 21 de agosto de 2006, párrafos 20 – 50.

³¹ CIDH. *Informe Anual 1997*. Capítulo VII. Recomendaciones a los Estados miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³² Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafo 134. Ver también *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 146; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 85, párrafo 162, y *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 133.

y numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional. Así también, enfatizó que “ la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”³³. Así, en el Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, la Corte sostuvo que:

El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³⁴. Asimismo, la Corte indicó que el artículo 19 de la Convención debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial³⁵.

30. Teniendo en cuenta el interés superior del niño y las obligaciones estatales que de este derivan, en otros casos contenciosos y asuntos relacionados con medidas provisionales la Corte ha ordenado la adopción de medidas dirigidas a proteger la integridad psicológica de niños a fin de evitar daños irreparables³⁶. Así, ha rei-

³³ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 62.

³⁴ Corte, I.D.H. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota 72, párrafo 56. Cfr. también, *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 3, párrafo 244; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 9, párrafo 152; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 63, párrafo 163.

³⁵ Corte I.D.H., *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrafo 133.

³⁶ Corte I.D.H., *Asunto Reggiardo Tolosa* respecto Argentina. Relacionadas con una solicitud de medidas provisionales. Resolución de 19 de enero de 1994. Esta solicitud de medidas se dirigían a proteger *la integridad psíquica de los menores Gonzalo Xavier y Matías Angel...* “ cuyos verdaderos apellidos son Reggiardo Tolosa quienes nacieron en abril de 1977 durante el cautiverio de su madre y fueron inmediatamente apropiados y luego inscritos como hijos propios de Samuel Miara, ex sub-comisario de la Policía Federal y de su esposa Beatriz Alicia Castillo.

terado la necesidad de que los Estados adopten medidas especiales de protección desde el principio del interés superior del niño³⁷ a fin de que alcancen una vida digna³⁸; y ha entendido que esta protección especial “debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”³⁹.

31. Resumiendo, conforme a la doctrina internacional establecida en materia de niñez, que se sustenta en las necesidades y el principio del interés superior, los Estados tienen la obligación de “tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos castigo corporal y otros tipos de violencia, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales” a fin de asegurarles el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos⁴⁰. [...]

VII. EL CASTIGO CORPORAL UTILIZADO EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

36. La obligación del Estado de prohibir el uso del castigo corporal como método de disciplina de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran bajo la custodia y protección del Estado en sus instituciones públicas, sean éstas centros de detención, albergues, orfanatos, hospitales, escuelas, escuelas militares, entre otros, es de carácter absoluto. Al respecto, es relevante destacar que en el aná-

³⁷ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 162.

³⁸ Corte I.D.H., *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafos 133 y 134.

³⁹ Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafo 134.

⁴⁰ Corte I.D.H., Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: Otros Asuntos <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf>. Donde se cita Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Ver también, *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafos 89 y 90.

lisis de este tema, los órganos del sistema regional hacen referencia a la situación de vulnerabilidad agravada en la que se encuentran las personas que permanecen por distintas razones en las instituciones públicas⁵⁶ y la especial posición de garante en la que se encuentra el Estado⁵⁷. En relación al derecho a la integridad personal, la Corte estableció que el Estado tiene la obligación de aplicar el estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra la integridad personal de los niños⁵⁸:

El derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana⁵⁹.

37. De este modo, la posición de garante, implica que el Estado ejerce un fuerte control y dominio en la vida de las personas que se encuentran bajo su protección o custodia, quienes a su vez, no

⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 170.

⁵⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la posición de garante del Estado respecto a los niños, niñas y adolescentes en diversos casos, entre los cuales destacan los siguientes: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 170.

⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 158. Ver también: Corte I.D.H., *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 153; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrafo 153; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párrafo 75; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 14, párrafos 130 y 131; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 15, párrafos 65 y 66; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párrafo 84; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 11, párrafo 129; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 152.

pueden satisfacer por sí mismas múltiples necesidades, lo que a su vez coloca al Estado en la posición de ser el único ente capaz de asegurar el goce y ejercicio de derechos. El criterio citado es aplicable a todos los seres humanos que se encuentran bajo el cuidado y protección del Estado, y tienen especial relevancia, con relación a los menores de 18 años de edad, debido al alcance de las obligaciones de especial protección que tiene el Estado y a la luz del principio del interés superior del niño.

38. La violencia ejercida por el personal de las instituciones con el objetivo de inculcar “disciplina” a los niños consiste, entre otros, en golpearlos con las manos, varas y mangueras, golpearles la cabeza contra la pared, inmovilizar a los niños en sacos de tela, amarrarlos a los muebles, encerrarlos en cámaras frigoríficas durante días y dejarles yacer en sus propios excrementos⁶⁰. A veces les propinan palizas, azotes con varas, los inmovilizan de forma dolorosa y los someten a tratos humillantes, como por ejemplo desnudarlos y azotarlos con varas delante de otros detenidos⁶¹.

39. Cabe notar, que en muchas ocasiones, los castigos corporales que no dejan rastros visibles y de ser verificados, en general, no son investigados ni sancionados debido a que al no reconocerse el castigo como un acto ilegal, no existen mecanismos para que las niñas, niños o adolescentes lo denuncien. A lo anterior, se suma la falta de supervisión en la que incurren algunos Estados respecto de sus instituciones ante este tipo de violencia teniendo como consecuencia que el acto quede impune ya sea porque la práctica es tolerada o propiciada por los Estados.

40. La Corte ha sido enfática al establecer que el artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a tomar las medidas necesarias, por medio de sus distintos organismos así como

⁶⁰ Véase en este sentido, U.N. Doc. A/61/299, disponible al 13 de noviembre de 2006 en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/08/PDF/N0649108.pdf?OpenElement>, párrafo 56.

⁶¹ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de la misión a los Estados Unidos de América para examinar el problema de la violencia contra la mujer con las cárceles federales y de los estados (E/CN.4/1999/68/Add.2), párrafos 55 y 58.

con instituciones de la sociedad civil, para hacer efectiva la protección de las niñas y niños emanada del artículo 19 de la Convención Americana:

Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales⁴¹. A la luz de las obligaciones generales y específicas establecidas en los instrumentos de protección de los derechos humanos citados, la CIDH se ha pronunciado en múltiples ocasiones, respecto al alcance de la obligación estatal de protección especial del derecho a la integridad personal de los niños en el análisis de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares e informes especiales particularmente relacionados a actos de tortura, tratos inhumanos, detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y violencia doméstica, entre otros⁶².

⁶² A modo ilustrativo se citan los siguientes casos: CIDH Caso 2137, Testigos de Jehová contra Argentina, 18 de noviembre de 1978, punto resolutivo 1. Caso 2271 Nélida Azucena Sosa de Forti, de 18 de noviembre de 1978 publicado en el *Informe Anual de la CIDH 1978*. Caso 2553, Clara Anahí Sosa Mariani Teruggi, Argentina Resolución 31/78 de 18 de noviembre de 1978, publicado en el *Informe*

42. En esta línea, la Corte Interamericana también ha establecido que la posición de garante del Estado le exige prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión a violaciones al derecho a la vida y la integridad personal⁶³. En su respuesta a la opinión consultiva solicitada por la Comisión, la Corte indicó que “en su jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, tanto en casos contenciosos como en medidas provisionales, así como en una opinión consultiva, sobre temas vinculados al objeto de la solicitud de la opinión consultiva, que permiten desprender sus criterios sobre el interés superior del niño, la obligación estatal de adoptar medidas positivas a favor de éste, incluyendo medidas legislativas o de otra índole, así como la especial gravedad que revisiten las violaciones a sus derechos”⁶⁴. Así, en su Opinión consultiva 17 la Corte se refirió a la figura de “malos tratos” al señalar que “los

me Anual de la CIDH 1979-1980. Caso 10.506, Señora X y su hija Y contra Argentina, Informe No. 38/96 de 15 de octubre de 1996. Caso 7481, Población de Caracoles contra Bolivia, Resolución 30/82 de 8 de marzo de 1982 publicado en el *Informe Anual 1982*. Caso 11.598 Alonso Eugenio da Silva contra Brasil, Informe No. 9/00 de 24 de febrero de 2000. Caso 11.599 Marcos Aurelio De Oliveira contra Brasil Informe No. 10/00 de 24 de febrero de 2000. Caso 11.556 Corumbiara contra Brasil, Informe No. 32/04 de 11 de marzo de 2004. Caso 11.364 Jailton Neri Da Fonseca contra Brasil, Informe No. 33/04 de 11 de marzo de 2004. Caso 4666 Miguel Ángel Rojas Abarca contra Chile, de 16 de octubre de 1981 publicado en el *Informe Anual de la CIDH 1981-1982*. Caso 9477, Eliana y Catherine Bernal Rivera contra Colombia, Informe No. 22/93 de 12 de octubre de 1993. Caso 10.456 Irma Vera Peña contra Colombia, Informe No. 23/93 de 12 de octubre de 1993. Caso 2839 Lidia Rivera contra El Salvador de 17 de noviembre de 1978 publicado en el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en El Salvador 1978*. Caso 6717 María Guardado contra El Salvador, 4 de octubre de 1983 publicado en el *Informe Anual de la CIDH 1983-1984*. Caso 10.227 y 10.333 Julio Ernesto Fuentes Pérez contra El Salvador de Informe No. 8/924 de febrero de 1992. Caso 9999 Manuel Antonio Alfaro Carmona contra El Salvador Informe No. 1/91 de 13 de octubre de 1992. Caso 10.380 Soledad Granado Martínez, Eva Ricse Bohorquez e Hildo Jaime Huancaqui Portillo contra Perú Informe No. 42/90 de 1° de junio de 1989. Estos informes se encuentran disponibles en el sitio de Internet de la CIDH www.cidh.org.

⁶³ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 124.

⁶⁴ Corte I.D.H., Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos

Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”⁶⁵.

43. Sin embargo, la realidad continúa mostrando que en muchos casos, las niñas, niños y adolescentes que se encuentran bajo la custodia del Estado están expuestos a diversas formas de violencia por parte del personal y de las autoridades que son responsables de su bienestar. Así continúan siendo comunes prácticas como tortura, tratos inhumanos o degradantes, maltrato, abuso sexual y el uso de castigos corporales como método de disciplina que en su totalidad constituyen diferentes violaciones de los derechos humanos de los niños. En relación con la aplicación de castigos corporales, ello se agudiza debido a que en la mayor parte de los países este tipo de violencia en las instituciones no está prohibido de manera explícita⁶⁶.

44. En este contexto, la CIDH considera que reviste especial atención la protección de los niños que se encuentran en centros

Humanos. Disponible en: Otros Asuntos <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf>; citando los siguientes casos: Corte. I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafos 133 y 134; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafos 162, 163 y 164; *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafo 134, y *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrafo 113. 24 Cfr. *Asunto Reggiado Tolosa*. Medidas Provisionales respecto de Argentina. Resolución de 19 de enero de 1994; *Asunto Millacura Llaipén y otros*. Medidas Provisionales respecto de Argentina. Resolución de 6 de febrero de 2008; y *Asunto de los Niños y Adolescentes privados de libertad en el “Complejo Do Tatupé” de FEBEM*. Medidas Provisionales respecto del Brasil. Resolución de 25 de noviembre de 2008.

⁶⁵ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultativa OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 1, párrafo 87.

⁶⁶ Véase en este sentido, U.N. Doc. A/61/299, disponible al 13 de noviembre de 2006 en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/08/PDF/N0649108.pdf?OpenElement>, párrafo 53.

de salud mental. La CIDH reconoce que la situación de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad mental⁶⁷ es uno de los temas que aún permanece prácticamente ausente no sólo en la agenda de los Estados, sino también frente a la sociedad. Es evidente que los niños con discapacidad mental se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema y agravada que se sustenta en su condición de personas menores de 18 años y en su discapacidad.

45. Hasta la actualidad la CIDH no ha tratado un caso en el que se alegue una violación que tenga como presunta víctima a un niño con discapacidad mental. Sin embargo, sí se ha referido al tema en el caso de adultos con discapacidad mental y ha establecido que las personas con discapacidad mental se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad⁶⁸ y por tanto exige un tratamiento especializado. Estas consideraciones tienen un alcance especial respecto a los niños, quienes dependen de los adultos no sólo para alcanzar su pleno desarrollo, sino para asegurarles las condiciones adecuadas para satisfacer sus necesidades médicas específicas en un ambiente que les asegure condiciones de vida digna que les permita alcanzar su pleno desarrollo como seres humanos.

46. Frente a la especial situación de vulnerabilidad de los niños con discapacidad mental es imperativo un enfoque holístico, en virtud del cual todo el marco normativo sobre niñez es aplicable para asegurar su protección bajo el reconocimiento de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Así revisten

⁶⁷ En este Informe, la CIDH utiliza la definición de discapacidad que plantea la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad que en su artículo 1 define la discapacidad como sigue: significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad adoptada el 7 de junio de 1999 y se encuentra disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8a.htm>

⁶⁸ CIDH, Informe No. 63/99, Caso 11.427, Víctor Rosario Congo (Ecuador) de 13 de abril de 1999, párrafo 67.

especial relevancia los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental⁶⁹, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷⁰, el artículo 19 de la Convención Americana y los siguientes artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño artículo 9 sobre el derecho a no ser separado de sus padres; artículo 19 sobre el derecho a ser protegido contra cualquier tipo de abuso; artículo 27 relativo al derecho a un estándar adecuado de vida; artículos 28 y 29 sobre el derecho a la educación en concordancia con el artículo 2 del citado tratado que consagra el principio de no discriminación en razón de discapacidad.

47. Los niños con discapacidad mental exigen una atención prioritaria y especializada de parte de los Estados como única alternativa para que puedan cumplir con sus obligaciones de especial protección de derechos de los niños. Por ello, la CIDH destaca la necesidad de crear programas de monitoreo de los entes encargados del cuidado de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad sea ésta mental o física, a fin de garantizar que estos no sean sometidos a castigos corporales y humillantes. Sin perjuicio de ello, será necesario el examen de cada caso concreto para establecer cuándo se está frente a un caso de castigo corporal y cuando frente a otro tipo de violación de derechos humanos, dado que la práctica de castigos corporales contra niños con discapacidad mental que se encuentran en instituciones públicas podría generar fácilmente afectaciones más graves que podrían ser calificadas de trato inhumano, cruel o degradante.

⁶⁹ Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptados mediante Resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 1991. Texto disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/68_sp.htm

⁷⁰ OEA, A-65: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, (Adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General).

48. Por otra parte, ciertamente, en el contexto de la privación de libertad de personas menores de 18 años en centros de detención reviste algunas características particulares que han sido analizadas por los órganos del sistema regional en diversas ocasiones. El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el marco de la justicia penal juvenil. Esto incluye todas las etapas del proceso, desde el primer contacto con las autoridades policiales a la ejecución de las sanciones⁷¹. El artículo 5 de la Convención Americana es aplicable a las personas privadas de su libertad y establece el derecho de todas las personas a que se respete su integridad física, psíquica y moral. En consecuencia, están prohibidos la tortura y el castigo o trato cruel, inhumano o degradante, régimen que pertenece hoy día al dominio de *jus cogens* internacional⁷².

⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 13. El Comité en el párrafo 89 se refiere al uso de la fuerza en los siguientes términos: Sólo podrá hacerse uso de coerción o de la fuerza cuando el menor represente una amenaza inminente para sí o para los demás, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. El uso de coerción o de la fuerza, inclusive la coerción física, mecánica y médica, deberá ser objeto de la supervisión directa de un especialista en medicina o psicología. Nunca se hará uso de esos medios como castigo. Deberá informarse al personal del centro de las normas aplicables, y se sancionará adecuadamente a los que hagan uso de la coerción o la fuerza vulnerando esas normas.

⁷² Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 112. En el mismo sentido: Corte I.D.H., *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 92; y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafos 102 y 103. CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 29 rev. 1, 1997; Capítulo V, párrafo 32. El artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, señala que: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

49. La CIDH ha prestado especial atención a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley habiendo realizado consultas regionales con fin de producir un informe especial sobre estándares y recomendaciones respecto de esa materia. Atendiendo, la especial situación de vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes bajo la custodia del Estado privados de libertad, la CIDH señaló la necesidad de que los Estados adopten medidas apropiadas para “que en los centros de detención, los menores no sean víctimas de medidas severas correccionales que atenten contra su integridad física y su dignidad”⁷³. En referencia a las medidas disciplinarias, se encuentran prohibidas todas las medidas que impliquen trato cruel, inhumano y degradante, así como los castigos corporales, la reclusión en una celda oscura, la pena de aislamiento o en celda solitaria, la reducción de alimentos, la restricción o denegación del contacto del adolescente con sus familiares, o cualquier medida que ponga en peligro su salud física o mental⁷⁴.

⁷³ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II.104, Doc. 49 rev. 1, 7 octubre 1999, Capítulo XII.

⁷⁴ CDN, artículos 19 y 37; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas 66 y 67; Reglas de Beijing, regla 17.3; Directrices de Riad, directriz 54; y Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 18. En referencia a este punto ver Corte I.D.H., *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 87; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 164; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 150; y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 167. En el mismo sentido: Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, regla 31. En Chile el artículo 45 letra b) de la Ley 20.084, prohíbe la aplicación de medidas disciplinarias consistentes en encierro en celda oscura, de aislamiento o solitaria. Pese a esto se ha denunciado la utilización como sanción disciplinaria el aislamiento en celdas solitarias o de castigo, ver: UNICEF – Chile, “Principales nudos problemáticos de los centros privativos de libertad para adolescentes y secciones juveniles”, en: Universidad Diego Portales, Informe anual sobre derechos humanos en Chile, 2008, página 124 y siguientes.

50. El Comité de los Derechos del Niño se ha referido a los procedimientos disciplinarios, estableciendo que:

Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional; deben prohibirse terminantemente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, en particular los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del menor⁷⁵.

51. Del mismo modo, existen otras normas internacionales de carácter declarativo contra la práctica de castigo corporal que hacen referencia a la protección de los niños que se encuentran bajo la custodia del Estado. Así a modo ilustrativo, cabe recordar que los estándares mínimos para la administración de la Justicia Juvenil “Reglas de Beijing” en su sección sobre “Directrices sobre los principios de adjudicación y disposición” establecen que “Los menores no serán sancionados con penas corporales” (Regla 17.3). Asimismo, las directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, “las directrices Riyadh” establecen:

21. Los sistemas de educación, además de sus posibilidades de formación académica y profesional, deberán dedicar especial atención a: (...) h) Evitar las medidas disciplinarias severas, en particular los castigos corporales”. Y en su disposición 54 agrega que “Ningún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución.

52. Así también, a fin de establecer estándares específicos en esta materia, en marzo de 2008, la CIDH adoptó los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, que en el principio I establece que a toda persona privada de libertad,

⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 89.

[...] Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona⁷⁶.

53. A pesar de estas protecciones, los niños que están detenidos sufren cuasi sistemáticamente trato violento por parte del personal, a veces como una forma de control o castigo, muchas veces, ante infracciones menores. Al menos en 78 países en el mundo, el castigo corporal y otros castigos violentos están reconocidos como medidas disciplinarias legales en las instituciones penitenciarias⁷⁷. Sin embargo, en sus informes sobre evaluación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, la CIDH se ha referido a la necesidad de proteger a los niños privados de libertad contra actos de violencia, a los cuales ha recomendado acciones concre-

⁷⁶ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, marzo de 2008, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos.Principios%20y%20Buenas%20Prácticas%20para%20PPL.htm>.

⁷⁷ Véase en este sentido, U.N. Doc. A/61/299, disponible al 13 de noviembre de 2006 en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/08/PDF/N0649108.pdf?OpenElement>, párrafo 62. Véase también G. Cappelaere y A. Grandjean, *Niños privados de libertad: derechos y deberes* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000). En referencia a la prohibición del castigo físico como sanción o medida disciplinaria ver: Corte IDH, Resolución del 27 de enero de 2009, especialmente los considerandos 11 y 14, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006; y Observación general N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 71. (Puede obtenerse información más detallada en la siguiente dirección: http://www.coe.int/T/E/ Human_Rights/Esc/; véase también *Eliminating corporal punishment: a human rights imperative for Europe's children*, Council of Europe Publishing, 2005; "Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrafos 87 y 91"; "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Curtis Francis Doebbler c. el Sudán*, comunicación N° 236/2000 (2003); véase párrafo 42.").

tas⁷⁸. Por ejemplo, en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil (1997) la CIDH solicitó al Estado que,

d) Prevenga y erradique los actos de tortura y malos tratos a los menores en las prisiones y establecimientos de menores. Investigue, castigue y juzgue a los responsables de estos delitos y fortalezca los organismos gubernamentales o comunitarios de supervisión de la acción policial en relación a menores⁷⁹.

54. Por su parte, la Corte Interamericana ha sido enfática en reiterar que el deber estatal de asumir una posición explícita de garante frente a niñas, niños y adolescentes privados de libertad al decir,

El Estado “debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Asimismo, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”.

55. Por otra parte, la Corte ha desarrollado ampliamente las obligaciones del Estado de protección contra los malos tratos a las personas detenidas. En específico, el Tribunal se ha referido a la luz de la Convención Americana, sobre la prohibición de utilizar malos tratos como métodos para imponer disciplina a menores internos⁸⁰.

⁷⁸ Ver entre otros, CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*: Capítulo V Violencia Contra los Menores. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997; *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*: Capítulo XIII: Los Derechos del Niño. OEA/Ser.L/V/II.102Doc. 9 Rev. 1, 26 febrero 1999; *Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*: Capítulo VII Derechos de la Niñez. OEA/Ser.L/VII.110, doc. 52, 9 marzo 2001.

⁷⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil de 1997*, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 de septiembre de 1997.

⁸⁰ Corte I.D.H., Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: Otros Asuntos <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf>; Citando los siguientes casos Corte, I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de

56. En el Caso del Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, la Corte señaló que:

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 custodia⁸¹. 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 digna⁸².

57. En relación al castigo corporal de adultos, cabe citar el caso del señor Winston Caesar quien fue condenado por la *High Court* de Trinidad y Tobago. En ese caso, la Corte indicó que la imposición de las penas corporales ordenadas por un tribunal, a través de golpes y azotes a un delincuente varón mayor de 18 años, con un objeto llamado “gato de nueve colas” vulnera el derecho a la integridad personal. Al respecto la Corte Interamericana señaló que:

es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las

1999. Serie C No. 63, párrafo 196; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafos 126 y 134; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafos 124, 163 y 164; y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 160. Ver también, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 6, párrafos 56 y 60. Corte I.D.H., *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, *supra* nota 34, párrafo 164; y *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 87.

⁸¹ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, *supra* nota 74 párrafo 98; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 111; y *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párrafo 138.

⁸² Corte I.D.H., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 152.

penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante⁸³.

58. Preocupa también a la Comisión el uso de castigo corporal como forma de disciplina en las escuelas militares, la aparente falta de mecanismos de denuncia o investigación de esas prácticas y el hecho de que tal castigo no esté explícitamente prohibido por ley en varios países Miembros⁸⁴.

59. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que el uso del castigo corporal vulnera el derecho a que se respete la dignidad de las personas menores de 18 años al establecer que:

⁸³ Corte I.D.H., *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrafo 70. Ver también Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 20, Artículo 7 (44ª sesión, 1992), Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones adoptadas por Órganos de Tratados de Derechos Humanos, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, página 14 (1994), párrafo 5, y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 21, artículos 10 (44ª sesión, 1992), Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones adoptadas por Órganos de Tratados de Derechos Humanos, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, pág. 14 (1994), párrafo 3; citada en el párrafo 62 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso *Winston Caesar* (*supra*). Consideración por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de informes presentados por Estados partes conforme al artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Trinidad y Tobago, 17ª sesión, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/TTO, párrafo 13; citada en el párrafo 62 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso *Winston Caesar* (*supra*). CIDH, Informe No. 79/07, Caso 12.513, Fondo, Prince Pinder (Bahamas), 15 de octubre de 2007.

⁸⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales al reporte inicial sobre el Protocolo Opcional sobre la participación de los niños en conflicto armado, CRC/C/OPAC/GTM/CO/1, 12 de junio del 2007, párrafos 16 y 17; y, Observaciones finales al reporte inicial sobre el Protocolo Opcional sobre la participación de los niños en conflicto armado, CRC/C/OPAC/CHL/CO/1, 13 de febrero de 2008, párrafo 11.

En opinión del Comité, los castigos físicos son incompatibles con el principio rector esencial de la legislación internacional en materia de derechos humanos, consagrado en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de ambos Pactos: la dignidad humana⁸⁵.

60. Asimismo, en sus Observaciones finales respecto a la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, el Comité exhortó a los Estados para que prohíban el uso del castigo corporal y procedan a su erradicación⁸⁶.

61. También han expresado su preocupación por el uso del castigo corporal contra niñas, niños y adolescentes en todos los ámbitos, el Comité sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁷ y el Comité contra la Tortura⁸⁸.

⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13 El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto) E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párrafo 41.

⁸⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Bélgica, E/C.12/BEL/CO/3, 4 de enero de 2008 párrafo 33. El Comité recomienda al Estado Parte que adopte legislación específica para prohibir todas las formas de castigo corporal a los niños en el ámbito familiar”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Costa Rica, E/C.12/CRI/CO/4, 4 de enero de 2008, párrafo “23. El Comité observa con preocupación que aún se permiten los castigos corporales en el hogar para corregir a los hijos “en forma moderada” en virtud del artículo 143 del Código de Familia” y párrafo 44. El Comité alienta al Estado Parte a que acelere la aprobación de las actuales propuestas para reformar el artículo 143 del Código de la Familia y de la ley que se está tramitando para prohibir explícitamente todos los castigos corporales.

⁸⁷ Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales respecto a Reino Unido y Eslovaquia adoptadas durante su sesión 41 de julio de 2008. Reino Unido A/63/38 280. (...)El Comité señala también con preocupación que el castigo corporal es legal en el hogar y constituye una forma de violencia contra los niños y las niñas. (...). Párrafo 281 (...) El Comité recomienda además que el Estado parte incluya en su legislación la prohibición del castigo corporal a los niños en el hogar.” Eslovaquia A/63/38 párrafo 34 “(...) El Comité muestra su preocupación por el hecho de que el castigo corporal en el hogar sea legal y constituya una forma de violencia contra los niños, incluidas las niñas. (...)”.

⁸⁸ Comité contra la Tortura. Recomendaciones adoptadas durante su 40 período de sesiones realizadas del 28 de abril al 16 de mayo de 2008. Por ejemplo en

62. En el sistema europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos, ha condenado en forma progresiva el uso del castigo corporal en los sistemas de justicia penal juvenil, las escuelas, incluyendo las escuelas privadas, y los hogares, estableciendo, además, en forma taxativa que la prohibición del castigo corporal no se encuentra en conflicto con la protección de otros derechos humanos como son la libertad religiosa y el derecho a la protección de la vida privada⁸⁹. La Corte Europea, se pronunció por primera vez sobre la imposición de castigos corporales como sanción a niños en conflicto con la ley, en 1978 en el caso *Tyrer contra el Reino Unido*. En este caso, la Corte estableció que la sanción consistente en latigazos a un adolescente constituye trato inhumano y degradante y por lo tanto una violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 3 del Convenio Europeo.

63. En este caso, la Corte Europea precisó que la determinación de una violación del artículo 3 del Convenio Europeo, demanda un análisis de los factores siguientes: la naturaleza y el contexto en el que se aplica el castigo, la manera como se aplica, el método que se utiliza, la duración de los efectos físicos y mentales y en algunas circunstancias, el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima⁹⁰.

64. En lo que respecta a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también existen decisiones sobre la incompatibilidad del uso de castigos corporales contra niñas, niños y adolescentes. Así en el caso *Curtis Francis Doebber c. Sudan 236/2000*,

sus Observaciones Finales relativas a Australia, el Comité contra la Tortura solicitó información al Estado respecto a “las medidas adoptadas para prohibir el recurso al castigo corporal en las escuelas (públicas y privadas), centros de detención y lugares de atención alternativa en todos los Estados y territorios”. CAT/C/AUS/Q/4, 6 de junio de 2007, párrafo 36.

⁸⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Campbell y Cosans contra Reino Unido 1978; Caso Costello-Roberts contra Reino Unido 1993, Caso A contra Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998, párrafos 19-24; Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión de admisibilidad, Caso de los 7 individuos contra Suecia 1982.

⁹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Tyrer contra Reino Unido, Serie A n° 26 párrafos 14 -15 y 29-30. Ver también Caso Soering contra Reino Unido, Serie A, n° 161, párrafo 100.

se alegó la vulneración del derecho a la integridad personal de ocho estudiantes como resultado de la imposición de 40 latigazos como sanción por la comisión de ilícitos penales. En su decisión aprobada durante la sesión 33 realizada en Nigeria en 2003, la Comisión Africana declaró que un Estado no tiene derecho a utilizar la violencia física contra las personas como castigo por las ofensas cometidas, dado que ello es contrario a la naturaleza de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁹¹.

65. De este modo, a la luz de las consideraciones y jurisprudencia en materia de niñez es necesario afirmar que los Estados tienen la obligación de erradicar el uso del castigo corporal como método de disciplina de niñas, niños y adolescentes en todos los ámbitos donde ellos se encuentran.

66. Los centros que se encuentran bajo la custodia del Estado deben registrar las situaciones de violencia y las lesiones que sufren las niñas, niños y adolescentes durante la ejecución de la medida privativa de libertad⁹². En todos los casos de denuncias debe resultar en una investigación independiente, especialmente cuando se trata de situaciones de violencia, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, castigo corporal, así como cuando ocasionan lesiones o la muerte de algún adolescente privado de libertad⁹³. Asimismo, los Estados deben orientar su accionar a evitar la repetición de los hechos denunciados⁹⁴.

⁹¹ Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children and Save the Children Sweden, Special Africa Report, Ending legalized violence against children, 2007, p. 19. El estudio se encuentra disponible en el siguiente sitio de Internet <http://74.125.47.132/search?q=cache:WPKomONHesAJ:www.childrenareunbeatable.org.uk/pdfs/EndingLegalisedViolenceAgainstChildren-october06.pdf+Doebber+Sudan&hl=sv&ct=clnk&cd=3&gl=se>.

⁹² Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, A/61/299, 29 de agosto de 2006, párrafo 107.

⁹³ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, regla 57.

⁹⁴ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, principio XXIII.3

67. Es decir, los Estados tienen la obligación de generar mecanismos eficaces para prevenir y sancionar los hechos de violencia que tienen como víctimas a niñas, niños y adolescentes, tanto en el ámbito doméstico, como en el sistema educativo y en otros ámbitos de la vida social donde este tipo de amenaza puede producirse. Consecuentemente, es clara la obligación de los Estados Miembros, la adopción de programas de vigilancia estricta sobre la situación de los niños y la adopción de las medidas necesarias para garantizar los derechos de los niños, especialmente los que son víctimas de la violencia, entre estas el castigo corporal. Tal como lo ha expresado la Corte, el alcance de las obligaciones positivas de los Estados Miembros en esta materia, significa “tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”.

VIII. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DE RESPETAR Y HACER RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

68. Estudios realizados sobre el tema de castigo corporal y su impacto en las niñas, niños y adolescentes⁹⁵ permiten comprobar que esta práctica es aceptada y tolerada en la mayoría de las regiones del mundo como una manera de disciplina y control sobre los niños de parte de los adultos responsables de su cuidado y protección. Así por ejemplo, en el Estudio Mundial sobre Violencia contra los Niños, preparado por el Experto Independiente de las Naciones Unidas, en el 2006, se muestra que la disciplina ejercida median-

⁹⁵ A modo de referencia se mencionan los siguientes: Save the Children Suecia, Poniendo fin al castigo físico y humillante de los niños, Manual para la Acción, 2005. Poniendo fin al castigo físico contra la niñez, cómo hacerlo posible, 2003. Amor, poder y violencia. Una comparación transcultural de los patrones de castigo físico y psicológico, 2005. Save the Children Suecia y End all Corporal Punishment of Children, Acabar con la violencia legalizada contra los niños y las niñas, 2005. Save the Children Suecia y Comisión Andina de Juristas, Poniendo fin a la violencia legalizada contra los niños. Marco jurídico sobre castigo corporal en América Latina, 2005 que está disponible en <http://www.scslat.org/poniendofin/index.php>.

te castigo corporal, con frecuencia se percibe como algo normal y necesario, especialmente cuando no producen daños físicos “visibles” o “duraderos”⁹⁶. Dicho estudio afirma que sólo una pequeña proporción de casos de violencia contra los niños y las niñas son reportados e investigados. El estudio muestra además, que sólo 2% de las niñas, niños y adolescentes alrededor del mundo están protegidos frente al castigo corporal en el hogar, 4% de los niños cuenta con protección en instituciones de cuidado alternativo, 42% tiene protección frente al castigo corporal cometido en las escuelas, 42% está protegido contra el castigo corporal impuesto como resultado de una sentencia mientras que el 81% de los niños tiene protección frente al castigo corporal impuesto como parte del sistema de privación de libertad al cual se encuentran sometidos los niños infractores de la ley penal⁹⁷.

69. Los tribunales nacionales y los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos⁹⁸ han subrayado la importan-

⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas. Informe del Experto Independiente para el Estudio de la Violencia contra los Niños, Paulo Sérgio Pinheiro. A/61/299. párrafo 26.

⁹⁷ Organización de las Naciones Unidas. Estudio Mundial sobre Violencia contra los Niños, octubre de 2006, p.11 <http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/study.htm>. Para información adicional se sugiere visitar también el sitio de Internet de Global Initiative to End all Corporal Punishment of Children <http://www.endcorporalpunishment.org>

⁹⁸ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en República Dominicana*, 1999, párrafo 431 <http://www.cidh.org/countryrep/Rep.Dominicana99sp/Cap.11.htm>. Corte Europea de Derechos Humanos Caso Tyrer v Reino Unido, sentencia de 25 de abril de 1978. Caso A contra Reino Unido sentencia de 23 de septiembre de 1998, Caso Z contra Reino Unido sentencia de 10 de mayo de 2001 (aplicación 29392/95) Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 de 10/04/92. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8 (2006). El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CRC/C/GC/8, del 21 de agosto de 2006. Comité de Derechos Humanos, observación General 20 Reemplaza a la Observación General 7 prohibición de la tortura y los tratos y penas crueles (artículo 7) 10/04/92, párrafo 5. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Bélgica, E/C.12/BEL/CO/3, 4 de enero de 2008 párrafo 33. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Costa Rica, E/C.12/CRI/CO/4, 4 de enero de 2008, párrafos 23 y 44.

cia de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones de los Estados de respetar y hacer respetar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a tener una protección especial incluso en el ámbito privado⁹⁹. En este sentido, la jurisprudencia nacional e internacional establece claramente que los Estados deben supervisar la prestación de servicios de interés público, como la salud o la educación, cuando son prestados por personas privadas¹⁰⁰. Esta obligación de supervisión tiene una importancia fundamental cuando se trata de supervisar los servicios que brindan instituciones públicas o privadas que tienen a su cargo la protección, guarda, cuidado y educación de las niñas y los niños para que ellos no sean sometidos a castigos corporales.

70. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no admite argumentaciones basadas en una dicotomía entre lo público y lo privado que tienden a desconocer o restringir injustificadamente los derechos humanos. Al respecto, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace referencia a las responsabilidades que actores no gubernamentales tienen frente a los derechos humanos al señalar que:

(...) tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, (...) ¹⁰¹

71. Asimismo, la Corte Europea ha desarrollado a través de su jurisprudencia las obligaciones de los Estados *vis-à-vis* respecto a actos de particulares. Concretamente, se abordó el tema de castigo corporal, en el caso A. contra Reino Unido 1998¹⁰².

⁹⁹ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultativa OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade, párrafos 62 y 65.

¹⁰⁰ Corte I.D.H., *Caso Ximenes López*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafos 94, 96, 99. *Caso Albán Cornejo y otros*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párrafo 119.

¹⁰¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El texto se encuentra disponible en <http://www.unhcr.ch/udhr/lang/spn.htm>

¹⁰² Corte Europea de Derechos Humanos, Caso A contra Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998.

72. En este ámbito, la Comisión estima pertinente observar que los Estados tienen la obligación de garantizar que se respete el principio del límite entre derechos y deberes entre particulares consagrado en el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este tratado, a diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé en su artículo 32 que es necesario asegurar la correlación entre derechos y deberes de las personas. Y señala que para asegurar la citada correlación:

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

73. La interpretación concordada de estas provisiones asigna a los Estados la obligación de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención a fin de asegurar que en las relaciones entre particulares prevalezca siempre una correlación entre derechos y deberes. Al respecto, cabe recordar que la Corte ha establecido que “el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹⁰³.

74. Complementariamente, el artículo 32 subraya la dimensión horizontal de la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos. En tal sentido, “los Estados tienen la obligación *erga omnes* de proteger a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, obligación que se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con la actuación de terceros particulares”¹⁰⁴. La Comisión Interamericana se ha referido al alcance del artículo 32 al señalar que:

¹⁰³ Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafo 178; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 180.

¹⁰⁴ Corte I.D.H., *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku*. Resolución de 17 de junio de 2005. Voto Razonado Juez Antônio Cançado Trindade, párrafos 14 a 20.

En el artículo 32.2 se reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan del convivir en una sociedad¹⁰⁵.

75. Adicionalmente, resulta pertinente recordar que tal como ha señalado la Corte en la Opinión Consultiva 17, en el ámbito privado no existe un espacio de discrecionalidad especialmente en lo concerniente al respeto pleno de los derechos humanos de las niñas, los niños y los adolescentes¹⁰⁶. En este sentido, la CIDH considera que los Estados tienen la obligación de prevenir y adoptar las medidas de toda índole para que exista correlación de derechos entre los adultos responsables del cuidado, orientación y educación de los niños y los estándares internacionales en materia de niñez y la forma como los Estados pueden asegurar esta correlación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

76. Para mayor abundancia, es preciso destacar que en la Opinión consultiva 17, la Corte afirmó que debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres¹⁰⁷. Asimismo señaló que la autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor¹⁰⁸. En su respuesta a la solicitud de opinión consultiva sobre la materia del presente informe, la Corte sostuvo que:

¹⁰⁵ CIDH, Informe No. 38/96, Caso X e Y contra Argentina, de 15 de octubre de 1996, párrafo 55.

¹⁰⁶ Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 66.

¹⁰⁷ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Buchberger contra Austria, sentencia de 20 de noviembre de 2001, párrafo 40; Caso Elsholz contra Alemania, sentencia de 13 de julio de 2000, párrafo 50; Caso Johansen contra Noruega, sentencia de 7 agosto de 1996, Informes 1996-III, párrafo 78; y Caso Olsson contra Suecia sentencia de 27 de noviembre de 1992, Series A no. 250, párrafo 90.

¹⁰⁸ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Buchberger contra Austria, sentencia de 20 de diciembre de 2001, párrafo. 40; Caso Scozzari y Giunta contra Italia, sentencia de 11 de julio de 2000, párrafo. 169; y Caso Elsholz contra Alemania, sentencia de 13 julio de 2000, párrafo. 50; y Caso Johansen contra Noruega, sentencia de 7 de agosto de 1996, Informes 1996-IV, párrafo 78.

los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan servicios que inciden en la vida y la integridad de las personas. En este sentido, “los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar [...] como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado [...], ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos”¹⁰⁹.

77. En vista de los pronunciamientos de la Corte, la CIDH sostiene que en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de la protección de los niños, los Estados deben asegurar que los derechos que ejercen los padres, tutores y otras personas responsables del cuidado y educación de las niñas, niños y adolescentes no impliquen un desconocimiento de los derechos de los niños.

78. En este contexto, la CIDH observa que en razón de que en las Américas, el castigo corporal es concebido como una práctica “razonable”, “moderada” y es mayoritariamente aceptado y permitido como un método necesario para corregir la conducta de las niñas, niños y adolescentes, se configura una situación de diferenciación no proporcional ni razonable respecto de las personas menores de 18 años. Ello hace que sólo se sancionen los casos de violencia extrema o que dejan signos físicos en las niñas, niños y adolescentes. La CIDH observa que esta situación resulta contradictoria, dado que si esta práctica se dirige a los adultos, no reviste legitimidad, ejemplo de ello es que en el derecho interno existen

¹⁰⁹ Corte I.D.H., Resolución del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: Otros Asuntos <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/opinion.pdf>; Citando el siguiente *Caso Ximenes López*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafos 89 y 90 y la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 146 y 147.

disposiciones penales que prohíben toda forma de agresión y abuso contra adultos que se concretan en la tipificación de delitos de lesiones y faltas contra la integridad personal. Al respecto, es posible percibir que se estaría ante la vulneración del principio de no discriminación y de igual protección ante la ley en el caso de los niños.

79. En conclusión, es posible sostener en forma taxativa que un Estado que permite o tolera que los particulares sean padres, profesores u otros adultos responsables del cuidado de las niñas, niños y adolescentes hagan uso del castigo corporal como método de disciplina, pudiera incurrir en responsabilidad internacional en razón del incumplimiento de sus obligaciones de prevenir y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la integridad personal y a una vida digna libre de violencia para todas las personas menores de 18 años. [...]

Los derechos del niño y el servicio militar obligatorio

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe no. 85/09
Caso 11.607, Acuerdo de cumplimiento
V́ctor Hugo Maciel c. Paraguay
6 de agosto de 2009

I. RESUMEN

1. El 14 de marzo de 1996, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Servicio de Paz y Justicia, filial Paraguay (SERPAJ/PY) (en adelante, “los peticionarios”) presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión” o “la CIDH”) una petición contra la República del Paraguay, (en adelante, “Paraguay”, “el Estado paraguayo” o “el Estado”). La referida petición denunció violación, por parte del Estado paraguayo, de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, del niño, y a protección judicial, consagrados, respectivamente, en los artículos 4, 5, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención” o “la Convención Americana”), todos en conexión con la violación del deber genérico del Estado de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, conforme a lo establecido en el artículo 1(1) de la misma, en perjuicio de Víctor Hugo Maciel, quien murió a los 16 años de edad cuando prestaba el Servicio Militar Obligatorio (SMO) en el Ejército del Paraguay.

2. Los peticionarios alegaron que el niño Víctor Hugo Maciel, de 15 años de edad, fue reclutado el 6 de agosto de 1995 para prestar el Servicio Militar Obligatorio (SMO) en el Ejército del Paraguay, a pesar de que sus padres se opusieron expresamente. Los peticionarios indican que el día dos de octubre de 1995, el niño Maciel empezó a sentirse mal y con fiebre, debido aparentemente a un resfriado. Ese mismo día, el pelotón al que pertenecía el menor Maciel fue sometido a una sobrecarga de actividades físicas, conocidas en Paraguay como “descuereo”, en castigo por una falta cometida durante los llamados “ejercicios de orden cerrado”. Los peticionarios señalan que al intentar cumplir el castigo, el niño Víctor Hugo Maciel cayó desvanecido, siendo trasladado al Hospital San Jorge, en donde falleció. Los peticionarios indican que el menor Maciel sufría la enfermedad de Chagas en su etapa crónica, cuyas manifestaciones más evidentes eran las relacionadas con alteraciones del corazón. Los peticionarios alegan que se inició una investigación sumaria en el fuero militar, siendo la causa sobreseñada el 4 de diciembre de 1995 y, paralelamente otra investigación en el fuero ordinario, dada la difusión de los hechos por medios periódicos y por los miembros de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores del Congreso, la cual no ha avanzado.

3. El 8 de marzo de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó el Informe N° 34/05, conforme al artículo 50 de la Convención Americana, siendo notificado al Estado de Paraguay el 20 de abril de 2005 con un plazo de dos meses para cumplir con las recomendaciones. En comunicación de 17 de junio de 2005, el Estado solicitó la suspensión del plazo establecido en el artículo 51 (1) de la Convención y solicitó formalmente la posibilidad de negociar un acuerdo de cumplimiento con los peticionarios sobre la base del reconocimiento de su responsabilidad internacional por los hechos que originaron este caso, lo cual fue aceptado por los peticionarios. Finalmente, el 22 de marzo de 2006, los representantes del Estado y los peticionarios suscribieron un acuerdo de solución amistosa.

4. La Comisión concluye que, a pesar de los importantes avances alcanzados para cumplir el Acuerdo de Cumplimiento de 22

de marzo de 2006, el Estado ha cumplido parcialmente a la fecha la recomendación realizada por la CIDH en el Informe N° 34/05, relativa a la obligación del Estado de investigar de manera completa, imparcial y efectiva los hechos denunciados, a fin de juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de las violaciones a los derechos humanos cometidos en perjuicio del menor Víctor Hugo Maciel Alcaraz. [...]

V. ANÁLISIS SOBRE EL FONDO

A. Introducción - Niñez y Servicio Militar

51. El tema del enrolamiento de niños en las fuerzas armadas es parte de las preocupaciones principales en el debate internacional sobre la situación de la infancia. Los riesgos que el involucramiento de niños en actividades militares y conflictos armados representan para la integridad física y psicológica de los propios niños impulsaron que se formularan normas del derecho humanitario internacional⁵ y del derecho internacional relativo a los derechos humanos que contemplan la necesidad de claras restricciones a este tipo de práctica.

⁵ En la normativa del derecho humanitario internacional, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) o internos (Protocolo II) determinan la necesidad de una protección específica a este grupo. El Protocolo I determina que: "Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad." El Protocolo II afirma en su artículo 4 sobre Garantías Fundamentales (3): "Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos; b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas; c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados; e) se tomarán

52. La Convención sobre los Derechos del Niño, desde su aprobación en 1989, constituye un marco fundamental para la determinación de los derechos de la infancia, siendo el tratado internacional más ratificado. Dicha Convención establece en su artículo 38, párrafo tercero, que:

Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años de edad, pero sean menores de 18, los Estados Partes procuraran dar prioridad a los de más edad.⁶

53. A pesar de las conquistas obtenidas con la amplia ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Asamblea General de la ONU, preocupada por el alto número de niños y adolescentes involucrados en conflictos armados, emitió la resolución 48/157 de 20 de diciembre de 1993, determinando el nombramiento de un experto para conducción de un estudio sobre el tema. La Sra. Graça Machel, experta responsable por el estudio, presentó extenso informe⁷ a la Asamblea General de la ONU en agosto de 1996.

54. Entre otros aspectos, el informe constata que el reclutamiento de niños se efectúa a veces de manera forzada, por medio de la coacción a ellos y sus familias o pueden darse a través de la falsificación de registros de edad de alistados. Resalta que, con relación a la alegación de que adolescentes se alistan por su propia voluntad, “es un error pensar que lo hacen voluntariamente. Si bien los jóvenes aparentemente han elegido el servicio militar,

medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar”.

⁶ Convención de los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989. La Convención fue ratificada por el Paraguay en 1990 mediante la ley 57/90.

⁷ “Las Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños”. Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, presentado en virtud de la resolución 48/157: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/bdf752e7cd66ca7f80256706003ef3e5?Opendocument>

no es una elección que han ejercido libremente. Tal vez lo hagan impulsados por una de varias fuerzas, que pueden ser presiones culturales, sociales, económicas o políticas.”⁸

55. Resalta el informe que contradictoriamente a los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, “una vez que han sido reclutados, los niños generalmente reciben un trato muy parecido al de los adultos”.⁹ Son especialmente destacadas las severas consecuencias físicas y psicológicas sufridas por niños que actúan como soldados, o que son expuestos directamente a conflictos armados. En este sentido, entre otras sugerencias, el estudio recomienda iniciar una campaña mundial con el objeto de erradicar la utilización de los niños menores de 18 años en las fuerzas armadas.

56. Otros organismos como la Cruz Roja Internacional y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU también efectuaron las mismas recomendaciones en distintas ocasiones.¹⁰ Vale también destacar que, en junio de 1999, el Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, incluyó en su artículo tercero que:

A los efectos del presente Convenio, la expresión *las peores formas de trabajo infantil* abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.¹¹

⁸ Ídem – Párrafo 38.

⁹ Ídem – Párrafo 44.

¹⁰ En diciembre de 1995 la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja apuntó para la necesidad de esfuerzos específicos para excluir a los menores de 18 años de hostilidades. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su resolución 1999/80 sobre los Derechos del Niño, afirmó que “la necesidad urgente de aumentar la edad mínima límite establecida en el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño para el reclutamiento y la participación de cualquier persona en los conflictos armados”.

¹¹ Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, aprobado el 17 de junio de 1999 y ratificado por Paraguay el 10 de enero de 2001.

57. Como principal resultado de este proceso, el 25 de mayo de 2000, se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados¹². El protocolo prohíbe el reclutamiento obligatorio en las fuerzas armadas de menores de 18 años.¹³ Para los casos excepcionales de involucramiento de personas con edad superior a 15 años, el tercer artículo del Protocolo establece que:

1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.
2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.
3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:
 - a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;
 - b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;
 - c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
 - d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

¹² Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 - Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados -http://193.194.138.190/spanish/html/menu2/6/protocolchild_sp.htm - Firmado por el Paraguay el 13 de septiembre de 2000 y ratificado el 27 de septiembre de 2002.

¹³ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño - Artículo 2.

58. En el sistema interamericano de derechos humanos, la temática también ha sido objeto de gran preocupación. En julio de 1999, la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el Uso de Niños como Soldados¹⁴ consideró todo reclutamiento de adolescentes por fuerzas armadas como contrario a los preceptos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, incluso cuando el menor de 18 años asegure ser voluntario o se le tenga por tal.

59. La Comisión Interamericana emitió también en 1999 una recomendación general sobre la erradicación del reclutamiento y de la participación de niños en conflictos armados.¹⁵

60. En los antecedentes de su Recomendación, la CIDH destaca que “pese a que la mayoría de los países miembros establece en su legislación un mínimo de 18 años para el reclutamiento militar obligatorio, subsisten en este aspecto prácticas violatorias de los derechos humanos de los niños que la Comisión considera pura y simplemente situaciones similares a la esclavitud y de servidumbre forzada”.¹⁶

61. Entre las recomendaciones efectuadas por la Comisión a los Estados miembros, la primera indica: “Dejar sin efecto toda legislación o directiva que permita la conscripción voluntaria y obligatoria de adolescentes bajo la edad mínima permitida por los instrumentos internacionales”.¹⁷ En la segunda recomendación dirigida a los Estados parte en conflictos armados, la Comisión especifica la recomendación de: “abstenerse de utilizar cualquier medio sea violento o persuasivo, de presión o pago a las familias para que faciliten o entreguen sus hijos menores en actividades armadas o beligerantes.”¹⁸

¹⁴ Patrocinada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay, la Coalición para Impedir el uso de Niños en Conflictos Armados, y organizada por el Instituto Interamericano del Niño (OEA).

¹⁵ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999 – Capítulo 6 – Estudios Especiales.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem* - Primera recomendación.

¹⁸ *Idem*, Segunda Recomendación a todas las partes participantes en conflictos armados (estados, grupos paramilitares y grupos armadas disidentes).

62. De manera que la tendencia del derecho internacional es que no se incorporen a menores de 18 años a las Fuerzas Armadas, y que, en todo caso, los menores de 18 años no participen directamente en hostilidades y reciban un tratamiento especial que tome en cuenta su edad y sus correspondientes necesidades. Sin perjuicio de lo anterior, y tal y como se explica *infra*, si la ley interna, como el caso paraguayo, establece una prohibición total a que menores de 18 años sean incorporados a las Fuerzas Armadas, tal ley es el estándar que debe ser tomado en cuenta.

Aspectos Específicos sobre la Situación Paraguaya

63. La Constitución Nacional del Paraguay de 1992 determina en su Capítulo XI, artículo 129, que:

Todo paraguayo tiene la obligación de prepararse y de prestar su concurso para la defensa armada de la Patria.

A tal objeto, se establece el servicio militar obligatorio. La ley regulará las condiciones en que se hará efectivo este deber.

El servicio militar deberá cumplirse con plena dignidad y respeto hacia la persona. En tiempo de paz, no podrá exceder doce meses.

64. Lo relativo a la prestación del servicio militar obligatorio en Paraguay está más desarrollado por la ley N° 569/75 de 24 de diciembre de 1975. Esta ley establece que la obligatoriedad de prestación mencionada en la Constitución se da para “los varones entre los dieciocho hasta los diecinueve años de edad”.¹⁹ En su artículo 56 tal ley determina que:

Las autoridades que reclutan a menores de diez y ocho años de edad o que retengan en el servicio a exonerados legalmente, salvo lo previsto en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal, serán destituidos o inhabilitados por cinco años para ocupar cargos públicos. Los padres, tutores o responsables del afectado podrán denunciar el hecho a la autoridad más próxima que debe comunicar inmediatamente al Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación.²⁰

¹⁹ Ley N° 569/75 de 24 de diciembre de 1975, “Del Servicio Militar Obligatorio”. Art. 3^a a) y Art. 15.

²⁰ *Idem* – Art. 56.

65. A pesar de que la legislación paraguaya está en concordancia con los parámetros internacionales mencionados *supra*, en la práctica se han constatado situaciones contradictorias a este principio. El régimen especial de los Centros de Instrucción Militar para Formación de Estudiantes de Reserva (CIMEFOR) abre la posibilidad a estudiantes del ciclo secundario que hayan aprobado el cuarto año de prestar el servicio militar en periodos de cinco semanas durante las vacaciones escolares.²¹ Tales casos excepcionales eran autorizados por los Defensores de Incapaces, hasta el año 2000, y por los Jueces de Primera Instancia de la Jurisdicción del Menor, a partir de dicho año.²²

66. En el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, publicado por la Comisión Interamericana en el año 2001, la CIDH señaló que: “aún cuando la ley disponga que excepcionalmente puede adelantarse la edad de prestación del servicio militar, por causas justificadas y con autorización de los padres, dicha excepción no es inusual, transformándose prácticamente en una regla.”²³

67. En este sentido, la Comisión dedicó parte del capítulo sobre la situación de los derechos de la infancia paraguaya del referido

²¹ *Ib.* El Art. 36 define que: Los ciudadanos que tengan el 4º Curso de Instrucción Secundaria aprobado tendrán derecho a su ingreso en los Centros de Instrucción Militar para Formación de Estudiantes de Reserva (CIMEFOR).

²² Tal competencia es establecida por la acordada 167 de 13 de abril de 2000 emitida por la Corte Suprema de Justicia. El Art. 1º de la referida acordada atribuyó competencia a los Jueces de Primera Instancia de la Jurisdicción del Menor para otorgar permiso a los menores, para ausentarse del país o ingresar al Servicio Militar o al Centro de Instrucción Militar de Estudiantes para Formación de Oficiales de Reservas (CIMEFOR), de conformidad con la ley, en todas las circunscripciones judiciales de la República. En la ocasión de los hechos, la competencia para el reclutamiento al CIMEFOR era establecido por la acordada N° 7 de 18 de octubre de 1983, la misma en el apartado i) atribuía competencia a los Defensores de Incapaces para el otorgamiento de los permisos de los menores para viajar fuera del país o ingresar al CIMEFOR hasta tanto se integren los Tribunales competentes.”

²³ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay - 9 marzo 2001, párr. 37.

informe para tratar exclusivamente del tema de la inclusión de niños en las fuerzas armadas. Entre otros aspectos, el informe señaló irregularidades en relación a los procedimientos de alistamiento, y destacó que, “en muchos casos el reclutamiento se efectúa previa intimidación a los padres de los niños con buen aspecto físico para el servicio militar”.²⁴ Además de mencionar denuncias de coacción de los padres para el reclutamiento de sus hijos, la Comisión mencionó denuncias de situaciones en que se falsificaron documentos de nacimiento y de nacionalidad para la inclusión de niños en el servicio militar.

68. El informe elaborado por la Comisión describió denuncias de casos de niños que perdieron la vida o desaparecieron durante el servicio militar, e indicó que, de acuerdo a estas denuncias, tales casos no habrían sido debidamente investigados, y los eventuales responsables no habrían sido sancionados.

69. En este sentido, la Comisión destacó en la ocasión que “los niños no tienen la madurez física ni emocional para prestar servicio militar. Por tanto, los niños no son aptos para las actividades militares que se les requieren, y por ello muchos colapsan y mueren cuando de manera salvaje y autoritaria son exigidos más allá de sus posibilidades físicas.”²⁵

70. En el Tercer Informe sobre Paraguay, haciendo mención al ya citado artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño, la Comisión destacó que este artículo contempla no solamente la fijación de la edad mínima en 15 años, sino una tendencia a no reclutar menores de 18 años de edad. La CIDH también señaló que la legislación paraguaya establece los 18 años como edad mínima para cumplir con el servicio militar. Finalmente, la Comisión indicó la obligación de la aplicación de la norma más favorable. En este sentido, la Comisión concluyó recordando al Estado paraguayo que “dentro de su sistema normativo no es posible reclutar a menores

²⁴ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay - 9 marzo 2001.

²⁵ *Idem* - Párrafo 40.

de 18 años. Por lo demás, teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales no hacen en el punto ninguna distinción y por aplicación del mismo principio, este requisito no puede ser subsanado con el consentimiento de los padres del joven.²⁶

71. De acuerdo con tales consideraciones la CIDH recomendó al Estado paraguay que:

Se cumpla con la ley vigente que prohíbe el ingreso de menores de 18 años al servicio militar, y se investigue y sancione la muerte de menores de 18 años en los cuarteles. La muerte de esos niños efectuando ilegalmente el servicio militar no debe quedar impune.²⁷

72. La problemática del reclutamiento de niños soldados en Paraguay ha sido también analizada por organismos del sistema de Naciones Unidas. El 18 de junio de 1997, las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de la infancia en el Paraguay destacaron que a pesar de las restricciones legales al alistamiento de menores de 18 años, “preocupa que en la práctica no siempre se aplique esta política y que aún haya menores de esa edad a los que se obliga o presiona para efectuar el servicio militar.”²⁸ Teniendo en vista tal preocupación, una de las recomendaciones del Comité fue que se aplicase con rigor la legislación respectiva.

73. El mismo Comité de los Derechos del Niño se refirió nuevamente al tema en el año 2001, y señaló que:

El Comité está profundamente preocupado de que, a pesar de que en la legislación del Estado Parte se establece la edad mínima de reclutamiento militar en 18 años, una gran parte de los reclutas de las fuerzas armadas y la policía nacional del Paraguay son menores, y lamenta mucho que no se haya aplicado su recomendación anterior (CRC/C/15/Add.75, párr. 36) a este respecto. También le

²⁶ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay - 9 marzo 2001, Párrafo 44.

²⁷ *Ídem*, I - Recomendaciones - Párrafo 6.

²⁸ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Paraguay. 18/06/97. CRC/C/15/Add.75. (Concluding Observations/Comments) - Párrafo 17.

preocupan sobremanera los numerosos casos de tortura y maltrato de reclutas, incluidos niños, por sus superiores y los casos de muertes no aclaradas de reclutas, entre ellos también menores. En particular, observa con inquietud que la mayoría de esos casos no han sido investigados, y que se tiene noticia de reclutamientos forzosos de niños, sobre todo en las zonas rurales, y de falsificación de los documentos que dan fe de su edad.²⁹

74. En este sentido, en el mismo documento, el Comité hizo más adelante las siguientes recomendaciones específicas al Estado paraguayo:

- a) Ponga término a la práctica de reclutar a niños para las fuerzas armadas y la policía nacional del Paraguay, de conformidad con su recomendación anterior (CRC/C/15/Add.75, párr. 36), y castigue a las personas que participan en el reclutamiento forzoso de niños;
- b) Investigue todos los casos de maltrato y muerte de reclutas y suspenda de sus funciones a los oficiales implicados en esos accidentes;
- c) Enjuicie y castigue a los responsables de esas violaciones de los derechos del niño;
- d) Indemnice a las víctimas de violaciones de los derechos humanos cometidas durante el servicio militar o a sus familias;
- e) Proporcione capacitación sobre los derechos humanos, incluidos los derechos del niño, a los oficiales del ejército; y
- f) Ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, fijando en 18 años la edad mínima para el reclutamiento militar.³⁰

75. La denuncia de violencia contra integrantes de las fuerzas armadas paraguayas fue también abordada por el Comité contra la Tortura en el año 2000. Entre las preocupaciones expresadas por este Comité, se hizo mención a “la información que ha recibido el Comité de fuentes fiables según las cuales continúan las prácticas

²⁹ Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño : Paraguay. 06/11/2001. CRC/C/15/Add.166. (Concluding Observations/Comments) - Párrafo 45.

³⁰ *Idem* - Párrafo 46.

de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes tanto en los recintos policiales como en las prisiones y en dependencias de las fuerzas armadas, en las que soldados que cumplen el servicio militar obligatorio son sometidos a frecuentes maltratos físicos.³¹

76. Como parte del procedimiento de solución amistosa desarrollado a partir del presente caso de Víctor Hugo Maciel y en otros casos de similares denuncias de muertes de niños en las Fuerzas Armadas paraguayas, se constituyó una Comisión Interinstitucional mixta para evaluar la situación del Servicio Militar Obligatorio en el Paraguay.³² La Comisión Interinstitucional estuvo compuesta por representantes gubernamentales y no gubernamentales, que verificaron *in situ* destacamentos en distintas regiones del país, dando especial atención a la edad de los alistados y a las condiciones de vida y salud durante el servicio. La Comisión Interinstitucional visitó 78 unidades militares y entrevistó 2.500 conscriptos en las regiones oriental y occidental, entre abril de 2001 y julio de 2002.³³

77. De acuerdo a las informaciones recolectadas por la Comisión Interinstitucional y aportadas por el Estado paraguayo, fueron detectados 192 casos de niños alistados irregularmente, 23 casos de conscriptos con problemas médicos, 32 falsificaciones de documentos y 7 casos de conscriptos indígenas.³⁴

78. Las visitas de la Comisión mixta, sumadas a la actuación del Defensor del Pueblo en el seguimiento y control del Servicio Militar Obligatorio resultaron, de acuerdo a informaciones aportadas por Paraguay, en la investigación de las responsabilidades por las irregularidades encontradas. Recientemente, de acuerdo al Estado, no se han detectado más menores de 18 años involucrados en

³¹ Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Paraguay. 10/05/2000. A/55/44, párrs.146-151. (Concluding Observations/Comments) párr. 150.

³² La Comisión fue establecida por medio del decreto presidencial 7302 del 31 de enero de 2000.

³³ ACTA N° 4 y ACTA N° 5 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos e Informe parcial sobre las visitas a unidades militares efectuadas respectivamente entre 24 y 27 de abril de 2001 y 2 y 6 de julio de 2001.

³⁴ *Idem*.

las fuerzas armadas paraguayas. Los peticionarios afirman por su parte que aún existen irregularidades. Por medio de la ley N° 1897 de 22 de mayo de 2002, Paraguay también ratificó el Protocolo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

79. La Comisión Interamericana reconoce y valora los esfuerzos realizados por el Estado paraguayo para erradicar el alistamiento de niños en sus fuerzas armadas y adecuar la situación del servicio militar obligatorio a los estándares internacionales. Tales esfuerzos como mencionado *supra*, han sido en parte resultado del propio procedimiento de negociación de solución amistosa en el presente caso y en otros similares.

80. El presente caso, sin embargo, se refiere a la situación individual relacionada específicamente con la muerte de Víctor Hugo Maciel, que la Comisión pasa a evaluar a continuación.

B. Hechos Establecidos

81. La Comisión Interamericana observa que los peticionarios alegaron una serie de hechos, que no fueron controvertidos por el Estado en la oportunidad procesal respectiva. En efecto, como se mencionó *supra*, la CIDH transmitió las partes pertinentes de la denuncia al Estado el 10 de abril de 1996, solicitando una respuesta dentro de un plazo de noventa días, de conformidad con el reglamento de la CIDH entonces vigente. A partir del 3 de julio de 1997, se inició un proceso de solución amistosa. En su escrito de observaciones del 28 de abril de 2004, el Estado controvirtió algunos de los hechos alegados por los peticionarios.

82. La Comisión Interamericana observa al respecto que el artículo 42 de su Reglamento vigente hasta el 30 de abril de 2001 establecía lo siguiente: “se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del Estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión de conformidad con el artículo 34, párrafo 5, dicho Gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa”. El contenido de dicho artículo es similar al del artículo 39 del actual Reglamento de la Comisión, que establece lo siguiente:

Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

83. El artículo antes transcrito implica que si el Estado no controvierte oportunamente los hechos alegados y no existen otros elementos de convicción que pudieran hacer concluir lo contrario, la Comisión puede presumir verdaderos los hechos alegados. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que

La forma en que la defensa ha sido conducida habría podido bastar para que muchos de los hechos afirmados por la Comisión se tuvieran válidamente por ciertos, sin más, en virtud del principio de que, salvo en la materia penal --que no tiene que ver en el presente caso, como ya se dijo--, el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden interpretarse como aceptación de los hechos de la demanda, por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial.³⁵

84. De manera que aunque la carga de la prueba en el proceso ante la Comisión Interamericana corresponde, en principio, a la parte denunciante o peticionaria, si el Estado no contradice los hechos del fondo ni produce pruebas destinadas a cuestionarlos, la Comisión puede presumir verdaderos los hechos alegados, siempre que no existan elementos de convicción que pudieran hacerla concluir de otra manera.

85. La Comisión por su parte se encuentra facultada para solicitar informaciones a las partes, para realizar investigaciones *in- loco* respecto a asuntos sometidos a su conocimiento, y para recabar las pruebas que estime pertinentes. El Estado, a su vez, además de la carga de probar hechos en que fundamenta su defensa, tiene la obligación de colaborar, lo que incluye suministrar la información

³⁵ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 138.

que le sea solicitada por la Comisión y proporcionar todas las facilidades necesarias para las investigaciones que disponga efectuar la Comisión.³⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, “la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que proporcione el Gobierno”.³⁷

86. Tomando en cuenta las mencionadas reglas sobre carga y la producción de la prueba; las pruebas suministradas por ambas partes, y aquellas recabadas por la Comisión, se conforma un conjunto de elementos probatorios que son valorados por la Comisión para fundamentar su decisión.

87. En la valoración de las pruebas la Comisión toma en cuenta criterios que ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, la Corte ha señalado, por ejemplo, que

Los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales interna-

³⁶ Véase al respecto, por ejemplo, el artículo 48(a)(d) y (e) de la Convención Americana.

³⁷ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, *ob. cit.*, párrs. 135 y 136.

cionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.³⁸

88. De acuerdo con lo anterior, en base a los alegatos de las partes, a las copias de los expedientes judiciales y demás evidencias que cursan en autos, a los mencionados criterios sobre carga y valoración de la prueba y a la ausencia de otros elementos de convicción que pudieran hacer a la CIDH concluir lo contrario, la Comisión pasa a pronunciarse sobre los hechos que considera establecidos en el presente caso.

89. Víctor Hugo Maciel nació en fecha 19 de septiembre de 1979.³⁹ El 6 de agosto de 1995, cuando tenía 15 años de edad, fue reclutado por las fuerzas armadas paraguayas para prestar servicio militar.

90. El reclutamiento de Víctor Hugo Maciel se produjo en la oportunidad en que miembros de las fuerzas armadas se presentaron en la casa de su familia, agricultores del interior del Paraguay. Aunque los padres del niño Maciel se opusieron a su reclutamiento, él prestó su “consentimiento”, y en base a ello los integrantes de las fuerzas armadas se lo llevaron a prestar el servicio militar.⁴⁰

³⁸ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 41.

³⁹ Certificado de Nacimiento de Víctor Hugo Maciel – Ministerio da Justicia y Trabajo - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel en la Justicia Ordinaria – pág. 265.

⁴⁰ Al respecto, el Diario ABC reseñó lo siguiente: “...Virginio Maciel, padre de Victor Hugo, hizo un patético relato de cómo su hijo fue reclutado por un tal teniente Maidana. Este militar se presentó en agosto de este año en su domicilio en la compañía Pirapey y le dijo que llevaría su hijo al cuartel si él quería. Maciel le dijo que aún no tenía la edad reglamentaria, pero el teniente le dijo ‘no importa’ y que dependía de que el joven quisiera ir. Maciel siguió relatando –con la voz quebrada por el llanto- que habló con su mujer y que a pesar de que no deseaban aún que su hijo hiciera el servicio militar, le preguntaron a él y este dijo que quería ir”. Diario ABC, “Victor Maciel solo tenía 15 años de edad”. Asunción, 11 de octubre de 1995, pág. 4.

91. Al ingresar al servicio militar se le efectuó un examen a Víctor Hugo Maciel, y la Dirección del Servicio de Reclutamiento y Movilización lo declaró apto para la prestación del Servicio Militar Obligatorio.⁴¹

92. Al amanecer del 2 de octubre de 1995, el niño Maciel afirmó sentirse mal, debido aparentemente a fiebre y resfriado.⁴²

93. Alrededor de las 6:00 am. del 2 de octubre de 1995, el niño Maciel participó en las actividades regulares de su pelotón, y debido a una falta durante los llamados “ejercicios de orden cerrado”, todo el pelotón fue sometido por órdenes de un Subteniente a una sobrecarga de actividades físicas, conocidas en Paraguay como “descuereo”.

94. De acuerdo a declaración de testigos presenciales, esa mañana del 2 de octubre de 1995 el Subteniente a cargo ordenó a los soldados alinearse. Ello debía hacerse con energía para que el suelo produjera ruido fuerte con los zapatos o botas. Como el cumplimiento de tal orden no fue de satisfacción del instructor, éste, como castigo, ordenó que todos los integrantes del pelotón efectuasen una serie de ejercicios físicos, que incluyeron tenderse y levantarse de diez a doce veces; realizar de inmediato cien cambios de rodillas con las manos en la nuca; efectuar de inmediato cien saltos, y a continuación realizar, en cantidad de 100, una actividad física conocida como “payasito”. Cuando los integrantes del pelotón habían efectuado aproximadamente 80 “payasitos”, Víctor Hugo Maciel cayó al suelo desvanecido,⁴³ y fue luego declarado muerto, el mismo día, en el hospital San Jorge, a donde fue conducido. El

⁴¹ Registro Nro. : 7800095 10001, Dirección del Servicio de reclutamiento y Movilización, 6 de octubre de 1995 - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 110.

⁴² Véase al respecto, declaración del Jinete Miguel Angel Candia ante el Juez de Instrucción Militar del Primer Turno, 5 de octubre de 1995 - Sumario en Averiguación de la Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 66; y Declaración del Jinete Néstor Ale Vera Sotelo ante el Juez de Instrucción Militar del Primer Turno, 5 de octubre de 1995 - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 66 .

⁴³ Declaración del Jinete Marcial Luis Lara ante el Juez de Instrucción Militar del Primer Turno, 3 de octubre de 1995 - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, p.28; Declaración del Jinete

certificado de defunción que se emitió en esa oportunidad señaló que la causa de la muerte era “muerte súbita”.⁴⁴

95. Integrantes de las Fuerzas Armadas informaron al padre de Víctor Hugo Maciel que su hijo había sufrido un “ataque” y que había estado internado tres días, antes de fallecer. Le entregaron asimismo al padre de Víctor Hugo la cantidad de un millón de guaraníes, y lo persuadieron a firmar un documento en donde se comprometía a no demandar la autopsia de su hijo.⁴⁵

96. Autoridades militares afirmaron sin embargo que los padres de Víctor Hugo Maciel no habían autorizado la autopsia del cadáver.⁴⁶

97. Los padres del niño Maciel decidieron solicitar la investigación de lo ocurrido y pidieron la exhumación del cadáver de su hijo. El 12 de octubre de 1995 se realizó autopsia que concluyó que Víctor Hugo Maciel falleció “en forma súbita por cardiopatía dilatada de tipo chagásica, en ausencia de signos de violencia traumática”.⁴⁷ Un médico que presentó a la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados una ampliación acerca de la autopsia, señaló que “el joven padecía de una enfermedad de Chagas con ‘localización cardiaca leve compensada’, que le hubiera permitido vivir por un buen tiempo más, si llevaba una vida más o menos tranquila,

Víctor Zarza ante el Juez de Instrucción Militar del Primer Turno, 3 de octubre de 1995 - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 42; Declaración del Jinete Víctor Jamirez Coronel ante el Juez de Instrucción Militar del Primer Turno, 3 de octubre de 1995 - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 45.

⁴⁴ Certificado de Defunción de Víctor Hugo Maciel, Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 143.

⁴⁵ Estela Acosta y Leopoldo Barrientos, “familiares no confían en la versión oficial de la muerte del soldado”, Hoy, miércoles 4 de octubre de 1995, pág. 5.

⁴⁶ Véase expediente. Nota No. 126/95, de 5 de octubre de 1995, dirigida por el General Brig. Fausto Facetti al Presidente de la Suprema Corte de Justicia Militar, señalando que los padres de Víctor Hugo Maciel no autorizaron la autopsia del cadáver.

⁴⁷ Informe de Autopsia, 18 de octubre de 1995, Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 146.

y que lo que precipitó su muerte súbita fue el sobreesfuerzo físico exagerado al que fue sometido, que sobrepasó la reserva funcional de su corazón, ya disminuida por su enfermedad, provocándole una insuficiencia cardíaca aguda fatal”.⁴⁸

98. En la fecha de la muerte de Víctor Hugo Maciel, 2 de octubre de 1995, el Comandante de la 1^a. División de Caballería del Ejército envió un oficio al Presidente de la Corte Suprema de Justicia Militar, solicitando la intervención del Juzgado de Instrucción Militar de Turno. En respuesta a tal solicitud se inició una investigación sumaria en el fuero militar. El 12 de octubre de 1995 se agregó al sumario los resultados de la exhumación, y el 25 de octubre del mismo año, el Fiscal Militar solicitó el sobreseimiento de la causa por considerar que los hechos investigados no constituían delito⁴⁹. El 4 de diciembre de 2005 el Tribunal Militar respectivo, por medio de la resolución A.I. No. 28/95, archivó la causa.⁵⁰

99. En adición a la investigación efectuada por el fuero militar, el fuero ordinario inició una investigación, que comenzó con una solicitud efectuada por la Fiscalía General del Estado, el 18 de octubre de 1995, en base a la cual se inició una investigación sumaria, que a la presente fecha no ha concluido, y en la cual no se ha dictado sentencia de primera instancia.

C. Derecho a la libertad

100. La Convención Americana dispone en su artículo 7 que:
1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

⁴⁸ Diario “Hoy”, “Médico dice que conscripto murió por sobreesfuerzo físico”, pág. 5.

⁴⁹ Dictamen No. 116 As. 26-X-96 del Agente Fiscal Militar - Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, p.149.

⁵⁰ Resolución A.I. No. 28/95, Juzgado Primero de Instancia en lo militar - Sumario en Averiguación de la Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 153.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (...)

101. El análisis de dicho artículo en el marco del sistema interamericano de derechos humanos ha sido enfocado primordialmente en las privaciones de libertad física y detenciones efectuadas por fuerzas armadas o policiales, generalmente en el marco de procesos policiales y/o judiciales, o a los fines de desaparecer a las víctimas de tales detenciones. Al respecto, por ejemplo, la Comisión Interamericana ha seguido la práctica de analizar la compatibilidad de una privación de libertad con las normas de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana siguiendo tres pasos. El primero de ellos consiste en determinar la legalidad de la detención en sentido material y formal, para lo cual debe constatare la compatibilidad de la misma con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso consiste en analizar las citadas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquéllas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, debe determinarse si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria.⁵¹

102. En aplicación de las anteriores consideraciones al presente caso, la Comisión observa que, como principio general, la Convención Americana no sólo no prohíbe el servicio militar, sino que además lo permite explícitamente, al establecer lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

⁵¹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe N° 53/01 Caso 11.565 Ana, Beatriz y Celia González Pérez, México, 4 de abril de 2001, párrafos 23 y 27.

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: (...).
 - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

103. El servicio militar implica de por sí restricciones a la libertad de movimiento que normalmente tienen las personas civiles. Las personas civiles tienen en general total libertad para circular y para trasladarse de un lugar a otro, sin prácticamente ninguna restricción. Sin embargo, las personas sometidas al servicio militar obligatorio tienen restringida parcialmente tal libertad de circulación, por razones intrínsecas al servicio militar. El principio general es que el solo hecho de ingresar a prestar servicio militar y tener restringida la libertad de movimiento no implica de por sí violación al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana. Tal principio general tiene excepciones. Entre ellas se encuentra que la incorporación de la persona al servicio militar obligatorio no sea contrario a la Convención Americana, y que el régimen de disciplina puede implicar en ciertos casos específicos violación al derecho a la libertad personal.

104. A los fines de analizar si la situación en que se encontraba Víctor Hugo Maciel mientras prestaba servicio militar obligatorio en Paraguay implicó una violación a su derecho a la libertad personal la Comisión Interamericana resalta que, como mencionado *supra*, el reclutamiento de menores de 18 años en Paraguay para prestar servicio militar obligatorio es contrario a la Constitución del Paraguay y a la legislación paraguaya sobre la materia.

105. Es así que, tal y como se reseñó anteriormente, la Constitución Nacional del Paraguay establece en su artículo 129, que “Todo paraguayo tiene la obligación de prepararse y de prestar su concurso para la defensa armada de la Patria. A tal objeto, se establece el servicio militar obligatorio. La ley regulará las condiciones en que se hará efectivo este deber”. Por su parte, la referida ley N° 569/75 de 24 de diciembre de 1975 contempla que “Las autoridades que reclutan a menores de dieciocho años de edad o que retengan en el servicio a exonerados legalmente, salvo lo previsto en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal, serán destituidos o inhabilitados por cinco años para ocupar cargos públicos”.

106. De la interpretación concordada de las mencionadas disposiciones constitucionales y legislativas se concluye que la Constitución paraguaya garantiza que ninguna persona menor de 18 años de edad puede prestar servicio militar obligatorio.

107. La Convención Americana, por su parte, no contempla una edad mínima a partir de la cual los Estados parte de dicho tratado puedan establecer la elegibilidad de las personas que vayan a prestar servicio militar. Sin embargo, conforme a las pautas sobre interpretación de la Convención a que se refiere su artículo 29,⁵² si la Constitución amplía el alcance de un derecho convencional, ese es el contenido que debe asignársele al interpretar la Convención Americana.⁵³

⁵² El artículo 29 de la Convención Americana contempla que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados 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.

⁵³ En tal sentido, en el *Caso Awas Tingni* la Corte Interamericana consideró el artículo 5 de la Constitución de Nicaragua y el artículo 29(b) de la Convención Americana, entre otros, al delimitar el contenido del artículo 21 de la Con-

108. Por tanto, al interpretarse el artículo 7 de la Convención en el presente caso debe entenderse que el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana protege el derecho de las personas menores de 18 años en Paraguay a no ser reclutadas a prestar servicio militar obligatorio en Paraguay. Por tanto, el reclutamiento de personas menores de 18 años para prestar servicio militar en Paraguay constituye una violación *per se* del artículo 7 de la Convención Americana.

109. De manera que por el mero hecho de haber reclutado a Víctor Hugo Maciel, un niño de 15 años, a prestar servicio militar obligatorio, el Estado paraguayo violó en su perjuicio el derecho a la libertad personal de dicho niño, puesto que la libertad de movimiento que implica normalmente el servicio militar se efectuó de manera ilegal y arbitraria. La Comisión considera importante resaltar al respecto que el hecho de que Víctor Hugo Maciel haya prestado su consentimiento para prestar el servicio militar, no excusa al Estado paraguayo de haberlo admitido. La norma constitucional paraguaya no dice que es opcional que los menores de 18 años presten servicio militar. El ordenamiento paraguayo prohíbe expresamente el reclutamiento de menores de 18 años, y la voluntad de la víctima no es excusa válida para el Estado. En el presente caso, inclusive, Víctor Hugo Maciel fue reclutado en contra de la voluntad de sus padres. En este sentido debe resaltarse que en un caso con otro supuesto fáctico, pero también relacionado con una restricción a la libertad a la que la víctima, una persona indigente, se sometió voluntariamente, al presentarse a una estación policial y solicitar ser detenida, la Corte Europea señaló que

ención, y concluyó que el derecho de propiedad allí consagrado comprende el derecho de propiedad comunal sobre las tierras. (Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148 y 153). Asimismo, en el caso *Cinco Pensionistas*, la Corte Interamericana señaló que teniendo presente lo señalado en el artículo 29.b) de la Convención Americana, debía entenderse que el derecho a propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención protege el carácter de derecho adquirido que la Constitución peruana otorga a ciertas pensiones de cesantía (Corte I.D.H., *Caso Cinco Pensionistas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003, párrs. 101 y 102).

Finalmente, y sobre todo, el derecho a la libertad es demasiado importante en una sociedad democrática, dentro del significado de la Convención, para que una persona pierda el beneficio de la protección de la Convención por el simple motivo que ésta se entregue por sí misma para ser colocada en detención. La detención puede violar el artículo 5 aún cuando la persona la haya consentido. (...). El hecho de que la víctima se haya “reportado voluntariamente” de ninguna manera releva a la Corte de su deber de verificar si ha habido una violación a la Convención.⁵⁴

110. La Comisión concluye que el Estado paraguayo violó en perjuicio del niño Víctor Hugo Maciel el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana.

D. Derecho a la integridad personal

111. El artículo 5 de la Convención Americana, titulado “derecho a la integridad personal, contempla lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
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 (...).

112. En relación a tal artículo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la circunstancia de haber niños involucrados “obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal”.⁵⁵

113. En el presente caso, la Comisión observa que, mientras se encontraba en un destacamento militar, en contra de lo establecido en la Constitución y demás leyes paraguayas, Víctor Hugo Maciel fue obligado a realizar ejercicios físicos de una intensidad tal que lo hicieron colapsar y le produjeron la muerte.

⁵⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy”) V. Bélgica*, sentencia de 18 de junio 1971, párr. 65. (traducción no oficial).

⁵⁵ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 170.

114. Al respecto, la Comisión Interamericana debe destacar que, tal y como se especifica *infra*, las fuerzas armadas paraguayas omitieron efectuar a Víctor Hugo Maciel, de manera previa a su incorporación al servicio militar, los respectivos exámenes médicos que hubieran indicado que éste se encontraba incapacitado para prestar el servicio militar obligatorio.

115. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la Comisión concluye que, en las circunstancias específicas del presente caso, al someter a Víctor Hugo Maciel a ejercicios físicos que le ocasionaron la muerte, el Estado paraguayo violó en su perjuicio el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana.

E. Derecho a la Vida

116. La Convención Americana establece, en su artículo 4, lo siguiente:

- a. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

117. El derecho humano a la vida es un derecho fundamental, base para el ejercicio de los demás derechos humanos. La Corte Interamericana ya señaló que el goce del derecho a la vida

es un prerequisite para el ejercicio de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los demás derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.⁵⁶

⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

118. La Corte Interamericana ha resaltado igualmente la dimensión especial que tiene la obligación estatal respecto al derecho a la vida de los niños, y ha señalado que

Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.⁵⁷

119. El artículo 1(1) de la Convención Americana establece por su parte que

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.

120. La mencionada disposición contempla obligaciones generales para los Estados en materia de derechos humanos. La primera de ellas es respetar los derechos consagrados en la Convención Americana, y la segunda es garantizar el ejercicio de tales derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que como consecuencia de la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en dicho tratado, los Estados se encuentran obligados a “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.⁵⁸

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 124.

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, *ob. cit.*, párr.166.

121. La Corte Interamericana ha especificado, en relación al alcance de las obligaciones estatales relacionadas con el derecho a la vida, que

El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección integral del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.⁵⁹

122. De manera que en lo relativo al derecho a la vida, y conforme a las disposiciones convencionales antes citadas, la obligación del Estado de “respetar” tal derecho implica, entre otros aspectos, que el Estado debe abstenerse de privar de la vida a personas a través de sus agentes.

123. En lo concerniente a la obligación de “garantizar” el derecho humano a la vida, la lectura concordada de los artículos 4 y 1(1) de la Convención Americana implica que los Estados parte de la Convención Americana se encuentran obligados a prevenir violaciones a tal derecho, investigar las violaciones al derecho a la vida, sancionar a los responsables, y reparar a los familiares de la víctima, cuando los responsables hayan sido agentes del Estado. En lo relativo a los niños, el Estado se encuentra obligado a adoptar un estándar aún mayor de prevención de situaciones que pudieran afectar el derecho a la vida de los niños.

⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 129.

Violación de la obligación de garantizar el derecho a la vida de Víctor Hugo Maciel

124. En aplicación de las anteriores consideraciones al presente caso, la Comisión observa que el Estado paraguayo no cumplió con su obligación de garantizar el derecho a la vida de Víctor Hugo Maciel, toda vez que no previno que se produjese tal violación, al omitir los exámenes médicos apropiados que debió efectuar antes de someterlo al servicio militar obligatorio.

125. Como indicado *supra*, las actividades regulares del servicio militar tales como la intensa rutina de actividades físicas o el manejo de armas, ponen en serio riesgo la vida y la integridad física de los niños que no tienen la madurez física y psicológica para la actuación como parte de un efectivo militar.

126. En el caso de Víctor Hugo Maciel, el someterlo al servicio militar obligatorio acabó con su vida, toda vez que la enfermedad de mal de Chagas había afectado su corazón, y al someterlo a un intenso esfuerzo físico que su corazón no estaba en condiciones de soportar, se ocasionó su muerte.

127. Al respecto, tal y como se mencionó *supra*, la autopsia efectuada a Víctor Hugo Maciel el 12 de octubre de 1995 concluyó que Víctor Hugo Maciel falleció “en forma súbita por cardiopatía dilatada de tipo chagásica, en ausencia de signos de violencia traumática”.⁶⁰ En el mismo sentido, tal y como se reseñó *supra*, un médico que presentó a la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados una ampliación acerca de la autopsia, señaló que “el joven padecía de una enfermedad de Chagas con ‘localización cardiaca leve compensada’, que le hubiera permitido vivir por un buen tiempo más, si llevaba una vida más o menos tranquila, y que lo que precipitó su muerte súbita fue el sobreesfuerzo físico exagerado al que fue sometido, que sobrepasó la reserva funcional de su corazón, ya disminuida por su enfermedad, provocándole una insuficiencia cardíaca aguda fatal”.⁶¹

⁶⁰ Informe de Autopsia, 18 de octubre de 1995, Sumario en Averiguación de las Causa de Fallecimiento del Jinete Víctor Hugo Maciel, pág. 146.

⁶¹ Diario “Hoy”, “Médico dice que concripto murió por sobreesfuerzo físico”, pág. 5.

128. La Organización Panamericana de la Salud, en la mencionada opinión técnica solicitada en el presente caso, señaló igualmente, en relación a la pregunta de “¿Cuáles serían los efectos de exponer a un niño de 16 años, con Mal de Chagas en estado crónico y con cardiopatía dilatada, a constantes e intensos ejercicios físicos?”, que:

Lo que más importa calificar y tipificar es la cardiopatía dilatada, y no la probable o confirmada etiología chagásica de la misma. Se debe tener una correcta y concreta definición y evaluación médica de esa cardiopatía dilatada, así como una evaluación lesional implícita e intrínseca para el caso considerado, y en función de ella condicionar la frecuencia e intensidad de los ejercicios físicos posibles y/o tolerables para la persona afectada.⁶²

129. Por su parte, el Estado paraguayo, en sus observaciones sobre el fondo del presente caso, señaló expresamente que

El Estado reconoce no haber realizado un examen adecuado para poder detectar la enfermedad del Soldado Maciel y se ha comprometido a indemnizar a los familiares por un monto de 20.000 dólares americanos. En este punto el Estado se allana parcialmente a las pretensiones de los peticionarios y considera que no hay nada más que agregar a lo que hasta la fecha se ha alcanzado en el proceso de solución amistosa. El Estado ha reconocido su responsabilidad, ha facilitado a los familiares a acceder a una pensión graciable, y así mismo se ha obligado a indemnizar, dejando sin embargo constancia que la causa de fallecimiento fue “muerte súbita” tal como consta en los certificados médicos agregados al expediente en trámite en la Comisión.

130. De acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas, la Comisión Interamericana considera comprobado que el Estado paraguayo pudiera haber prevenido la muerte de Víctor Hugo Maciel, si antes de incorporarlo al servicio militar obligatorio le hubiese efectuado exámenes médicos que hubiesen podido prevenir la muerte de Víctor Hugo Maciel, toda vez que hubiesen

⁶² Véase expediente. Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud.

indicado claramente que él no podía ser sometido a los ejercicios físicos que ocasionaron su muerte.

131. Lo anterior sería válido inclusive si se trata de una persona mayor de 18 años. Pero tratándose de un niño, tal y como se mencionó *supra*, la obligación estatal de prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a afectar el derecho a la vida cobra una dimensión e importancia especial, de acuerdo a las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶³

132. La falta a la obligación de prevenir del Estado paraguayo consiste entonces en permitir, en contra de lo dispuesto en su Constitución y en sus leyes, que un niño menor de 18 años, como Víctor Hugo Maciel, se incorporase a prestar servicio militar obligatorio en las fuerzas armadas paraguayas, y que, además, no se le efectuasen los exámenes médicos necesarios para determinar si éste se encontraba en condiciones de salud tales que la prestación del servicio militar no le ocasionase la muerte.

133. Conforme al análisis que se efectúa *infra*, el Estado paraguayo tampoco investigó debidamente la muerte de Víctor Hugo Maciel, y los responsables por su muerte no han sido debidamente sancionados, ni penalmente, ni administrativamente, ni de ninguna otra manera. Asimismo, el Estado no ha reparado plenamente a los familiares de Víctor Hugo Maciel por las violaciones a los derechos humanos de éste cometidas por agentes del Estado paraguayo.

134. En base a las consideraciones anteriormente expuestas, la Comisión Interamericana llega a la conclusión que el Estado paraguayo violó, en perjuicio de Víctor Hugo Maciel y de sus familiares, la obligación estatal de garantizar el derecho a la vida de Víctor Hugo Maciel, consagrada en los artículos 4 y 1(1) de la Convención Americana, interpretados concordadamente. Ello debido a no haber prevenido la muerte de Víctor Hugo Maciel, no haber investigado y sancionado a los responsables de su muerte, y no haber reparado plenamente a sus familiares.

⁶³ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 124.

F. Derechos del niño

135. La Convención Americana dispone en su artículo 19:

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

136. Conforme al mencionado artículo, los Estados tienen un deber de observar un estándar especialmente alto en todo lo relacionado con la garantía y protección de los derechos humanos de la niñez. La Comisión Interamericana ha señalado que:

El respeto a los derechos del niño constituye un valor fundamental de una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no sólo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban antiguamente la concepción doctrinaria y legal sobre el contenido de tales derechos, sino que, adicionalmente, significa reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones.⁶⁴

137. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado asimismo que

revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, “que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.

En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.⁶⁵

⁶⁴ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999, cap. XIII, párr. 1.

⁶⁵ Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrafos 162 y 163.

138. La Comisión considera que el Estado paraguayo violó el derecho a protección especial que en su condición de niño tenía Víctor Hugo Maciel. En efecto, a pesar de la prohibición expresa de la constitución y legislación paraguaya, el niño Maciel fue reclutado siendo un niño de quince años. Las Fuerzas Armadas procedieron en contra de la voluntad del padre y de la madre de Víctor Hugo Maciel, quienes se opusieron a su reclutamiento.

139. En adición a reclutar a Víctor Hugo Maciel, en su casa de habitación, y en contra de la voluntad de sus padres, el Estado paraguayo omitió realizarle los exámenes médicos necesarios que hubiesen impedido su muerte, pues hubiesen evidenciado que Víctor Hugo Maciel no se encontraba en condiciones físicas apropiadas para prestar servicio militar.

140. La protección integral a que se refiere el artículo 19 de la Convención incluía, en el presente caso, que el Estado cumpliera con sus obligaciones nacionales e internacionales destinadas a proteger los diferentes derechos del niño. Ello implicaba que las fuerzas armadas no incorporaran a Víctor Hugo Maciel al servicio militar obligatorio. Si las fuerzas armadas hubiesen cumplido la Constitución paraguaya, hubiesen evitado, mediante la prevención, la muerte de Víctor Hugo Maciel. Pero no sólo lo incorporaron de manera contraria a la Constitución, sino que además omitieron la realización de los exámenes médicos que le hubiesen evitado la muerte. En otras palabras, el Estado no cumplió con las protecciones elementales previstas en su propio sistema nacional.

141. La Comisión concluye que Paraguay violó el derecho a medidas especiales de protección de la niñez consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Víctor Hugo Maciel.

G. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial ...

VI. CONCLUSIONES

174. Con base en las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, la Comisión Interamericana ratifica su conclusión respecto a que el Estado paraguayo es responsable de la violación

al derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, a medidas especiales de protección de la niñez, a la protección judicial y a garantías judiciales, consagrados, respectivamente, en los artículos 7, 5, 4, 19, 25 y 8 de la Convención Americana. Ello en el entendido que en lo relativo a la responsabilidad estatal por violación a los artículos 7, 5, 4, 19 de la Convención Americana el perjudicado es Víctor Hugo Maciel, mientras que en lo concerniente a las violaciones a los artículos 8 y 25, en concordancia con el artículo 1(1) de la Convención, los perjudicados son sus familiares. La Comisión determina igualmente que el Estado violó también la obligación que le impone el artículo 1(1) de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención.

El deber de celebrar consultas

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos
y las libertades fundamentales de los indígenas
A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009

[...] II. UNA CUESTIÓN FUNDAMENTAL: EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS

36. El Relator Especial ha procurado identificar patrones comunes de los problemas que afectan a los pueblos indígenas de todo el mundo y elaborar medidas para enfrentar directamente esos problemas. Ha observado con frecuencia y en situaciones muy diversas que los Estados no cumplen debidamente su deber de consultar a los pueblos indígenas acerca de las decisiones que los afectan, y que los gobiernos y otras partes interesadas necesitan orientación acerca de las medidas necesarias para cumplir ese deber. El Relator Especial ha observado que, sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo. Al parecer la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia.

37. No existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias. A este respecto, el artículo 34 del Convenio N° 169 de la OIT afirma que: “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adop-

ten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Si bien las implicaciones del deber de celebrar consultas son numerosas y variadas, el Relator Especial se ha referido durante el último año a cuestiones relacionadas con las consultas principalmente en dos contextos: el de las reformas constitucionales y legislativas relativas a temáticas indígenas y el de las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales y, en algunos casos, de esfuerzos de reubicación conexos que afectan a pueblos indígenas. El Relator Especial dedicará el resto del informe a reflexionar sobre algunos aspectos del deber de celebrar consultas y de su aplicación pertinentes a problemas que ha enfrentado, con lo que espera aportar aclaraciones y orientaciones útiles.

A. Los fundamentos normativos y el carácter general del deber de celebrar consultas

38. Cabe hacer hincapié en que el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre decisiones que los afecten se expresa de manera destacada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y está firmemente arraigado en las normas internacionales de derechos humanos. Este deber se menciona a lo largo de la Declaración con respecto a preocupaciones específicas (arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38), y se afirma como principio general en el artículo 19, en el que se dispone que: “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

39. Al igual que la Declaración, el Convenio N° 169 de la OIT exige a los Estados celebrar consultas de buena fe con los pueblos indígenas con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento sobre los aspectos de los planes o proyectos de gestión que los afecten, e insta a los Estados a que celebren consultas con las comunidades indígenas en relación con contextos diversos (arts. 6, párrs. 1 y 2; 15, párr. 2; 17, párr. 2; 22, párr. 3; 27, párr. 3; y 28). De

hecho, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó que: “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”³. Con respecto al deber de celebrar consultas, la jurisprudencia de la OIT permite deducir algunas de sus características, a las que se hará referencia más adelante.

40. El deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recientemente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, instó a numerosos gobiernos a que celebraran consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectaban los derechos e intereses de esos pueblos, concretamente en sus observaciones finales sobre el Canadá⁵, Indonesia⁶, Nueva Zelanda⁷, la República Democrática del Congo⁸, los Estados Unidos de América⁹, el Ecuador¹⁰, Suecia¹¹ y Namibia¹²; y también en su examen

³ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 31.

⁴ Se exhorta a los Estados a que: “garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”. Recomendación general N° 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, párr. d).

⁵ CERD/C/CAN/CO/18, párrs. 15 y 25.

⁶ CERD/C/IDN/CO/3, párr. 17.

⁷ CERD/C/NZL/CO/17, párr. 20.

⁸ CERD/C/COD/CO/15, párr. 18.

⁹ CERD/C/USA/CO/6, párr. 29.

¹⁰ CERD/C/ECU/CO/19, párr. 16.

¹¹ CERD/C/SWE/CO/18, párr. 19.

¹² CERD/C/NAM/CO/12, párr. 18.

de situaciones concretas sujetas a sus medidas de alerta temprana y procedimientos de urgencia, entre ellas las relativas a Belice¹³, el Brasil¹⁴, Chile¹⁵, Panamá¹⁶ y el Perú¹⁷. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha referido al deber de celebrar consultas en varios de sus informes a los gobiernos sobre su cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, más recientemente, en sus observaciones finales sobre Chile¹⁸, Costa Rica¹⁹, Panamá²⁰, Bostwana²¹ y Nicaragua²². Además, el deber de celebrar consultas dimana de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³.

41. Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, como se indica en las declaraciones y decisiones citadas del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía

¹³ Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Belize070308.pdf.

¹⁴ Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Brazil070308.pdf.

¹⁵ Carta de fecha 24 de agosto de 2007, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/chile_letter.pdf.

¹⁶ Carta de fecha 15 de agosto de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/Panama_letter150808.pdf.

¹⁷ Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Peru070308.pdf.

¹⁸ CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 19.

¹⁹ CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 5.

²⁰ CCPR/C/PAN/CO/3, párr. 21.

²¹ CCPR/C/BWA/CO/1, párr. 24.

²² CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 21.

²³ *Saramaka c. Suriname*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 133 y 134.

popular. En el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se afirma que: “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten. El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.

42. En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado. No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pue-

blos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

B. Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas

43. Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

44. El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de

hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: “la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos”²⁴. Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del correspondiente derecho.

45. Las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus

²⁴ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), párr. 48.

territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses.

C. La exigencia de que las consultas se celebren de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento

46. El carácter del procedimiento de consultas y su objeto también están determinados por la naturaleza del derecho o el interés que esté en juego para los pueblos indígenas de que se trate y por el efecto previsto de la medida propuesta. La Declaración dispone que, en general, las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse “de buena fe... a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (art. 19). No debe considerarse que esta disposición de la Declaración confiere a los pueblos indígenas un “poder de veto” con respecto a las decisiones que los puedan afectar sino, más bien, que señala que el consentimiento es la finalidad de las consultas con los pueblos indígenas. A este respecto, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que las consultas deberán celebrarse “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6, párr. 2). Los términos un poco diferentes de la Declaración sugieren que se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones.

47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indíge-

nas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). De la misma manera, en un caso que afectaba al pueblo saramaka de Suriname, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”²⁵.

48. En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un “poder de veto” sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.

49. Esos principios han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a

²⁵ *Saramaka c. Suriname*, párr. 134.

un acuerdo satisfactorio. Como se subrayó anteriormente, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.

D. Elementos de fomento de la confianza que dan lugar al consenso

50. Un esfuerzo de buena fe en pro de la adopción de decisiones por consenso implica para los Estados la necesidad de “desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo”²⁶. La instauración de un clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas “por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”²⁷. Como señaló un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT en un caso relativo al proceso de reforma constitucional en México, “el clima de enfrentamientos, violencia

²⁶ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

²⁷ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), párr. 107.

y desconfianza recíproca impidió que las consultas se llevaran a cabo de manera más productiva²⁸. Además, por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas.

51. Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta. Además, los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.

52. El fomento de la confianza y la posibilidad de alcanzar un auténtico consenso también dependen de que en el proceso de consultas se respeten plenamente las propias instituciones representativas y de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, como se exige explícitamente en la Declaración (art. 19) y en el Convenio N° 169 de la OIT (art. 6, párr. 1 a)). El Relator Especial observa que tal vez los pueblos indígenas también necesiten mejorar o revisar sus propias instituciones, mediante sus propios procedimientos de adopción de decisiones, con el fin de establecer estructuras representativas que faciliten el proceso de consulta. El Relator Especial ha observado que cuando los grupos indígenas no aclaran sus estructuras organizativas de representación pueden enredar y retrasar el proceso de consultas. A este respecto, puede ser útil tener presente que la Declaración insta a que las instituciones

²⁸ *Ibíd.*

indígenas funcionen “de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (art. 34) y pide que se preste particular atención a “los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas” (art. 22), incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas.

53. En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración.

E. El deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada

54. Frecuentemente las cuestiones que deben consultarse surgen cuando los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para extraer recursos naturales, construir presas o realizar otros proyectos de desarrollo en tierras indígenas o en sus inmediaciones. A este respecto, el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios

bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Además, al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.

55. El Relator Especial ha observado varios casos en que el Estado transfiere las obligaciones sobre las consultas a la empresa privada que interviene en un proyecto. Tal delegación a una empresa privada de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, además de que no absuelve al Estado de la responsabilidad que le incumbe en última instancia, puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados. No obstante, ello no descarta la posibilidad de que se llegue a una convergencia sustancial de esos intereses que permita el consenso mediante negociaciones en que se superen los desequilibrios de poder.

56. Por su parte, las empresas privadas que promuevan actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo o que participen en ellas deben procurar que sea política de su empresa ajustar siempre su conducta a las normas internacionales pertinentes en relación con los pueblos indígenas, en particular las relativas a las consultas. Si bien en términos estrictamente jurídicos, salvo en ciertas circunstancias, el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos, de hecho cada vez más se evalúa a las empresas privadas según su acatamiento de las normas internacionales de derechos humanos. Es cada vez más generalizada la expectativa de que las empresas observen esas normas en sus respectivas esferas de influencia, expectativa que ha sido manifestada por la socie-

dad civil internacional, las instituciones internacionales de derechos humanos, los Estados y las propias empresas²⁹. Además, en situaciones en que las actividades de las empresas tendrán en el futuro un impacto importante sobre comunidades indígenas, suele ser poco conveniente que las empresas pasen por alto las normas internacionales pertinentes por razones prácticas. Como ha observado el Relator Especial en su trabajo, no actuar con arreglo a esas normas suele hacer a las empresas vulnerables a dificultades como la pérdida de tiempo y de recursos económicos y les impide lograr o mantener una imagen de responsabilidad social.

57. El Relator Especial ha observado que muchas empresas carecen de una comprensión apropiada de las normas internacionales de derechos humanos relativas a los pueblos indígenas aplicables en los países donde operan, y que muchas empresas no tienen un código de conducta que incorpore debidamente los principios de derechos humanos. Para que las empresas privadas observen realmente las normas de derechos humanos pertinentes en sus respectivas esferas de influencia es necesario que identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor relacionados con los proyectos que emprendan. Además, como parte de la diligencia debida a la que están obligadas, todas las empresas privadas que operen en las inmediaciones de pueblos indígenas deben asegurarse de que, con su comportamiento, no contribuyan a ninguna actuación u omisión del Estado que pudiera infringir los derechos humanos de las comunidades afectadas ni acepten dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto. Por su parte, el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas. [...]

²⁹ Véase el Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, "Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos", (A/HRC/8/5) (2008).

La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas

Consejo de Derechos Humanos
Informe del Relator Especial sobre la situación de los
derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,
19 de julio de 2010, A/HRC/15/37

[...] La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas

26. Una de las cuestiones que aparecen con más frecuencia dentro de las distintas actividades llevadas a cabo por el Relator Especial en el marco de su mandato es el impacto de las actividades de las empresas, y en particular de las empresas transnacionales, sobre los derechos de los pueblos indígenas. Tras analizar diversas situaciones en varias partes del mundo, el Relator Especial ha considerado necesario enfocar su investigación temática durante el último año a esta cuestión, con miras a dilucidar el contenido de la responsabilidad que, de conformidad con las normas internacionales, corresponde a las empresas en este ámbito específico.

27. El papel de las empresas en relación con los derechos humanos es una cuestión compleja que ha sido objeto de un creciente interés por parte de la comunidad internacional. Este interés se ha visto reflejado, entre otros, por la creación por la Comisión de Derechos Humanos y posterior renovación por el Consejo del mandato del Representante Especial del Secretario General sobre los de-

rechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales¹³. El Representante Especial ha mostrado un interés específico por el papel de las empresas en relación con los derechos humanos de los pueblos indígenas¹⁴. El Relator Especial y el equipo del Representante Especial han comenzado a trabajar conjuntamente en esta temática, como se puso de manifiesto durante en la reunión de expertos de Sitges sobre mecanismos para la prevención y resolución de conflictos relacionados con actividades extractivas (véase *supra*, párr. 18).

28. A pesar de los elementos comunes que dominan esta cuestión, el papel de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas presenta una serie de elementos específicos, como ha sido puesto de manifiesto en diferentes iniciativas llevadas a cabo por el anterior Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas¹⁵ y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁶. Los impactos de los denominados “megapro-

¹³ Resolución 8/7 del Consejo de Derechos Humanos.

¹⁴ Véase informe resumido sobre las consultas celebradas por el Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (Bogotá, 18 y 19 de enero de 2007): www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/docs/Ruggie-Latin-America-Consultation-18-19-Jan-2007.pdf.

¹⁵ Véase informe del taller internacional sobre las perspectivas sobre las relaciones entre los pueblos indígenas y las empresas industriales (Salekhard [Federación de Rusia], 1.º a 4 de Julio de 2007): www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_PRIPIC_Report.pdf; e informe de la reunión del grupo de expertos internacionales sobre las industrias extractivas, los derechos de los pueblos indígenas y la responsabilidad social de las empresas (Manila, 27 a 29 de marzo de 2009) (E/C.19/2009/CRP.8).

¹⁶ Véase informe del seminario sobre los pueblos indígenas, las empresas privadas dedicadas a la explotación de los recursos naturales, energéticos y mineros, y los derechos humanos (Ginebra, 5 a 7 de diciembre de 2001) (E/ CN.4/Sub.2/ AC.4/2002/3, e informe sobre el seminario internacional sobre las empresas de explotación de recursos naturales, los pueblos indígenas y los derechos humanos y el establecimiento de un marco de consultas, reparto de beneficios y resolución de controversias (Moscú, 3 y 4 de diciembre de 2008) (A/HRC/ EMRIP/2009/5).

yectos” sobre los pueblos indígenas fueron también analizados en un informe temático del anterior Relator Especial¹⁷. Las distintas iniciativas internacionales llevadas a cabo hasta la fecha han analizado cómo el desconocimiento de estos derechos genera, recurrentemente, situaciones graves de desposesión, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso y daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

29. Con cada vez más frecuencia, como se analizó en el seminario de expertos de Sitges, las actividades empresariales en territorios indígenas son el detonante de serios conflictos sociales, que desencadenan círculos de violencia y, a su vez, nuevas violaciones de los derechos humanos. En estas situaciones, tal y como ha puesto de manifiesto anteriormente el Relator Especial, los pueblos indígenas no son los únicos perjudicados: los conflictos sociales relativos a las actividades empresariales en territorios indígenas terminan afectando negativamente a los intereses económicos y a la imagen de las propias empresas, así como al interés de los Gobiernos concernidos¹⁸.

30. El Relator Especial ha podido observar que, a menudo, estas situaciones están vinculadas a la falta de un conocimiento suficiente por parte de las empresas sobre las responsabilidades que le atañen en relación con los derechos de los pueblos indígenas, así como del contenido de estos derechos¹⁹. En muchas ocasiones, las empresas suelen argumentar que su responsabilidad se limita al cumplimiento de la legalidad vigente en los países en los que ope-

¹⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2003/90).

¹⁸ A/HRC/6/12, párr. 56.

¹⁹ Este aspecto fue subrayado por el Relator Especial, por ejemplo, en 2009 en relación con el caso de la construcción del proyecto hidroeléctrico Chan 75 en Panamá. Véase informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: Observaciones sobre la situación de la comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el proyecto hidroeléctrico Chan 75 (Panamá) (A/HRC/12/34/Add.5), párrs. 54 a 59.

ran; sin embargo, este es un argumento evidentemente limitado y que no ofrece soluciones suficientes en aquellos casos en los que las normas existentes son insuficientes o inexistentes en relación con los estándares internacionales, o, simplemente, los pueblos indígenas afectados no son oficialmente reconocidos como tales.

31. Ante la constante falta de reconocimiento de sus derechos en el contexto de las actividades empresariales en sus territorios, muchos pueblos indígenas han mostrado su oposición, cuando no su abierto rechazo, a dichas actividades. Sin embargo, al Relator Especial le gustaría enfatizar que, como han puesto de manifiesto en multitud de foros de ámbito interno e internacional, la mayoría de los pueblos y comunidades indígenas no se oponen de por sí a las actividades de las empresas y al potencial beneficio de dichas actividades para su propio desarrollo económico y social. De hecho, la experiencia comparada demuestra que la actividad empresarial puede convertirse en un factor clave para el desarrollo de los pueblos indígenas en la medida en que los propios pueblos indígenas pueden controlar dicha actividad en ejercicio de sus derechos de autonomía o de autogobierno. A lo que se oponen los pueblos indígenas, comprensiblemente, es a un tipo de desarrollo que se lleve a cabo sin respetar sus derechos básicos, que deje tras de sí solo impactos adversos y que no redunde en un beneficio visible para sus comunidades.

32. Por todo lo anterior, el Relator Especial considera que es imperiosamente necesario avanzar hacia un entendimiento mínimo en torno a las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Esta reflexión debe partir de las mismas premisas del actual debate internacional y multilateral en torno a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos en general.

A. La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos

33. Si bien no existe en la actualidad un claro marco jurídico internacional en relación con la responsabilidad que atañe a las empresas en materia de derechos humanos, sí existe al menos un

cierto consenso normativo en el seno de la comunidad internacional en su conjunto en torno a la existencia de algún tipo de responsabilidad. Expresión de este consenso son los numerosos marcos regulatorios y autorregulatorios existentes relativos a la responsabilidad de las empresas, tanto de ámbito internacional como doméstico, que han hecho su aparición en las últimas décadas, así como el debate normativo actualmente en curso²⁰.

34. Independientemente del estatuto jurídico de los distintos instrumentos y mecanismos existentes, lo cierto es que son un claro reflejo de la existencia de expectativas sociales en torno a la responsabilidad que corresponde a las empresas, y que debe exigírseles, en relación con los derechos humanos. El actual debate internacional sobre esta cuestión tiende a subrayar que las empresas tienen responsabilidades en relación con los derechos humanos que, aunque relacionadas, son esencialmente distintas de las que corresponden a los Estados²¹. Con relación a esta cuestión, el marco conceptual elaborado por el Representante Especial del Secretario General distingue entre tres tipos de deberes: el deber estatal de proteger, deber de empresarial de respetar y el deber compartido de reparar²².

35. Corresponde al Estado la obligación de proteger los derechos humanos frente a abusos potenciales de los derechos humanos cometidos por las empresas, incluyendo las empresas transnacionales, así como el deber de investigar y castigar dichos abusos²³.

36. Por su parte, corresponde a las empresas un deber general de respetar las normas internacionales de derechos humanos, dentro del marco de la “diligencia debida” que debe guiar las actividades de dichas empresas²⁴. Como ha señalado el Representante Especial del

²⁰ Este panorama se analiza con detalle en los informes del Representante Especial. Véanse, especialmente, los documentos E/CN.4/2006/97, A/HRC/4/35 y A/HRC/8/5, de 2006, 2007 y 2008, respectivamente.

²¹ E/CN.4/2006/97, párrs. 56 a 69.

²² A/HRC/8/5.

²³ Véanse A/HRC/4/35, párrs. 10 a 18, y A/HRC/8/16, párrs. 27 a 50 y 82 a 103.

²⁴ *Ibíd.*, párrs. 51 a 81.

Secretario General, la diligencia debida de las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos abarca tres conjuntos de factores:

37. En primer lugar, el contexto nacional en que una empresa desarrolla sus actividades comerciales, a fin de detectar los retos que se puedan plantear a causa de elementos del contexto nacional en materia de derechos humanos. En segundo lugar, el impacto que en los derechos humanos pueden tener sus actividades en ese contexto —por ejemplo, en su calidad de productor, proveedor de servicios, empleador y vecino—. En tercer lugar, la posibilidad de que las empresas contribuya a la vulneración de algún derecho mediante las relaciones vinculadas a sus actividades, por ejemplo con sus socios comerciales, proveedores, organismos oficiales y otros agentes no estatales.²⁵

38. El deber de las empresas de respetar los derechos humanos y el concepto de diligencia debida en este ámbito aparece reflejado en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la iniciativa internacional más importante hasta la fecha para asegurar la asunción por parte de las empresas de su responsabilidad social. Los Principios 1 y 2 del Pacto proclaman el principio de que las empresas “deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia”, al tiempo que deben asegurarse que “no son cómplices de la vulneración” de dichos derechos²⁶.

B. Los estándares internacionales relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos de los pueblos indígenas

39. Los instrumentos internacionales existentes en relación con los derechos de los pueblos indígenas regulan predominantemente, al igual que sucede con los instrumentos de derechos humanos de carácter general, deberes de los Estados. Este es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos

²⁵ A/HRC/4/35, párr. 19.

²⁶ Véase www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

indígenas y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En todo caso, junto con las obligaciones de los Estados, estos instrumentos enumeran también derechos cuyo respeto incumbe también a las empresas y a otros actores privados.

40. En su Recomendación General N° 23 sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial puso un especial hincapié en el problema de la pérdida de tierras y recursos indígenas por parte, entre otros, de las “empresas comerciales”, y de la amenaza que esta pérdida supone para la “conservación de su cultura y de su identidad histórica”²⁷. Esta preocupación ha sido reiterada en la práctica del Comité y de otros órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, como ha puesto de manifiesto la investigación del Representante Especial, han enfatizado la necesidad de que los Estados adopten medidas para regular e investigar las actividades de las empresas extractivas, y, en su caso, sancionarlas por los abusos cometidos a los derechos de los pueblos indígenas²⁸.

41. El marco regulatorio o autorregulatorio existente en torno a la responsabilidad empresarial en relación con los pueblos indígenas se encuentra más desarrollado que en otros ámbitos específicos de los derechos humanos²⁹. Distintas instituciones financieras internacionales, incluyendo el Banco Mundial, inclusive su Corporación Financiera Internacional (CFI), han desarrollado políticas o normas de desempeño específicas para promover que las actividades de empresas públicas o privadas aseguren un respeto mínimo de las normas internacionales de derechos indígenas, en aspectos claves como la consulta o los derechos territoriales³⁰.

²⁷ A/52/18, anexo V, párr. 3.

²⁸ A/HRC/4/35/Add.1, párr. 17.

²⁹ *Loc. cit.* (nota 14 *supra*).

³⁰ Banco Mundial, Política Operacional OP 4.10 y Normas de Procedimiento del Banco BP 4.10 (2005); CFI, Norma de Desempeño PS-7; Banco Asiático de Desarrollo, Social Requirement SR-2 (1998, en revisión); Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa OP-765 (2006); Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, Performance Requirement PR-7 (2008).

42. Diversas iniciativas de responsabilidad social corporativa (RSC) promovidas por la sociedad civil o por el sector empresarial, tanto de carácter individual o sectorial, incorporan estándares específicos relativos al respeto y promoción de los derechos indígenas. Por ejemplo, los Principios y criterios para el manejo forestal del Consejo de Administración Forestal (FSC), utilizados para la certificación de bosques, toma como criterio el respeto a los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios³¹. La Iniciativa Mundial de Presentación de Informes (GRI), de carácter multisectorial, ha incluido también consideraciones relativas a los derechos indígenas en sus guías para la presentación voluntaria de memorias de sostenibilidad³² y específicamente en relación con el sector de minería y metales³³. Por su parte, el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM), una institución que reúne a las empresas líderes del sector a nivel mundial, ha adoptado un documento de posición sobre los pueblos indígenas y los proyectos mineros³⁴.

43. Según la información recopilada por el Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales, las políticas de RSC de compañías privadas individuales, y en particular de las industrias extractivas incluyen compromisos más amplios en relación con las comunidades indígenas que en relación con otros sectores sociales. Estos compromisos van desde el respeto a las comunidades y culturas locales a la mejora de las condiciones económicas de dichas comunidades, y, en ocasiones, a la exigencia de su consentimiento previo, libre e informado³⁵.

³¹ FISC, principios y directrices para la ordenación forestal (2002): www.fscus.org/standards_criteria/.

³² Disponible en: www.globalreporting.org/ReportingFramework/SectorSupplements/MiningAndMetals/

³³ Disponible en: www.globalreporting.org/NR/rdonlyres/54851C1D-A980-4910-82F1-0BDE4BEA6608/2729/G3_SP_RG_Final_with_cover.pdf

³⁴ ICMM, declaración de posición sobre la minería y los pueblos indígenas (2009), disponible en: www.icmm.com/document/293

³⁵ A/HRC/4/35/Add.3, párrs. 60 a 62.

44. Asimismo, el Relator Especial toma nota con especial interés del desarrollo de una serie de importantes iniciativas oficiales en el ámbito interno para incentivar la responsabilidad social de las empresas en relación con los pueblos indígenas, ya sea al interior de los propios países o en terceros países. Es el caso de la Comisión Australiana de Derechos Humanos, que ha promovido activamente las negociaciones entre las empresas y los pueblos indígenas en el marco de la RSC³⁶. La Evaluación del Cumplimiento de los Derechos Humanos (HRCA), un sistema de asesoría creada por el Instituto Danés de Derechos Humanos, incluye también una serie de criterios relativos a los derechos indígenas, definidos sobre la base del Convenio 169 de la OIT³⁷. Asimismo, algunas políticas bilaterales de cooperación con los pueblos indígenas, como las de la Asistencia Internacional al Desarrollo Danesa (DANIDA)³⁸, o la de la Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID)³⁹, incorporan también el compromiso de promover la responsabilidad de las empresas, incluyendo las empresas multinacionales, en este ámbito.

45. El interés creciente de los diversos actores en el establecimiento de marcos regulatorios o autorregulatorios en relación con los derechos de los pueblos indígenas es una muestra de la conciencia de los efectos adversos de determinados tipos de prácticas empresariales sobre los pueblos indígenas, así como de la expectativa, cada vez más compartida, de que las empresas tienen una serie de responsabilidades para respetar los derechos de estos pueblos tal y como son garantizados por las normas internacionales existentes. La expectativa de la comunidad internacional incluye que

³⁶ Véase: www.hreoc.gov.au/social_justice/publications/corporateresponsibility/index.html

³⁷ Véase. <https://hrca.humanrightsbusiness.org/>

³⁸ DANIDA, estrategia para el apoyo de Dinamarca a los pueblos indígenas (2004): www.um.dk/Publikationer/Danida/English/DanishDevelopmentCooperation/StrategyforDanishSupport/strategyforDanishSupport.pdf, pág. 16.

³⁹ AECID, *Estrategia Sectorial de la Cooperación Española con los Pueblos Indígenas* (2007): <http://194.140.3.20/export/sites/default/web/galerias/programas/Indigena/descargas/ecepi.pdf>, pág. 67.

las empresas, dentro del marco de la diligencia que les es exigible en relación con los derechos humanos, asuman un papel proactivo para identificar los derechos que corresponden a los pueblos indígenas en las áreas en las que operan y determinar cómo se verán afectados por dichas actividades. Al mismo tiempo, existe una clara expectativa de que las actividades empresariales respetarán los derechos indígenas, promoviendo, y no obstaculizando, el cumplimiento de las obligación estatal de proteger estos derechos.

C. La diligencia debida de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas

46. En el contexto de los pueblos indígenas, el deber de las empresas de respetar los derechos humanos implica la diligencia debida de las empresas en la identificación previa de una serie de asuntos relativos a derechos básicos de estos pueblos indígenas y la atención adecuada a estos asuntos en la realización de sus actividades. Estos asuntos incluyen el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus estructuras de organización políticas y sociales propias; la tenencia y usos indígenas de la tierra, territorios y recursos naturales; el ejercicio por parte de los Estados del deber de consultar a estos pueblos en relación con las actividades que les afecten y las responsabilidades conexas de las empresas; estudios de impacto y medidas de mitigación; y la participación indígena en los beneficios.

47. Como ha destacado el Representante Especial del Secretario General, el deber de diligencia debida no se limita al respeto al marco regulatorio interno de los Estados en los que operan, en muchos casos insuficiente, y debe guiarse por los estándares internacionales que vinculan a dichos Estados y a la comunidad internacional en su conjunto⁴⁰. En consecuencia, las empresas que aspiren a operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas deberían enmarcar sus actividades en los derechos reconocidos por las normas internacionales relevantes, incluyendo la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT,

⁴⁰ A/HRC/8/5, párr. 54.

incluso si operan en países que no han aceptado formalmente o ratificado dichas normas.

48. La diligencia debida prescribe también que las empresas no deben contribuir a la omisión de cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales en relación con estos derechos, ni deben aspirar a sustituir a estos en el cumplimiento de dichas obligaciones. Esta consideración es particularmente relevante en relación con el ejercicio del deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas, una obligación de carácter procedimental que está asociada al deber de protección de derechos sustantivos reconocidos a los pueblos indígenas (véanse párrs. 60 a 70 *infra*).

1. El reconocimiento de los pueblos indígenas

49. Una de las dificultades básicas con las que se encuentran las empresas en relación con sus operaciones en territorios indígenas o que afectan a dichos territorios es la ausencia de un reconocimiento formal de dichos pueblos, o de un reconocimiento limitado únicamente a algunos grupos, por parte de los Estados en los que viven. Sin embargo, resulta un principio generalmente aceptado de derecho internacional de los derechos humanos que la existencia de grupos diferenciados por razón étnica, lingüística o religiosa, incluyendo pueblos indígenas, responde a criterios objetivos y no puede depender de la decisión unilateral de los Estados⁴¹.

50. La falta de un reconocimiento explícito, o un reconocimiento limitado, de los pueblos indígenas en aquellos países en los que operan no puede ser una excusa para que las empresas apliquen los estándares internacionales mínimos en relación con los derechos de estos pueblos, incluso en situaciones en los que los Estados se oponen a la aplicación de dichos estándares. Por lo tanto, dentro de un marco de diligencia debida, corresponde a las empresas la responsabilidad de identificar de antemano la existencia de pueblos indígenas potencialmente afectados por sus futuras actividades y en qué medida podrían verse afectados por las mismas.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 23: “Derechos de las minorías (art. 27)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), párr. 5.2.

51. Esta responsabilidad ha sido explícitamente incorporada en las políticas sobre pueblos indígenas del Banco Mundial y de la CFI. La política del Banco Mundial subraya que la noción pueblos indígenas hace referencia genérica a “grupos vulnerables con una identidad social y cultural diferenciada” que presentan una serie de características propias, y toma nota del hecho de que dichos pueblos pueden identificarse bajo distintas denominaciones dependiendo del contexto específico⁴². En relación con esta cuestión, ambas políticas exigen a los prestatarios la realización de estudios técnicos previos a sus operaciones cuando sea necesario⁴³.

52. En ausencia de una definición universalmente válida, las empresas podrían recurrir a la definición incluida en el Convenio 169 de la OIT ha sido utilizada también por Estados que no han ratificado el convenio en su legislación o políticas relativas a los pueblos indígenas, así como por numerosas organismos internacionales y algunas empresas. Otros instrumentos en manos de las empresas para la identificación de pueblos indígenas potencialmente afectados por sus proyectos, incluso en ausencia de reconocimiento oficial, son los criterios recogidos en las políticas del Banco Mundial y de la CFI⁴⁴.

2. Los derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales

53. Un segundo elemento que forma parte de la diligencia debida que es asumible de una empresa cuyas actividades tengan un impacto potencial sobre los pueblos indígenas concierne a la identificación de las formas indígenas de tenencia y uso de sus tierras, territorios y recursos naturales, una cuestión de importancia fundamental para el goce efectivo de los derechos humanos por parte de estos pueblos.

54. Las normas y la práctica internacionales han reconocido que los pueblos indígenas tienen un derecho *sui generis* de propiedad comunal sobre las tierras, territorios y recursos naturales que han usado o ocupado tradicionalmente, es decir, de conformidad con sus pautas culturalmente diferenciadas de uso y ocupación (DDPI,

⁴² Banco Mundial, OP 4.10, párrs. 3 a 4.

⁴³ Ibid., párr. 4 y PS-7, párr. 6.

arts. 24-29; Convenio 169, arts. 13-17). Dichas pautas incluyen un amplio espectro de actividades que no se limitan necesariamente a actividades económicas de subsistencia, sino que incluyen también los usos culturales y espirituales del territorio y los recursos necesarios para su desarrollo económico y social como pueblos. Según el entendimiento normativo internacional, el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras, territorios y recursos naturales se origina en su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, y por tanto es previo e independiente del reconocimiento estatal a través de un título oficial de propiedad.

55. La ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad comunal indígena, ya sea por la falta de identificación de dicha propiedad a través de procesos de demarcación o titulación o cualquier otro mecanismo jurídico, ya sea por la ausencia de una legislación adecuada, no puede ser asumida como premisa ni como excusa por parte de las empresas que pretendan operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas. Por lo tanto, la diligencia debida de las empresas incluye la responsabilidad de realizar una evaluación independiente de los derechos que puedan corresponder a estos pueblos siguiendo los criterios establecidos en las normas internacionales, incluso, y sobre todo, si la legislación interna no es plenamente conforme a dichos criterios.

56. En este mismo sentido se pronuncia las políticas del Banco Mundial y de la CFI sobre pueblos indígenas, que aplica una serie de criterios especiales cuando los proyectos de los prestatarios tengan algún tipo de impacto sobre los territorios y recursos naturales tradicionalmente usados por los pueblos indígenas. Así, en relación con aquellos proyectos que dependen del reconocimiento de propiedad comunal indígena o que impliquen la adquisición de tierras, dichas políticas exigen una documentación previa, realizada por expertos, de los patrones indígenas de uso y ocupación de la tierra. Estas políticas exigen asimismo un trato igual a la tenencia consuetudinaria indígena que el que correspondería a propietarios con título legal⁴⁵.

⁴⁴ OP 4.10, párr. 4; PS-7, párr. 5.

57. Dado que la tenencia consuetudinaria de la tierra es uno de los rasgos específicos que caracterizan a la gran mayoría de los pueblos indígenas en todas las partes del mundo, y un elemento fundamental en el reconocimiento internacional de sus derechos, la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde las empresas planean llevar a cabo sus actividades debería ser asumida por dichas empresas como una fuerte presunción de que estos derechos poseen *algún tipo de derechos* sobre las tierras y recursos que ocupan o usan de cualquier otra manera. Y, en el sentido contrario, las empresas no pueden operar, dentro de un marco de diligencia debida, que la ausencia de reconocimiento oficial de los derechos de propiedad comunal indígena implica que dichos derechos no existen.

58. De particular relevancia resulta también la incorporación en las actividades empresariales de las garantías especiales de compensación como consecuencia del traslado de los pueblos y comunidades indígenas de sus tierras, incluyendo aquellos proyectos que conlleven la adquisición de tierras indígenas tituladas a favor de individuos. En estos casos, los estándares internacionales prescriben la búsqueda de alternativas que eviten o limiten dichos traslados y la compensación prioritaria en forma de tierras alternativas (DDPI, art. 10; Convenio 169, art. 16). Asimismo, según la Declaración de Naciones Unidas, el Estado tiene el deber de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de autorizar el desplazamiento colectivo de pueblos indígenas (art. 10).

59. La diligencia debida de las empresas en relación con las tierras, territorios y recursos indígenas demanda de estas empresas un ejercicio de comprensión intercultural que va más allá de consideraciones meramente jurídicas. Las normas internacionales han destacado la especial importancia que reviste para los pueblos indígenas su relación con sus territorios tradicionales, que es la base de sus identidades y culturas diferenciadas. Las empresas deben comprender que, independientemente de cuáles sean los derechos que puedan corresponder a las comunidades indígenas sobre sus tierras o recursos conforme a las normas internas e internacionales, estos pueblos han mantenido, y persiguen mantener, su conexión con

sus territorios tradicionales a través de alguna forma de participación en el control y gestión del mismo. Esta conexión es además de carácter colectivo, y va más allá por tanto de los derechos individuales de sus miembros.

3. El deber estatal de consulta, y las responsabilidades empresariales conexas

60. Como puso de manifiesto en su anterior informe ante el Consejo, el Relator Especial ha subrayado que ha podido identificar que la falta de cumplimiento por parte de los Estados de su deber de consultar a los pueblos indígenas antes de llevar a cabo actividades que les afectan, y en particular en relación con los proyectos empresariales susceptibles de tener un impacto sobre estos pueblos, genera sistemáticamente “situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, ha degenerado en actos de violencia”⁴⁶.

61. El Relator Especial considera importante reiterar aquí, como ya señaló en su anterior informe, que, en virtud de principios bien fundados de derecho internacional, el deber de consultar a los pueblos indígenas es una responsabilidad que recae principalmente sobre los Estados, al igual que el resto de las obligaciones en materia de derechos humanos⁴⁷. En la práctica, sin embargo, son muchos los casos en los que los Estados delegan formal o informalmente a las empresas la realización de dichas consultas. Como señaló el Relator Especial en esta ocasión, esta delegación, además de no absolver al Estado de su responsabilidad última de consultar a los pueblos indígenas, “puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados”⁴⁸. Además, en la mayoría de las ocasiones, las empresas,

⁴⁵ OP 4.10, párr. 17; PS-7, párr.13.

⁴⁶ A/HRC/12/34, párr. 36.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 55.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 54.

incluso actuando de buena fe, no siempre poseen un conocimiento necesario de las normas internacionales pertinentes y no cuentan con códigos de conducta internos que reflejen dichas normas⁴⁹.

62. La interacción entre el deber estatal de consultar y las consultas llevadas a cabo por parte de empresas privadas puede plantearse en los siguientes términos. En primer lugar, tal y como prescriben las normas internacionales, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la aprobación de cualquier medida que pueda tener un impacto directo sobre sus derechos, particularmente precisas en relación con actividades que se llevan a cabo en territorios tradicionales indígenas (DDPI; arts. 19, 32,2; Convención 169, arts. 6, 15). Las consultas deben llevarse a cabo siguiendo los criterios que exigen las normas internacionales y que fueron analizados por el Relator Especial en su anterior informe y que, en ocasiones, requieren del consentimiento de los pueblos indígenas afectados⁵⁰.

63. En el caso de las actividades concesionadas a empresas privadas bajo cualquier tipo de régimen jurídico (ya sea una concesión propiamente dicha, un acuerdo de producción compartida o un acuerdo de prestación de servicios) corresponde al Estado la obligación de llevar a cabo consultas en las primeras fases del proyecto, idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión. Todavía con más razón es exigible la consulta con carácter previo en relación con las actividades llevadas a cabo por empresas públicas.

64. Como proceso de diálogo o negociación, la consulta, dependiendo de las circunstancias específicas de las que se trate, no debe entenderse como un acto singular. En muchas ocasiones, y en particular con proyectos empresariales tales como la construcción de represas y obras de infraestructura, o de explotación de los recursos mineros o de hidrocarburos, dichos proyectos pueden requerir de diversas decisiones administrativas, como por ejemplo la aprobación de licencias ambientales. En la medida en que dichas decisio-

⁴⁹ Ibid., párrs. 55 a 57.

⁵⁰ Ibid., párr. 47.

nes involucren a organismos del Estado y supongan algún tipo de modificación a los planes iniciales que fueron objeto de consulta con los pueblos indígenas afectados, el Estado tiene la obligación de volver a informar y consultar a dichos pueblos.

65. Dentro de la diligencia debida que corresponde a las empresas en relación con el respeto de los derechos indígenas, estas deben asegurarse que, con su comportamiento, no contribuyen a ninguna acción u omisión por parte del Estado que pueda llevar a violaciones de estos derechos. De esta manera, las empresas no deberían proceder a la aceptación de ninguna concesión y a la realización de ningún proyecto en caso de que el Estado no haya llevado consultas previas y adecuadas con las comunidades indígenas afectadas⁵¹, y las empresas, dentro de su diligencia debida, no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión. Del mismo modo, las empresas no deben realizar consultas que aspiren a suplantar, o de hecho, suplanten, el deber que corresponde a los Estados de consultar a los pueblos indígenas en relación con las actividades que les afecten.

66. En consecuencia, las empresas, si actúan dentro de un marco de diligencia de respeto a las normas básicas de derechos humanos, deberían abstenerse de operar en aquellos países en los que la consulta a los pueblos indígenas no está debidamente asegurada en términos generales o en relación con el proyecto específico objeto de concesión, conforme a los requisitos exigidos por las normas internacionales.

67. Con independencia de la responsabilidad primordial que recae a los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la implementación de medidas que les afecten, y de los supuestos en los que corresponde a los Estados en exclusiva el desempeño de dicha responsabilidad, las empresas tienen también la responsabilidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones en relación con dichas medidas, incluyendo a través de la realización de consultas

⁵¹ Ibid., párr. 57.

informadas con dichos pueblos. Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto (*infra*, párrs. 71-80). En la medida en que atañe a una responsabilidad principal del Estado, la realización de consultas por partes de las empresas debería contar con la supervisión del Estado⁵².

68. La realización continuada de consultas y diálogos con las comunidades interesadas constituye además una vía para fomentar la transparencia a través de la difusión de información y generar el clima de confianza necesario para lograr el eventual apoyo al proyecto y evitar posibles conflictos. Asimismo, la realización de consultas con los pueblos indígenas puede constituir un mecanismo de alerta temprana en relación con posibles impactos negativos o quejas relativos al proyecto y tomar medidas para evitar problemas similares en el futuro.

69. Un mecanismo adecuado para garantizar el respeto por parte de las empresas del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relativas a las medidas que les afectan es el establecimiento de espacios institucionalizados, como mesas permanentes de consulta y diálogo, con representación adecuadas de los pueblos y comunidades afectadas, las empresas y las autoridades locales, tal y como ha sido recomendado por el Relator Especial en casos de conflictos derivados de proyectos empresariales en territorios indígenas⁵³. Estos espacios podrían asociarse además a mecanismos informales de queja que permitan atender las demandas presentadas por las comunidades afectadas.

70. La consulta a los pueblos indígenas por parte de las empresas debe ser plenamente asumida como parte de su deber de respetar los derechos humanos. Ello implica necesariamente un cambio de perspectiva que debe superar enfoques tradicionales de partici-

⁵² Ibid..

⁵³ Véase, p.ej. Nota preliminar del Relator Especial sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin (A/HRC/15/37/Add.8), párr. 38.

pación local como miras a conseguir una licencia social para operar. En este sentido, el Relator Especial desea enfatizar la necesidad de que las empresas realicen todos los esfuerzos para acometer consultas responsables, transparentes y efectivas, y que respondan realmente al objetivo de alcanzar acuerdos o el consenso de los pueblos indígenas, en consonancia con los instrumentos internacionales. Para llevar a cabo dichas consultas, las empresas deberían tratar de incorporar los criterios mínimos sentados por estos instrumentos, particularmente ante la ausencia de una reglamentación específica, o una reglamentación limitada, en la legislación interna.

4. Estudios de impacto y medidas de compensación

71. Necesariamente vinculados a los procesos de consulta son los estudios que se deben realizarse sobre los impactos de los proyectos y la definición de medidas adecuadas para compensar por los impactos negativos identificados. Debido al reconocimiento de la especial vinculación que mantienen los pueblos indígenas con los hábitats naturales de los territorios en los que viven, las normas internacionales reconocen ampliamente el “[d]erecho a la conservación y protección del medio ambiente” de los pueblos indígenas y de la “capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos” (DDPI, art. 29.1), al tiempo que requieren la adopción de “[m]edidas especiales para salvaguardar” este medioambiente (Convenio 169, art. 4.1). Estos derechos se suman a los derechos sociales y culturales que pueden ser afectados por las actividades empresariales.

72. Como consecuencia del reconocimiento de un derecho reforzado de los pueblos indígenas a la conservación y protección del medioambiente, los estándares y la práctica internacionales han exigido la realización de estudios de impacto social y ambiental como una de las garantías específicas para la protección de los derechos de estos pueblos, y en particular sobre los proyectos de inversión, desarrollo, exploración o extracción de los recursos naturales susceptibles de afectar estos derechos. En estos términos se pronuncia el artículo 7.2. del Convenio 169, que establece el deber de los Estados de llevar a cabo “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 pueden tener sobre esos pueblos”, estudios que deben ser considerados como “criterios fundamentales” para la ejecución de dichas actividades. En su sentencia en el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la realización de estudios de impacto social y ambiental era una garantía del derecho de propiedad comunal indígena en relación con los proyectos llevados a cabo en sus territorios, aclarando además que dichos estudios deben llevarse a cabo por “actores independientes y técnicamente capacitados, bajo la supervisión del Estado”⁵⁴. Estos estudios son también requeridos expresamente por las políticas de diversas instituciones financieras internacionales.

73. Como ha señalado el Representante Especial del Secretario General sobre las empresas multinacionales, es necesario cambiar el paradigma que tradicionalmente ha orientado los estudios de impacto para incorporar plenamente un enfoque basado en los derechos humanos. Desde este nuevo enfoque, en el diseño de los términos de referencia para la realización de estudios de impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas, las empresas deberían “catalogar los criterios pertinentes de derechos humanos, inclusive los establecidos en convenciones internacionales de las que el país de acogida y el país anfitrión son signatarios (señalando quizás también convenciones de derechos humanos que esos países no han ratificado)” y otros criterios básicos, incluyendo las “leyes y tradiciones consuetudinarias indígenas (por ejemplo, las que rigen la distribución y propiedad de la tierra)”⁵⁵. Este es el enfoque que sigue, por ejemplo, las Directrices Akwé Kon, adoptadas por la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica, con miras a facilitar la realización de evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos que

⁵⁴ *Pueblo Saramaka v. Suriname*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N.º 172 (2008), párr. 129.

⁵⁵ E/CN.4/2006/97, párr. 23.

se lleven a cabo en territorios indígenas o que puedan afectar a estos territorios.

74. El objetivo último de los estudios de impacto no es otro que el adoptar todas las medidas necesarias para prevenir los posibles impactos negativos de las actividades proyectadas sobre el medioambiente y la vida social, económica, cultural y espiritual de los pueblos indígenas. En este sentido, el deber de las empresas de respetar los derechos indígenas exige que realicen todos los esfuerzos necesarios para buscar alternativas técnicamente viables que mitiguen o limiten dichos impactos (DDPI, art. 32.3). Cuando no es posible evitar impactos adversos por razones sustantivas, los pueblos indígenas deben ser compensados a través de una “reparación justa y equitativa” por cualquier daño derivado de las actividades empresariales, tal como se establece claramente en los instrumentos internacionales (DDPI, art. 20.2, 32.2; Convenio 169, art. 15.2).

75. Como puede deducirse claramente de los estándares internacionales, la compensación debe aspirar a reparar todos los posibles impactos adversos de las actividades empresariales sobre la vida cotidiana de los pueblos indígenas, abarcando por tanto no sólo los impactos sobre el medioambiente o la capacidad productiva de estos pueblos, sino también aspectos de orden social, cultural o espiritual. En este aspecto, la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece una serie de ejemplos de gran utilidad sobre las formas de compensación y reparación en casos de daños a las prácticas sociales y culturales de los pueblos indígenas⁵⁶.

5. Participación en los beneficios

76. Cuestión distinta a la compensación por daños es el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de los proyectos que tienen lugar en sus territorios tradicionales, particularmente en relación con la explotación de los recursos naturales. El deber de establecer mecanismos de participación en los beneficios a favor de los pueblos afectados por dichos proyectos aparece expresamente regulado en el artículo 15.2 del Convenio

169, y ha sido reiterado, entre otros, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ y del CERD⁵⁸.

77. El derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios de los proyectos que afectan a sus territorios tradicionales es una plasmación del reconocimiento amplio que la comunidad internacional ha otorgado al derecho de propiedad comunal indígena, que incluye el reconocimiento de algún tipo de derechos en relación con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, con independencia de la titularidad estatal o privada de dichos recursos⁵⁹. A este respecto, el anterior Relator Especial afirmó también que una “distribución de los beneficios mutuamente aceptable” constituye una forma de garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas “en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁶⁰. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado asimismo que la participación en los beneficios es una de las garantías requeridas en todo que suponga una limitación de los derechos de propiedad comunal indígena; esta participación en los beneficios debe entenderse como el equivalente al derecho a una indemnización justa como consecuencia de limitación o privación de la propiedad, tal y como se reconoce en distintos instrumentos internacionales.

78. Las normas internacionales no prescriben ninguna fórmula específica para garantizar el reparto de los beneficios a favor de los pueblos indígenas, más allá de la consideración de que este reparto debe ser “justo y equitativo”⁶¹. En este ámbito, la legislación interna de los Estados presenta todavía serias limitaciones. Son escasos

⁵⁶ Véase, en particular, *Masacre de Paz de Sánchez v. Guatemala*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N.º 116 (2004).

⁵⁷ *Loc.cit.* (nota 54 *supra*).

⁵⁸ CERD/C/ECU/CO/19, párr. 16.

⁵⁹ Véanse Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 25, párr. 1, y art. 26, párr. 1; y Convenio 169 de la OIT, art. 15, párr. 1.

⁶⁰ E/CN.4/2003/90, párr. 66.

⁶¹ *Loc.cit.* (nota 54 *supra*), párrs. 133,134 y 140.

los Estados que garantizan la participación en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, y cuando esta participación está establecida por ley, no suele hacerse distinción entre los beneficios que corresponden a la población local de a las comunidades indígenas en cuanto tales. El nivel de participación en las regalías de los proyectos suele ser además nimio en comparación con los beneficios obtenidos por las empresas, al tiempo que no suelen establecerse criterios claros y transparentes de asignación en relación con dichos beneficios.

79. Cuando el ordenamiento jurídico interno ofrece respuestas limitadas a esta cuestión, o sencillamente no ofrece respuestas, la diligencia con la que deben actuar las empresas en relación con los derechos indígenas puede implicar el establecimiento de mecanismos específicos de reparto de los beneficios guiados por el espíritu de las normas internacionales. El Relator Especial debe enfatizar aquí que un enfoque empresarial basado en el respeto a los derechos indígenas exige que el reparto en los beneficios sea percibido precisamente como una forma de cumplimiento de un derecho, y no como una concesión graciable o caritativa que busque lograr el apoyo social del proyecto o minimizar posibles conflictos⁶².

80. Desde una perspectiva de derechos indígenas, el reparto en los beneficios debe superar enfoques restrictivos basados únicamente en pagos monetarios, que, dependiendo de las circunstancias específicas, pueden ser inadecuados para las circunstancias de las comunidades beneficiadas. Tal y como pusieron de manifiesto los participantes en el seminario internacional organizado por el Foro Permanente en Manila en 2009, “los pagos a las comunidades indígenas tienen a menudo impactos negativos y crean división”, y pueden conducir fácilmente a prácticas de “influencia indebida e incluso sobornos”. Se debe explorar la elaboración de mecanismos para la participación en los beneficios que realmente fortalecen la capacidad de los pueblos indígenas para establecer y seguir sus propias prioridades de desarrollo, y que ayuden a hacer efectivos y sus propios mecanismos de decisión e instituciones. [...]

⁶² A/HRC/12/34/Add.5, párr. 40.

El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal, los recursos naturales y otros derechos derivados de éstos

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam
Sentencia del 28 de noviembre de 2007
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VII. FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 2¹²
(DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO) Y VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 3³
(DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA), 21⁴

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

¹ El artículo 2 establece que: “[s]i 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.”

² El artículo 3 establece que: “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

³ El artículo 21 establece, *inter alia*, que: “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.”

⁴ El artículo 25 establece que: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales com-

(DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA) Y 25⁵ (DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1⁶ (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) DE DICHO INSTRUMENTO

77. Debido a la interrelación de los argumentos presentados ante la Corte en el presente caso, el Tribunal abordará en un único capítulo las presuntas falta de cumplimiento con el artículo 2 y violaciones de los artículos 3, 21 y 25 de la Convención. De este modo, la Corte tratará las siguientes ocho cuestiones: primero, si los miembros del pueblo Saramaka conforman una unidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos; segundo, si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal; tercero, si el Estado ha reconocido el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka que deriva de su sistema comunal de propiedad; cuarto, si, y en qué medida, los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente tradicionalmente les pertenece; quinto, si, y en que medida, el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y la extracción de los recursos naturales que se

petentes, 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 a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

⁵ Artículo 1(1) establece que: 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.”

⁶ Este hecho fue reconocido por el Estado (fondo, tomo II, folio 291). *Cfr.* también Testimonio de Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, pp. 3-4).

encuentran dentro y sobre el presunto territorio Saramaka; sexto, si las concesiones que el Estado ya otorgó cumplen con las garantías establecidas conforme al derecho internacional; séptimo, si la falta de reconocimiento del pueblo Saramaka como persona jurídica los convierte en inelegibles conforme al derecho interno para poder recibir un título comunal de propiedad sobre sus tierras en calidad de comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de su derecho de propiedad, y finalmente, si existen recursos legales efectivos y adecuados disponibles en Surinam para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra los actos que violan su alegado derecho al uso y goce de la propiedad comunal.

A. los integrantes del pueblo Saramaka como una comunidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos

78. La Comisión y los representantes alegaron que el pueblo Saramaka conforma una unidad tribal y que el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad. El Estado ha objetado que el pueblo Saramaka pueda definirse como una comunidad tribal sujeta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho a la posesión colectiva de la propiedad. Por lo tanto, la Corte debe analizar si los integrantes del pueblo Saramaka conforma una comunidad tribal y, de ser así, si está sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos.

79. En principio, la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam (*infra* párr. 80). Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.

A.1) Los integrantes del pueblo Saramaka como un grupo distinto en lo social, cultural y económico y con una relación especial respecto de su territorio ancestral

80. Conforme a la prueba presentada por las partes, el pueblo Saramaka es uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII⁷. Sus ancestros se escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas⁸. El pueblo Saramaka está organizado en doce clanes de linaje materno (*lös*) y se estima que el número actual de la población Saramaka va de 25,000 a 34,000 miembros, quienes se dividen en 63 comunidades situadas en la región superior del Río Surinam y en algunas comunidades desplazadas que están ubicadas al norte y al oeste de dicha región⁹.

81. Su estructura social es diferente a la de otros sectores de la sociedad en tanto el pueblo Saramaka está organizado en clanes de linaje materno (*lös*), y se rigen, al menos en forma parcial, por sus propias costumbres y tradiciones¹⁰. Cada clan (*lö*) reconoce la autoridad política de varios líderes locales, incluyendo a los que ellos llaman Capitanes y Capitanes Jefes, así como un *Gaa'man*, que es el oficial de más alto rango dentro de la comunidad¹¹.

⁷ Este hecho fue reconocido por el Estado (fondo, tomo II, folio 288). *Cfr.* también Testimonio de Capitán Jefe y Fiscal Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 4), Peritaje del Profesor Richard Price durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 57), y peritaje de Salomon Emanuels durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 67).

⁸ Este hecho fue reconocido por el Estado (fondo, tomo II, folio 297). *Cfr.* también Profesor Richard Price, "Report in support of Provisional Measures", el 15 de octubre de 2003 (expediente de apéndices a la demanda, anexo 2, folio 15).

⁹ Aunque el asunto de los derechos de propiedad está en controversia, las partes concuerdan en que el pueblo Saramaka tiene sus propias normas tradicionales y costumbres con respecto a la forma en que el pueblo Saramaka usa y goza de la propiedad.

¹⁰ *Cfr.* Profesor Richard Price, "Report in support of Provisional Measures", *supra* nota 63.

¹¹ Al hacer referencia al término "territorio" la Corte se refiere a la totalidad de tierra y recursos que los Saramaka han utilizado tradicionalmente. En este sen-

82. Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio¹² ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka¹³. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera¹⁴. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos¹⁵. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada “primera vez”¹⁶. Durante la audiencia pública del presente caso el Capitán Jefe Wazen Edwards describió la especial relación que tienen con la tierra del siguiente modo:

tido, el territorio Saramaka pertenece de manera colectiva a los miembros del pueblo Saramaka, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka (*supra* párr. 100). *Cfr.* Affidávit de Capitán Jefe y Fiscali Eddie Fonkie, el 5 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 4, folio 1911); Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 60-61), y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63.

¹² *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folios 17-18).

¹³ *Cfr.* Testimonio del Capitán Cesar Adjako durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 15); Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); Informe del Profesor Richard Price del 30 de septiembre de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 1, folio 4), y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

¹⁴ *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 14), y Affidávit del Dr. Peter Poole de 30 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 8, folio 1961).

¹⁵ *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63.

¹⁶ Testimonio del Capitán Jefe y Fiscali Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 5).

El bosque es como nuestro mercado local; allí obtenemos nuestras medicinas, nuestras plantas medicinales. Allí cazamos para tener carne que comer. El bosque constituye verdaderamente nuestra vida entera. Cuando nuestros ancestros se escaparon al bosque, no llevaban nada con ellos. Aprendieron cómo sobrevivir, qué plantas comer, cómo manejar sus necesidades de subsistencia una vez que llegaron al bosque. Es toda nuestra forma de vida¹⁷.

83. Asimismo, se puede caracterizar su economía como tribal. De acuerdo con el peritaje del Dr. Richard Price, por ejemplo, “la mayor cantidad de alimentos que consumen los Saramaka proviene de [...] fincas y de jardines” tradicionalmente cultivados por las mujeres Saramaka¹⁸. Los hombres, de acuerdo al Dr. Price, pescan y “cazan cerdos salvajes, ciervos, tapir, toda clase de monos, distintas clases de aves, todo lo que comen los Saramakas”¹⁹. Asimismo, las mujeres recolectan distintos tipos de frutas, plantas y minerales, que utilizan en varias formas, incluso para hacer canastas, para cocinar aceite y para los techos de sus viviendas²⁰.

84. Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son

¹⁷ Cfr. Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); informe del Profesor Richard Price, *supra* nota 68, y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

¹⁸ Cfr. Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); informe del Profesor Richard Price, *supra* nota 68, y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

¹⁹ Cfr. Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); Informe del Profesor Richard Price, *supra* nota 68, y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

²⁰ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra* nota 49, párrs. 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118-121, y 131, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131, 135-137 y 154.

diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos.

A.2) Medidas especiales debidas a los miembros de los pueblos tribales que garanticen el ejercicio de sus derechos

85. Esta Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural²¹. Otras fuentes del derecho internacional han declarado, en igual sentido, que dichas medidas son necesarias²². Particularmente, en el caso *Moiwana*, la Corte determinó que otra de las

²¹ Desde el año 1972, en la resolución adoptada por la Comisión sobre “Protección Especial de las Poblaciones Indígenas – Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial”, la Comisión declaró que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un sagrado compromiso de los Estados”. *Cfr.* Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2, 13 de marzo de 1973, citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 12/85, Caso No. 7615, Yanomami. Brasil*, 5 de marzo de 1985, párr. 8. *Cfr.* también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador, OAS/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev 1, 25 abril de 1997, Capítulo IX (señalando que “Dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizás sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural –un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales.”); UNCERD, *Recomendación General No. 23, Los Derechos de los Pueblos Indígenas (sesión cincuenta y uno, 1997)*, U.N. Doc. A/52/18, anexo V, 18 de agosto de 1997, párr. 4 (invitando a los Estados Partes a tomar ciertas medidas para reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas), y ECHR, *Caso Connors Vs. El Reino Unido*,

comunidades maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía “una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales” que se centraba no “en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto”²³. Esta relación especial con la tierra, así como su concepto comunal de propiedad, conllevó a que la Corte aplicara a la comunidad Moiwana su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención²⁴.

86. La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.

B. el derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana y los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento

87. La Corte ahora analizará si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal.

Sentencia del 27 de mayo de 2004, Demanda no. 66746/01, párr. 84 (señalando que los Estados tienen la obligación de tomar acciones positivas para promover y proteger las diferentes tradiciones de minorías bajo el umbral de igualdad bajo la ley).

²² Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 132-133.

²³ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 77, párr. 133.

²⁴ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118. Cfr. también Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 137.

B.1) Derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención Americana

88. Esta Corte ha tratado previamente esta cuestión y ha sostenido en repetidas oportunidades que

la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana²⁵.

89. Asimismo, en el caso *Mayagna* la Corte señaló que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”²⁶. De igual manera, en el caso *Sawhoyamaya* la Corte consideró “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’”²⁷. Además, el Tribunal señaló en el caso *Yakye Axa* que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”²⁸.

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su dere-

²⁵ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 148.

²⁶ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 120 (citando Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 149).

²⁷ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 143.

²⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 131.

cho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que:

la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²⁹.

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica³⁰. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adop-

²⁹ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párrs. 118-121, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 124, 131, 135 y 154. Cfr. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 75/02, Case 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (haciendo énfasis en que “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales.”)

³⁰ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párrs. 148, 150 y 152-153.

tar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

B.2) Interpretación del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso

92. La Corte reconoce que llegó a esa interpretación del artículo 21 en casos anteriores a la luz del artículo 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua³¹ y Paraguay³², por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (en adelante, “Convenio OIT 169”)³³.

93. Como se discutirá seguidamente (*infra* párrs. 97-107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es

³¹ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párrs. 138-139, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párrs. 122-123.

³² Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párrs. 127-130, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párr. 117.

³³ Surinam ratificó ambos el 28 de marzo de 1977. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 Diciembre 1966, 99U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 23 de marzo de 1976), y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 Diciembre 1966, 993 U.N.T.S. 3, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 3 de enero de 1976).

³⁴ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pac-*

el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas³⁵. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”³⁶. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos³⁷. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (*supra*, párrs. 80-86)³⁸.

94. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que “no se negará a

to. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión). N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto”.

³⁵ Artículo 1 común del PIDCP y PIDESC.

³⁶ Cfr. Artículo 29 de la Convención Americana. Cfr. también Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 113115 (sosteniendo una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en consideración el desarrollo progresivo del corpus juris gentium del derecho internacional de los derechos humanos en el tiempo y en su estado actual.

³⁷ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, *supra* nota 77, párr. 133.

³⁸ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27) (quincuagésima sesión, 1994)*, ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrs. 1 y 3.2.

las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría³⁹.

95. El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

96. Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.

C. Los derechos de los miembros del pueblo Saramaka derivados del sistema de propiedad comunal de aquellos (artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento)

97. Toda vez que se declaró que la Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y

³⁹ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 77, párrs. 86.5 y 130.

goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal, la Corte procederá ahora a analizar si el Estado ha adoptado el marco adecuado para efectivizar, mediante la legislación interna, dicho derecho.

98. La cuestión general respecto de los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en Surinam ya ha sido materia de estudio por esta Corte en el caso *Moiwana*. En dicho precedente, la Corte sostuvo que el Estado no reconocía a dichos pueblos un derecho a la propiedad comunal⁴⁰. La Corte observa que ésta conclusión se encuentra también respaldada por una serie de organismos y organizaciones internacionales que han tratado esta cuestión en otras oportunidades. El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial⁴¹, la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos⁴², y el Relator Especial de la Comisión de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos

⁴⁰ Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones sobre los Informes presentados por los Estados Parte bajo el Artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales sobre Surinam, supra nota 43, párr. 11.

⁴¹ Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Consideraciones sobre los informes presentados por los Estados Parte bajo el Artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales sobre Surinam, supra nota 42, párr. 21* (expresando preocupación “sobre la falta de reconocimiento legal y garantías para la protección de los derechos indígenas y tribales a sus tierras y otros recursos”, y recomendando que Surinam “garantice a los miembros de comunidades indígenas el pleno goce de todos los derechos reconocidos en el artículo 27 del Pacto y que adopte legislación específica para tal propósito”) (expediente de anexos al escrito de los representantes, anexo 4.3, folios 1495-1496).

⁴² Cfr. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión* (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 21 (explicando que, “legalmente, el Estado es el dueño de la tierra que ocupan, y éste puede otorgar concesiones de propiedad privada a particulares. Las tierras, territorios y recursos indígenas y tribales no están reconocidos en la ley. [...] No obstante se hayan presentado peticiones al Gobierno nacional y ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos (Comisión y Corte), las comunidades indígenas y maroon aún no han recibido la protección que requieren”). El Banco Interamericano de Desarrollo asimismo apoyó este análisis en su es-

humanos y las libertades fundamentales de los indígenas⁴³ todos han observado que Surinam no reconoce legalmente los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de sus tierras, recursos y territorios comunales.

99. El Estado también aceptó que su legislación interna no reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su sistema de propiedad comunal sobre su territorio, sino que les reconoce un privilegio sobre el uso de la tierra. No obstante, el Estado proporcionó cuatro presuntas razones por las cuales no debería considerarse responsable de esta situación en el presente caso. Primero, el Estado manifestó que la falta de claridad respecto del sistema de posesión de tierras del pueblo Saramaka, particularmente acerca de quiénes son los titulares de la tierra, presenta un problema práctico para el reconocimiento del Estado del derecho comunal a la propiedad. Segundo, algunas “complejidades y sensibilidades” respecto de la cuestión de los derechos colectivos no ha permitido que el Estado legalmente reconozca esos derechos. El Estado sugirió que una legislación que proporcione un “trato especial” a los grupos indígenas y tribales plantearía cuestiones de soberanía de Estado y discriminación respecto del resto de la población. Tercero, el Estado argumentó que el poder judicial, mediante sus cortes, podría reconocer los derechos comunales de la propiedad, pero que los integrantes del pueblo Saramaka se han negado a demandar ante los tribunales

tudio realizado en agosto del 2006 sobre los pueblos indígenas y maroon en Surinam. Dicho estudio indica que “la ley surinamés no reconoce ni protege el sistema tradicional de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas y tribales, ni su relación especial con el bosque. Todas las tierras y todos los recursos naturales se entienden que pertenecen al Estado”. *Cfr.* Banco Interamericano de Desarrollo, *Pueblos Indígenas y Maroon en Surinam, agosto del 2006* (fondo, tomo II, folio 567).

⁴³ *Cfr.* Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8); Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 16), Affidávit de Silvi Adjako, 7 y 8 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 5, folios 1919125); Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 59); Dictamen de Salomon Emanuels, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 67 y 69), y Affidávit del Capitán Jefe y Fiscalí Eddie Fonkie, *supra* nota 66, (folios 1911-1912).

internos para reclamar dicho reconocimiento. Finalmente, el Estado arguyó que su legislación doméstica reconoce a los miembros del pueblo Saramaka un “interés”, más que un derecho, a la propiedad. La Corte abordará estas cuestiones en dicho orden.

C.1) Sistema de posesión de la tierra de los miembros del pueblo Saramaka

100. Primero, la cuestión respecto de la presunta falta de claridad del sistema tradicional de posesión de las tierras de los integrantes del pueblo Saramaka ha sido tratado exhaustivamente por las partes, testigos y peritos en el presente caso. De la prueba y declaraciones presentadas ante la Corte, se extrae que los *lõs*, o clanes, son las entidades propietarias primarias de las tierras dentro de la sociedad Saramaka⁴⁴. Cada *lõ* es autónomo y es quien asigna los derechos de la tierra y los recursos entre los *bëë* (grupos familiares extendidos) y sus miembros individuales de conformidad con la ley consuetudinaria Saramaka⁴⁵. Conforme a dicha ley consuetudinaria, los Capitanes o miembros de un *lõ* no pueden afectar o enajenar de modo alguno la propiedad comunal de su *lõ* y un *lõ* no puede afectar o enajenar las tierras del conjunto colectivo del territorio Saramaka⁴⁶. Sobre este último punto, el Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie explicó que “[s]i un *lõ* trata de vender su tierra, los otros *lõs* tienen el derecho de objetar y detener dicha transacción porque, de lo contrario, se afectarían los derechos y la vida de todo el pueblo Saramaka. Los *lõ* son muy autónomos y [...] no interfieren en los asuntos de los demás a menos que se vean afectados los intereses de todo el pueblo Saramaka”⁴⁷.

⁴⁴ *Cfr.* Testimonio del Capitán Jefe y *Fiscali* Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8); Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 16); Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 59); Dictamen de Salomon Emanuels, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 67 y 69), y Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66.

⁴⁵ *Cfr.* Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66, y Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 60).

⁴⁶ Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66.

Esto es porque el territorio “pertenece a los Saramakas, en última instancia. [Es decir] le pertenece a los Saramaka como pueblo”⁴⁸.

101. En todo caso, la presunta falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de la tierra de los Saramaka no presenta un obstáculo insuperable para el Estado, quien tiene la obligación de consultar con los integrantes del pueblo Saramaka (*infra*, párr. 129) y solicitar una aclaración sobre esta cuestión a fin de cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 2 de dicho instrumento.

C.2) Complejidad de las cuestiones relacionadas e inquietud por parte del Estado respecto de la discriminación hacia personas que no sean miembros indígenas o tribales

102. Dos argumentos adicionales e interrelacionados presentados por el Estado respecto del por qué no ha reconocido y protegi-

⁴⁷ Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 60).

⁴⁸ *Cfr.*, por ejemplo, CtEDH, *Connors vs. El Reino Unido*, *supra* nota 76, párr. 84 (declarando que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar los pasos necesarios para salvaguardar y proteger los diferentes estilos de vida de las minorías con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley). *Cfr.* también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador*, *supra* nota 76 (señalando que “en el derecho internacional general y en el derecho interamericano específicamente, protecciones especiales para los pueblos indígenas pueden ser necesarios para que estos ejerzan sus derechos plenamente y con igualdad ante el resto de la población. Adicionalmente, puede que se requieran protecciones especiales para los pueblos indígenas con el fin de garantizar su supervivencia física y cultural – lo cual es un derecho protegido en varios convenios e instrumentos internacionales”). *Cfr.* también ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Art. 1.4 (señalando que “las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial [...]”, y Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* nota 76, párr. 4 (haciendo un llamado a los Estados a adoptar ciertas medidas con el fin de reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas).

do, legalmente, los sistemas de posesión de la tierra de los pueblos indígenas y tribales se refieren a las supuestas dificultades y sensibilidades de las cuestiones comprendidas, y la inquietud que gira en torno a que la legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales puede ser percibida como una actitud discriminatoria hacia el resto de la población. En cuanto a la primera cuestión, la Corte observa que el Estado no puede abstenerse de cumplir con las obligaciones internacionales de acuerdo con la Convención Americana simplemente porque le es difícil hacerlo. La Corte comparte la inquietud del Estado en cuanto a lo complejo de las cuestiones relacionadas con este tema; sin embargo, el Estado tiene el deber de reconocer el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka, en el marco de su sistema colectivo de propiedad, y establecer los mecanismos necesarios para hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la Convención, según lo ha interpretado este Tribunal en su jurisprudencia.

103. Asimismo, es improcedente el argumento del Estado en cuanto a que es discriminatorio aprobar una ley que reconozca las formas comunales de posesión de la tierra. Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida⁴⁹. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres (*supra*, párrs. 78-86, 91 y 96). Por ello, es improcedente el argumento del Estado respecto de su incapacidad para crear legislación en esta área debido a la presunta complejidad de la cuestión o la posible naturaleza discriminatoria de dicha legislación.

C.3) Reconocimiento de derechos por el poder judicial

104. Adicionalmente, el Estado argumentó que el poder judicial, por medio de sus tribunales, podría reconocer los derechos a

⁴⁹ Decreto L-1 del 15 de junio de 1982, que contiene principios básicos sobre la política de tierras, SB 1982, no. 10, Artículo 4 (expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 53).

la propiedad comunal, pero que los miembros del pueblo Saramaka se han negado a demandar ante los tribunales internos para reclamar dicho reconocimiento. Primeramente, se debería hacer una distinción entre la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para efectivizar, mediante legislación interna, los derechos allí consagrados y la obligación conforme al artículo 25 de proporcionar recursos efectivos y adecuados para reparar las presuntas violaciones a dichos derechos. La Corte tratará, *infra* (párrs. 76-85), en su análisis sobre la presunta violación del artículo 25 de la Convención, la efectividad de los recursos mencionados por el Estado, incluso aquellos disponibles conforme al artículo 1386 del Código Civil de Surinam, para reparar las presuntas violaciones al derecho de los miembros del pueblo Saramaka a la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.

105. La Corte observa que aunque la llamada legislación judicial pueda ser un medio para el reconocimiento de los derechos de los individuos, especialmente conforme a los sistemas de derecho común (*common law*), la disponibilidad de un procedimiento de este tipo no cumple, en sí mismo, con las obligaciones del Estado de efectivizar los derechos consagrados en la Convención Americana. Es decir, la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos. El proceso judicial mencionado por el Estado debe, entonces, ser entendido como un medio a través del cual se podrían efectivizar esos derechos en el futuro, pero que aún no ha reconocido, efectivamente, los derechos en cuestión. En todo caso, el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka en particular, o de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en general, de poseer la tierra en forma colectiva no ha sido reconocido, aún, por ningún tribunal interno de Surinam.

C.4) Legislación interna

106. Finalmente, el Estado alega que, aunque “pueda ser correcto que los intereses sobre la tierra de los Saramaka no estén reconocidos como un derecho subjetivo en el sistema legal surinamés[,] es una tergiversación tendenciosa sugerir que el sistema no reconoce

y no respeta, en la práctica, los intereses legítimos de la Tribu”. De acuerdo al Estado, la legislación interna existente reconoce ciertos “intereses”, en oposición a derechos, de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de la tierra. Entre los instrumentos legales se puede mencionar la Constitución de 1987, los Decretos L-1 de 1982, el Decreto Minero de 1986 y la Ley de Gestión Forestal de 1992. Como una cuestión preliminar, la Corte observa que el reconocimiento y respeto en la práctica de los “intereses legítimos” de los integrantes del pueblo Saramaka no puede interpretarse como que satisface las obligaciones del Estado conforme al artículo 2 de la Convención respecto del artículo 21 de dicho instrumento. La Corte procederá a analizar en qué medida estos instrumentos legales reconocen un “interés”, y no un derecho, respecto de la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka.

C.4.a) La Constitución de 1987

107. Respecto de este argumento, el Estado primero reconoció que “los derechos a la tierra de la Tribu Saramaka no están de hecho explícitamente consagrados en la Constitución de 1987”, pero también alegó que dicho reconocimiento constitucional no es un requisito conforme al artículo 2 de la Convención. Como puntualizó el Estado, Surinam no es una excepción en este sentido, ya que muchos Estados Parte de la Convención tienen constituciones que no reconocen explícitamente los sistemas de propiedad colectiva que puedan ejercer los integrantes de los pueblos indígenas y tribales. Aún así, la obligación de efectivizar, mediante legislación interna, el derecho a la propiedad comunal no implica, necesariamente, un reconocimiento constitucional de dicho derecho. El artículo 2 de la Convención ordena que los Estados efectivicen, con arreglo a sus legislaciones internas, aquellos derechos y libertades mediante “la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”. En el caso de Surinam, no se ha adoptado ninguna medida legislativa o de otra índole.

C.4.b) Los Decretos L-1

108. Segundo, el Estado se refirió a los Decretos L-1 de 1982. El artículo 4 del Decreto L-1 establece lo siguiente:

(1) En la asignación de *domain land* [tierra de la cual el Estado es propietario en virtud de su Constitución], se respetarán los derechos que tienen los Bushnegroes [Maroons] tribales e Indios respecto de sus pueblos, asentamientos y parcelas forestales, siempre que no se afecte el interés general.

(2) El interés general incluye la ejecución de todo proyecto dentro del marco de un plan de desarrollo aprobado⁵⁰.

109. La nota explicativa oficial del artículo 4.1 del Decreto L-I indica que se tendrán en cuenta los “derechos fácticos” de los miembros de los pueblos indígenas y tribales cuando se emitan títulos sobre el *domain land*⁵¹.

110. El uso del término “derechos fácticos” (o derechos *de facto*) en la nota explicativa del artículo 4.1 del Decreto L-I tiene como fin distinguir estos “derechos” de los derechos legales (*de jure*) otorgados a los tenedores de títulos reales individuales y otros derechos de propiedad que sean registrables, reconocidos y emitidos por el Estado. Esta limitación al reconocimiento del derecho de los integrantes del pueblo Saramaka para gozar plenamente del territorio que han poseído y ocupado tradicionalmente es incompatible con la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para hacer efectivos los derechos consagrados en el artículo 21 de dicho instrumento.

C.4.c) Decreto de Explotación Minera de 1986

111. Del mismo modo, el Decreto de Explotación Minera, al que se refirió el Estado, tampoco logra hacer efectivos los derechos a la propiedad que los miembros del pueblo Saramaka tienen en razón de su sistema de propiedad comunal. El Decreto de Explotación Minera reconoce, únicamente, el derecho a una compensación para los demandantes legítimos y los terceros con un interés en la

⁵⁰ Decreto L-1 del 15 de junio de 1982, *supra* nota 104.

⁵¹ Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, que contiene reglas generales para la explotación y exploración de minerales (Decreto de Minería), Artículos 47 y 48 (expediente de anexos a la demanda, anexo 8, folio 144).

tierra en la cual se conceda un derecho de explotación minera⁵². Este decreto define a los “demandantes legítimos” como aquellas personas “que son dueños de la tierra o tienen derecho de uso real sobre la propiedad privada”⁵³. Se define a los terceros como “aquellos cuyos intereses [...] se basan en derechos de uso personal sobre la propiedad privada”⁵⁴. La propiedad privada, a su vez, está definida en el artículo 46 del Decreto de Explotación Minera, como la tierra emitida por el Estado en títulos personales o reales⁵⁵. Por lo tanto, para calificar como “demandante legítimo” o “tercero” conforme a los artículos 47 y 48 del Decreto de Explotación Minera, las personas en cuestión deben ser titulares de algún tipo de derecho que haya sido registrado o que posean algún título emitido por el Estado. Por lo tanto, el Decreto de Explotación Minera, más que hacer efectivo el derecho a la propiedad que tienen los miembros del pueblo de conformidad con su sistema comunitario, enfatiza la necesidad de obtener un título sobre el territorio que tradicionalmente han poseído a fin de poder reclamar una compensación (*infra* párr. 183).

C.4.d) *Ley de Gestión Forestal de 1992*

112. El Estado también ha hecho referencia a la Ley de Gestión Forestal de 1992 como un ejemplo de la legislación interna que hace efectivo el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal. Surinam ha afirmado que la emisión de los permisos llamados “bosques comunitarios” que podrían establecerse conforme a la Ley de Gestión Forestal de 1992 podrían proporcionar recono-

⁵² Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46(b).

⁵³ Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46(c).

⁵⁴ Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46(a).

⁵⁵ *Cfr.* Artículo 41(2) de la Ley de Gestión Forestal, 18 de septiembre de 1992 (expediente de anexos a la demanda, anexo 6, folio 75). *Cfr.* también Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 19), y Testimonio de Rene Somopawiro durante la audiencia pública en la Corte los días 9 y 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, pp. 40 y 53).

cimiento efectivo del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka. Sin embargo, la prueba presentada ante la Corte contradice dicha afirmación.

113. Aunque surgen preguntas con respecto a si el Estado ha hecho algún esfuerzo para informar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales de la posibilidad de obtener estos permisos llamados “bosques comunitarios”⁵⁶, el problema verdadero yace en que dichos permisos no se emiten como una cuestión de derecho, sino que se emiten a discreción del Ministro responsable de los bosques y con sujeción a las condiciones que el Ministro pueda imponer⁵⁷. La Corte observa que no cuenta con prueba que demuestre que se haya emitido algún permiso de “bosque comunitario” a algún miembro del pueblo Saramaka⁵⁸. No obstante lo anterior, la Corte considera que los permisos de “bosques comunitarios” son, en esencia, concesiones forestales revocables que transmiten derechos de uso limitado y restringido y que, por lo tanto, no representan un reconocimiento adecuado de los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad⁵⁹. Asimismo, dado que aún no se han adoptado las leyes necesarias para implementar la emisión de los bosques comunitarios, se puede poner en tela de juicio la certeza jurídica de dicho título⁶⁰.

114. Asimismo, el artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal de 1992 establece también que los derechos consuetudinarios de los habitantes tribales, respecto de sus aldeas y asentamientos, así como de las parcelas agrícolas, serán respetados “en la mayor

⁵⁶ Cfr. Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, pp. 39 y 42).

⁵⁷ Cfr. Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, pp. 1820), y Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 49).

⁵⁸ Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 52).

⁵⁹ Cfr. Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 52).

⁶⁰ Cfr. Artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal, *supra* nota 110, (folios 74-75).

medida posible”⁶¹. Esta disposición limita, en forma inadecuada, el alcance del “respeto” al derecho al territorio de los miembros del pueblo Saramaka a, únicamente, sus “aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas. De acuerdo con el análisis de esta Corte, el deber del Estado es aún mayor a fin de garantizar y proteger los derechos a la propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka (*supra* párrs. 85-96). Por ello, la Corte considera que la Ley de Gestión Forestal no hace efectivo los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka.

* * *

115. En resumen, el marco legal del Estado meramente le otorga a los integrantes del pueblo Saramaka un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa. La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra⁶². Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos⁶³. Sobre este par-

⁶¹ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra* nota 49, párr. 153; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 215, y Caso de la Comunidad Moiwana, *supra* nota 77, párr. 209.

⁶² La Corte observa que en el caso de la *Comunidad Moiwana* se ordenó al Estado crear un mecanismo efectivo para la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional de la comunidad Moiwana. *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra* nota 77, párr. 209.

⁶³ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 143.

ticular, la Corte ha declarado previamente que “el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad”⁶⁴.

116. En última instancia, el Estado ha expresado su compromiso de “mejorar la codificación actual del sistema de derechos a la tierra de los pueblos tribales e indígenas”. El Presidente de Surinam designó, a tal efecto, un comité de expertos en el año 2006 para que traten esta cuestión. Sin embargo, a la fecha, el sistema legal del Estado sigue sin reconocer el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka en relación con su territorio, sino que sólo les otorga un privilegio o permiso de uso y ocupación de las tierras a discreción del Estado. Por esta razón, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con su deber de hacer efectivo, a nivel interno, los derechos a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka de conformidad con el artículo 21 de la Convención, en relación con los artículos 2 y 1.1 de dicho instrumento.

117. Seguidamente, la Corte debe determinar el alcance del derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto del territorio que han poseído tradicionalmente y las obligaciones respectivas del Estado, dentro del contexto del presente caso.

D. El derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído

118. Una cuestión que se deriva necesariamente de la afirmación de que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres es el tema del derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie. En el presente caso, tanto el Estado como los Saramaka reclaman un derecho sobre estos recursos naturales. Los miembros

⁶⁴ Constitución de Surinam, Artículo 41 (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 28), y Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 2 (folio 120).

del pueblo Saramaka alegan que su derecho a usar y gozar de todos estos recursos naturales es una condición necesaria para el goce de su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención. El Estado argumentó que todos los derechos a la tierra, en particular los recursos naturales bajo la superficie, pertenecen al Estado, quien puede disponer libremente de estos recursos a través de concesiones a terceros. La Corte tratará esta cuestión tan compleja en el siguiente orden: primero, el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras que han poseído tradicionalmente; segundo, el otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales, incluso aquellos que se encuentran bajo la superficie, dentro del territorio Saramaka; y finalmente, el cumplimiento con las garantías establecidas en el derecho internacional en torno a las concesiones para la exploración y extracción ya otorgadas por el Estado.

119. Primero, la Corte debe analizar si, y en qué medida, los miembros del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el territorio que tradicionalmente han poseído. El Estado no objeta que los Saramaka hayan tradicionalmente usado y ocupado ciertas tierras durante siglos; tampoco objeta que los Saramaka tienen un “interés” en el territorio que han usado tradicionalmente de acuerdo con sus costumbres. La controversia existente apunta a la naturaleza y el alcance de dicho interés. De acuerdo con el marco constitucional y legal de Surinam, los integrantes del pueblo Saramaka no tienen derechos a la propiedad *per se*, sino que tienen un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión (*supra* párrs. 97-115). De acuerdo con el artículo 41 de la Constitución de Surinam y el artículo 2 del Decreto de Explotación Minera de 1986, los derechos de propiedad de todos los recursos naturales le pertenecen al Estado⁶⁵. Por esta razón, el Estado alega que tiene un derecho inalienable para explorar y explotar dichos recursos. Por otro lado,

⁶⁵ Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8).

las leyes consuetudinarias del pueblo Saramaka presuntamente otorgan a la comunidad todos los recursos naturales que se encuentren en y subyacente al territorio tradicional o que de alguna forma estén relacionados con dicho territorio. Para sostener esta afirmación, la Corte oyó la declaración de un Capitán Saramaka respecto de que el pueblo Saramaka tiene el derecho general de “poseer todo, desde la copa de los árboles hasta los lugares más profundos que se puedan llegar debajo de la superficie”⁶⁶.

120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente⁶⁷ que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio “que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí” y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (*supra* párrs. 85-96)⁶⁸. Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los

⁶⁶ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párr. 118.

⁶⁷ La Corte también toma nota que la Comisión Africana, así como la Corte Suprema de Canadá y la Corte Constitucional de África del Sur han declarado que los derechos de las comunidades indígenas a las tierras deben ser entendidos de manera tal que incluyan los recursos naturales que allí se encuentren. Sin embargo, la Comisión Africana y la Corte Suprema de Canadá han observado que tales derechos no son absolutos, y que pueden ser restringidos bajo ciertas condiciones. *Cfr.* Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001), párrs. 42, 54 y 55, y *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201. La Corte Constitucional de África del Sur, citando una ley interna que requería la devolución de tierras a dueños que habían sido desposeídos de éstas por políticas racialmente discriminatorias, sostuvo el derecho de un pueblo indígena a los recursos minerales que se encontraban en tales tierras. *Cfr. Alexkor Ltd. and the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others*, CCT/1903 (14 de octubre de 2003), párr. 102.

⁶⁸ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párr. 118.

recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo⁶⁹. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

122. Como se mencionó anteriormente (*supra* párrs. 85-96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garanti-

⁶⁹ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 124 y 137, y Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párrs. 118 y 121.

zar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo⁷⁰.

123. Por ello, en el presente caso, la Corte debe determinar cuáles son los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida y que deben ser, por lo tanto, protegidos conforme al artículo 21 de la Convención. En consecuencia, la Corte debe también decidir si y en qué medida el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y extracción de aquellos y de otros recursos naturales que se encuentran en el territorio Saramaka.

E. el otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales dentro y sobre el territorio Saramaka

124. La Comisión y los representantes alegaron que las concesiones de tierra para la explotación forestal y minera otorgadas por el Estado a terceros sobre el territorio que el pueblo Saramaka posee, sin haber consultado plena y efectivamente con ellos, viola el derecho a los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio. El Estado alegó que toda la titularidad sobre las tierras, incluido todos los recursos naturales, pertenece al Estado y que, como tal, el Estado puede otorgar concesiones a empresas madereras o mineras dentro del territorio Saramaka, respetando lo más posible las costumbres y tradiciones de los Saramaka.

⁷⁰ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 144-145 citando (mutatis mutandi) Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 155. Cfr., también, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 137.

E.1) Restricciones al derecho a la propiedad

125. En consecuencia, la Corte debe decidir si, y en qué medida, el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y extracción de los recursos naturales que se encuentran en el territorio Saramaka. Sobre este particular, el Estado alegó que, en caso que la Corte reconociera un derecho de los miembros del pueblo Saramaka sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que les pertenecen tradicionalmente, este derecho debe limitarse a aquellos recursos que han usado tradicionalmente para su subsistencia y para las actividades culturales y religiosas. De acuerdo con el Estado, los presuntos derechos a la tierra de los miembros del pueblo Saramaka “no incluirían ningún interés sobre otros bosques o minerales más que los que la Tribu tradicionalmente posee y usa para su subsistencia (agricultura, caza, pesca, etc.) y las necesidades culturales y religiosas de sus miembros”.

126. El Estado parece reconocer que los recursos relacionados con la subsistencia del pueblo Saramaka incluyen aquellos recursos relacionados con las actividades agrícolas, de caza y de pesca. Esto es consistente con el anterior análisis de la Corte sobre cómo el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto de los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia física (*supra* párrs. 120-122). Sin embargo, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por

lo tanto, de sus miembros (*infra* párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (*supra* párrs. 82-83 e *infra* párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.

127. No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁷¹. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

⁷¹ Cfr., e.g. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión, 1994), Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párr. 9.4 (permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena).

128. Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal (*supra* párrs. 120-122)⁷².

E.2) Garantías en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia del pueblo Saramaka

129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)⁷³ que

⁷² Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

⁷³ *Cfr., e.g.* OIT Convenio No. 169, Artículo 15(2) (declarando que “en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobier-

se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

130. Estas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos

nos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”) El Banco Mundial ha implementado requisitos similares, Banco Mundial, *Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10)*. Otros documentos hablan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente. *Cfr., e.g.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27)*, *supra* nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP “puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* nota 76, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a “[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”).

instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención⁷⁴. En el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”⁷⁵.

131. Del mismo modo, el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado de Surinam⁷⁶, establece lo siguiente⁷⁷:

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.

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000)*, ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

⁷⁵ Por un voto de 143 a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*Cfr.* <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>).

⁷⁶ La Corte observa que, al explicar la posición del Estado a favor de este texto, el representante de Surinam hizo referencia al texto del artículo 32 de esta Declaración. Al respecto, el comunicado de prensa emitido por las Naciones Unidas señaló: “[El representante de Surinam] dijo que su Gobierno aceptó el hecho que los Estados deberían buscar consultar previamente a fin de evitar desconsiderar los derechos humanos. El nivel de dichas consultas depende de las circunstancias específicas. No se deben entender a dichas consultas como un fin en si mismas, sino como un medio para servir el objetivo de respetar los intereses de aquellos que utilizaron la tierra”, *supra* nota 130. *Cfr.* también <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/drip.html>.

⁷⁷ Testimonio de Comisionado de Distrito Rudy Strijk durante la audiencia pública en la Corte los días 9 y 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 23).

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 establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

132. Aún más importante, el Comisionado de Distrito de Sipaliwini en Surinam, quien declaró ante la Corte por parte del Estado, reconoció la importancia de consultar con las autoridades tradicionales del pueblo Saramaka antes de autorizar concesiones que puedan afectar “las comunidades en las vecindades directas”⁷⁸. Sin embargo, la Corte considera que el alcance real de las garantías respecto de las consultas y la participación de los Saramaka en los beneficios de los planes de desarrollo, requieren de una mayor aclaración.

E.2.a) Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad,

⁷⁸ Asimismo, en *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, *supra* nota 84, párr. 142. Cfr. también, los Principio del Ecuador, Principio 5.

según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones⁷⁹.

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

135. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. los efectos principales [...] comprenden la

⁷⁹ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *supra* nota 97, p. 2.

pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.⁸⁰

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁸¹.

136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.⁸²

137. Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el “nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos

⁸⁰ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *supra* nota 97, párr. 66.

⁸¹ El CEDR ha observado que “en cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”. *Cfr.* Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

⁸² *Cfr.* Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 130, Artículo 32.2 (señalando que “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

de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

E.2.b) Beneficios compartidos

138. La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales⁸³, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención, el cual establece que

[n]inguna 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.

139. La Corte considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por

desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. *Cfr.* también O.I.T. Convenio No. 169, *supra* nota 128, Artículo 15(2) (señalando que “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”).

⁸³ Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, para. 16.

medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una “indemnización justa” conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.

140. En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también “garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”⁸⁴. Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]”⁸⁵. En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka.

F. El cumplimiento con las garantías establecidas por el derecho internacional en relación con las concesiones ya otorgadas por el Estado

141. Toda vez que se declaró que el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo Saramaka poseen tradi-

⁸⁴ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, párr. 66.

⁸⁵ Mapa preparado por el Ministerio de Recursos Naturales (expediente de anexos a la demanda, anexo 16, folios 180-181).

cionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia, y habiendo establecido las garantías y limitaciones respecto del derecho que tiene el Estado de emitir concesiones que restrinjan el uso y goce de dichos recursos naturales, la Corte ahora procederá a analizar si las concesiones que el Estado ya otorgó dentro del territorio Saramaka cumplen con las garantías mencionadas anteriormente.

142. En el presente caso, la prueba presentada ante la Corte demuestra que, entre los años 1997 y 2004, el Estado emitió al menos cuatro concesiones madereras y un número de concesiones para explotación minera a miembros del pueblo Saramaka y a personas y empresas ajenas a dicho pueblo, dentro del territorio que los integrantes del pueblo Saramaka poseen tradicionalmente⁸⁶. El testigo René Somopawiro, jefe de la Fundación del Estado para la Gestión y Control Forestal, reconoció, en la declaración rendida ante la Corte, que el Estado emitió concesiones dentro del territorio Saramaka⁸⁷. El Comisionado de Distrito Strijk también declaró que durante su gestión, el Estado otorgó al menos una concesión maderera dentro del territorio Saramaka a una persona o empresa ajena al pueblo Saramaka⁸⁸.

143. Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Convención no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios

⁸⁶ Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, pp. 45-46).

⁸⁷ Testimonio del Comisionado de Distrito Rudy Strijk, *supra* nota 132 (transcripción de audiencia pública, p. 26).

⁸⁸ Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 55-56).

razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social (*supra* párrs. 126-129).

F.1) Concesiones madereras

144. Por lo tanto, respecto de la extracción maderera, surge la cuestión de si este recurso natural ha sido usado tradicionalmente por los miembros del pueblo Saramaka de modo intrínsecamente relacionado con la subsistencia del pueblo. Sobre este particular, el Dr. Richard Price, antropólogo que declaró durante la audiencia pública en el presente caso, presentó un mapa en el cual el pueblo Saramaka hizo cientos de marcas para indicar la ubicación y la variedad de árboles que utilizan para distintos fines⁸⁹. Por ejemplo, los integrantes del pueblo Saramaka utilizan un tipo especial de árbol para construir botes y canoas a fin de trasladarse y transportar gente y bienes de un pueblo a otro⁹⁰. Los Saramaka también utilizan distintos tipos de especies de palmeras para hacer varias cosas, incluido el techo de sus hogares, y de las cuales obtienen frutas que procesan para obtener aceite para cocinar⁹¹. Cuando se hizo referencia al bosque, uno de los testigos manifestó durante la audiencia pública que “era allí donde cortaban los árboles para construir sus hogares, para subsistir, para hacer sus botes [...]; todo con lo que viven”⁹². Otro testigo expresó la importancia de la tala de madera para el pueblo Saramaka y su preocupación por el ambiente:

Cuando talamos los árboles, pensamos en nuestros hijos y nietos, en las futuras generaciones. [...] Cuando ingresamos en el bosque por cualquier razón, pensamos en lo que estamos haciendo, pensamos en proteger el ambiente. Tenemos mucho cuidado de no destruir algo que se encuentre en el bosque. Obtenemos la madera que

⁸⁹ Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 55-56).

⁹⁰ Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 55-56).

⁹¹ Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 6).

⁹² Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, pp. 15-16).

necesitamos para nuestra propósitos y tenemos mucho cuidado de no destruir el ambiente⁹³.

145. Asimismo, la prueba presentada ante el Tribunal indica que los Saramaka también dependen de la extracción de madera como parte de su estructura económica. En ese sentido, el Estado enfatizó que algunos de los miembros individuales Saramaka han solicitado concesiones en nombre propio para la explotación maderera. Cuando se le cuestionó durante la audiencia pública por qué él, por ejemplo, había solicitado una concesión maderera a título personal al Estado, el Capitán Cesar Adjako, del clan (*lò*) Matjau, respondió que lo hizo “porque el gobierno había adoptado una nueva ley mediante la cual si uno quería vender la madera que talaba, tenía que tener una concesión a su nombre. De lo contrario, no estaba permitido vender madera. [...] Una vez que obtenga la concesión, todos mis hijos podrán talar madera”⁹⁴. Es decir, el objetivo de solicitar una concesión personal era permitir que los integrantes del pueblo Saramaka continúen vendiendo madera legalmente, como lo han estado haciendo tradicionalmente para subsistir.

146. Esta prueba indica que los Saramaka han cosechado, utilizado, comercializado y vendido los productos de madera y de otra índole en forma tradicional y que continúan haciéndolo en el presente⁹⁵. Por lo tanto, de conformidad con el análisis mencionado respecto de la extracción de los recursos naturales que son necesarios para la subsistencia del pueblo Saramaka, y por ende de sus integrantes, el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

⁹³ Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 14).

⁹⁴ *Cfr.* Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 58), y Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 13).

⁹⁵ Testimonio del Comisionado de Distrito Rudy Strijk, *supra* nota 132 (transcripción de audiencia pública, pp. 26 y 30).

F.1.a) Participación efectiva

147. En el presente caso, el Estado no garantizó, de antemano, la participación efectiva del pueblo Saramaka, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisión, respecto de las concesiones madereras emitidas dentro del territorio Saramaka, y tampoco compartió los beneficios con los miembros de dicho pueblo. De acuerdo con el Comisionado de Distrito Strijk, quien declaró ante este Tribunal, “no era necesario” consultar u obtener el consentimiento del pueblo Saramaka en relación con las concesiones madereras en cuestión dado que no se había informado sobre lugares tradicionales Saramaka en el área⁹⁶. En las palabras del Comisionado de Distrito Strijk, “si hay lugares sagrados, cementerios y parcelas agrícolas, entonces procedemos a la consulta; si no hay lugares sagrados, cementerios o parcelas agrícolas, entonces no se realiza la consulta”⁹⁷. Este procedimiento, evidentemente, no garantiza la participación efectiva del pueblo Saramaka, mediante sus propias costumbres y tradiciones, en el proceso de evaluación de la emisión de concesiones madereras dentro de su territorio. Tal como se mencionó anteriormente, la cuestión no es si el Estado debe consultar con los Saramaka, sino, más bien, si el Estado adicionalmente debe obtener su consentimiento (*supra* párrs. 133-137).

F.1.b) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social

148. El Estado asimismo alegó que “las concesiones otorgadas a terceros no afectaron los intereses tradicionales del pueblo [Saramaka]”. La prueba presentada ante el Tribunal indica que no sólo el nivel de consulta al que se refiere el Estado no fue suficiente para garantizar al pueblo Saramaka su participación efectiva en el proceso de la toma de decisiones, sino que también el Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios de impacto ambiental y social antes

⁹⁶ Testimonio del Comisionado de Distrito Rudy Strijk, *supra* nota 132 (transcripción de audiencia pública, p. 30).

⁹⁷ *Cfr.* Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 47).

de emitir dichas concesiones⁹⁸, y que, al menos, algunas de las concesiones otorgadas afectaron, de hecho, recursos naturales necesarios para la subsistencia económica y cultural del pueblo Saramaka. Una vez más, la Corte observa que cuando se otorga una concesión maderera, se ven afectados también una gran variedad de productos forestales no derivados de la madera, que son utilizados por los miembros del pueblo Saramaka para subsistir y comercializar.

149. En este sentido, el mapa que realizó el perito Dr. Peter Poole y que fue presentado ante la Corte, demuestra la ocupación y el uso de personas y empresas ajenas a dicho pueblo de las tierras y recursos otorgadas en concesión dentro del territorio Saramaka⁹⁹. Según la prueba presentada, los integrantes del pueblo Saramaka han estado utilizando extensamente las áreas otorgadas a empresas madereras para cazar y pescar, así como para obtener una gran variedad de productos forestales¹⁰⁰.

150. El Capitán Jefe Wazen Eduards¹⁰¹, el Capitán Cesar Adjako¹⁰², la señora Silvi Adjako¹⁰³, y el señor Hugo Jabini¹⁰⁴, por ejemplo, todos declararon que las actividades de las empresas madereras dentro del territorio tradicional Saramaka eran altamente destructivas y produjeron un daño masivo en un área sustancial del bosque del pueblo Saramaka y en las funciones ecológicas y culturales que éste proporcionaba. La señora Silvi Adjako, por ejemplo, declaró que las empresas madereras “destruyeron nuestro bosque e inutilizaron parte de nuestra tierra porque bloquearon los arroyos y dejaron que el agua sentara sobre la tierra. Antes de eso, podíamos usar

⁹⁸ *Cfr.* Mapa II, presentado por Peter Poole ante la Comisión Interamericana durante la audiencia pública del 5 de marzo de 2006 (expediente de anexos a la demanda, anexo 15, folio 172).

⁹⁹ *Cfr.* Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folio 1965).

¹⁰⁰ *Cfr.* Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, pp. 4-5).

¹⁰¹ *Cfr.* Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 16).

¹⁰² *Cfr.* Affidávit de Silvi Adjako, *supra* nota 98 (folio 1924).

¹⁰³ *Cfr.* Affidávit de S. Hugo Jabini de 3 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 6, folios 1937-38).

el bosque libremente y con tranquilidad y constituía una gran comodidad y apoyo para nosotros”¹⁰⁵. Esta declaración también está respaldada por la declaración del señor Hugo Jabini, quien agregó que estas empresas “dejaron el bosque totalmente arruinado donde trabajan. No se puede seguir utilizando gran parte del bosque para cosechar y los animales se alejan de éstas áreas también. Se bloquearon los arroyos, se inundó el área y se convirtió en un pantano. Quedó inutilizable y los espíritus están totalmente ofendidos”¹⁰⁶.

151. Las observaciones de los testigos Saramaka están corroboradas por la investigación llevada a cabo por los peritos Dr. Roberto Goodland y Dr. Peter Poole, quienes visitaron las áreas sujetas a concesiones y sus alrededores entre el año 2002 y el 2007¹⁰⁷. En general, el Dr. Goodland manifestó que “los impactos sociales, ambientales y de otra índole de las empresas madereras son graves y traumáticos”¹⁰⁸, y que “la explotación forestal se llevó a cabo por debajo de los estándares mínimos aceptables para operaciones de este estilo”¹⁰⁹. El Dr. Goodland la caracterizó como “entre las explotaciones forestales peor planeadas, más dañinas y derrochadoras posibles”¹¹⁰. El Dr. Poole agregó que era “inmediatamente evidente que las operaciones forestales de esas concesiones no se estaban llevando a cabo conforme a las especificaciones mínimas o aceptables y que la gestión sustentable no era un factor importante en la toma de decisión”¹¹¹.

152. Los Dres. Goodland y Poole declararon que las empresas madereras construyeron en sus concesiones puentes de mala ca-

¹⁰⁴ Affidávit de Silvi Adjako, *supra* nota 98, (folio 1924).

¹⁰⁵ Affidávit de S. Hugo Jabini, *supra* nota 158 (folio 1938).

¹⁰⁶ *Cfr.* Affidávit del Dr. Robert Goodland de 27 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 3, folios 1887-1894), y Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folios 1964-65).

¹⁰⁷ Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1888).

¹⁰⁸ Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1892).

¹⁰⁹ Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1892).

¹¹⁰ Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folio 1964).

¹¹¹ *Cfr.* Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folios 1890-1891), y Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folios 1964-1965).

lidad y que estos puentes innecesariamente bloquearon una gran cantidad de arroyos¹¹². Dado que estos arroyos son la fuente principal de agua potable que utilizan los miembros del pueblo Saramaka, “no tienen acceso al agua necesaria para beber, cocinar, lavar, irrigar, regar y pescar. [Asimismo,] las granjas de subsistencia se vuelven menos productivas o tan improductivas que se tienen que abandonar”¹¹³. De acuerdo con el Dr. Goodland, estas grandes áreas con agua estancada hacen que el bosque sea incapaz de producir cosechas agrícolas tradicionales de los Saramaka¹¹⁴. El Dr. Poole llegó a la misma conclusión¹¹⁵.

F.1.c) Beneficios compartidos

153. No sólo se le ha dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales, sino que además no han recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio. Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indican que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio Saramaka y no se les pagó ningún tipo de indemnización¹¹⁶.

* * *

154. En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que

¹¹² Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folios 1891).

¹¹³ *Cfr.* Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folios 1890-1891).

¹¹⁴ *Cfr.* Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folio 1964).

¹¹⁵ *Cfr.* Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1894) (citando las estadísticas forestales de 1999 a 2005 de la Fundación de Manejo Forestal de Surinam), y Resumen de las concesiones madereras en la Región Pokigron. Mapa producido por la Fundación de Manejo Forestal de Surinam, Ministerio de Recursos Naturales, agosto 2003 (expediente de anexos al escrito de los representantes, anexo 1.1, folio 1460).

¹¹⁶ Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8).

los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

F.2) Concesiones mineras auríferas

155. La Corte también debe analizar si las concesiones otorgadas a empresas mineras auríferas dentro del territorio tradicional Saramaka afectaron los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para su subsistencia cultural. De acuerdo con la prueba presentada ante la Corte, los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico. Salvo algunas posibles excepciones individuales, los Saramaka no se identifican con el oro ni han demostrado una relación particular con este recurso natural en especial, más que reclamar el derecho general de “ser titular de todo, desde lo más alto de los árboles hasta el lugar más profundo bajo la superficie”¹¹⁷. Sin embargo, como se mencionó anteriormente (*supra* párrs. 126-129), dado que toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables, por ejemplo, el Estado tiene

¹¹⁷ Cfr. Mapa preparado por el Ministerio de Recursos Naturales, *supra* nota 140.

el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social. El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida.

156. La Corte reconoce que, a la fecha, no se han realizado operaciones mineras a gran escala dentro del territorio tradicional Saramaka. Sin embargo, el Estado no cumplió con las tres garantías mencionadas anteriormente cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka¹¹⁸. Es decir, esas concesiones se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios. De este modo, el Estado violó el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

157. Respecto de aquellas concesiones que se han otorgado a terceros dentro del territorio Saramaka, incluido a integrantes individuales, la Corte ya ha manifestado que (*supra* párrs. 127-128) “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada individual entra en contradicción aparente o real, la Convención Americana misma y la jurisprudencia de la Corte proporcionan pautas para establecer restricciones admisibles al goce y ejercicio de dichos derechos”¹¹⁹. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de evaluar,

¹¹⁸ *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 144. *Cfr.* también, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Iván Kitok vs. Suecia*, Comunicación No. 197/1985, ONU Doc. CCPR/C/33/D/197/1985, 10 de agosto de 1988, párr. 9.8.

¹¹⁹ *Cfr.* *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 144-145, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 137.

a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de la Corte¹²⁰, si es necesaria una restricción a estos derechos de propiedad privada para preservar la subsistencia física y cultural del pueblo Saramaka.

* * *

158. En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado ha el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1 de dicho instrumento, en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka.-

H. la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un impedimento para poder recibir un título de propiedad comunal de sus tierras en calidad de comunidad tribal y para tener acceso equitativo a la protección judicial de sus derechos de propiedad

159. Los representantes manifestaron que el Estado violó sus obligaciones conforme al artículo 3 de la Convención al negarle al pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. De acuerdo con los representantes, la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka convierte a

¹²⁰ Cfr. Caso "Cinco Pensionistas", *supra* nota 8, párr. 155; Caso *Escué Zapata*, *supra* nota 22, y Caso *Bueno Alves*, *supra* nota 8, párr. 121.

dicho pueblo en inelegible conforme al derecho interno para poder recibir el derecho comunal a la tierra en calidad de comunidad tribal. Únicamente los miembros individuales de la comunidad Saramaka, en calidad de particulares, pueden solicitar al Estado un permiso para el uso de la tierra. Los representantes solicitaron, por lo tanto, que el Estado reconozca la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un pueblo distinto, de conformidad con el derecho a la autodeterminación.

160. Como una cuestión preliminar, el Estado manifestó que la Comisión no alegó una violación del artículo 3 de la Convención en su demanda ante la Corte y que dicha presunta violación tampoco se incluyó en el informe del artículo 50. El Estado reiteró que los representantes no tienen legitimación para argumentar ante la Corte, de forma separada e independiente, que Surinam violó el artículo 3 de la Convención.

161. La Corte ha resuelto esta cuestión (*supra*, Excepciones Preliminares, párrs. 25-29) y sostuvo que las presuntas víctimas o sus representantes pueden invocar otros derechos distintos de aquéllos incluidos en la demanda de la Comisión, siempre que se refieran a hechos que ya fueron incluidos en la demanda¹²¹. La Corte observa que, aunque la Comisión no alegó una violación del artículo 3 de la Convención, los argumentos legales de los representantes respecto de la presunta falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka se fundamentan en hechos ya incluidos en la demanda. Por lo tanto, la Corte procederá a analizar los argumentos de las partes respecto de esta cuestión.

162. Fundamentalmente, el Estado cuestionó la capacidad de cohesión del pueblo Saramaka “como titular independiente de derechos y obligaciones regido por sus propias leyes, regulaciones y costumbres, como sugiere el concepto de personalidad judicial [sic]

¹²¹ Este derecho también está reconocido en otros instrumentos internacionales. *Cfr., inter alia*, Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 6; PIDCP, Artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo XVII, y Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 5.

consagrado en el artículo 3 de la Convención”. En segundo lugar, el Estado alegó que la Convención Americana garantiza que toda “persona” tiene el derecho de ser reconocida como tal ante la ley y no como un “pueblo distinto”, como manifiestan los representantes. Finalmente, el Estado alegó que es posible para el pueblo Saramaka “acercarse a los tribunales civiles y solicitar una decisión declaratoria por medio de la cual se reconozca la tribu como una entidad legal”.

163. La Corte abordará los dos primeros argumentos del Estado en la presente sección y el último argumento, respecto de la disponibilidad de recursos internos, en la sección relacionada con la protección judicial (*infra* párrs. 176-185).

164. El primer argumento del Estado se refiere a que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la “sociedad moderna” ha afectado su distinción cultural, de modo que sería dificultoso definirlos como una personalidad legal. Es decir, el Estado cuestiona si se puede definir legalmente a los Saramaka de una forma que se tome en cuenta los distintos grados en que varios miembros auto-identificados del pueblo Saramaka se adhieren a las leyes, costumbres y economía tradicional del pueblo Saramaka, particularmente de aquellos que viven en Paramaribo o fuera del territorio reclamado por los Saramaka. En este sentido, la Corte ha declarado que el pueblo Saramaka puede definirse como un grupo tribal (*supra* párrs. 80-84) cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, en una manera colectiva distintiva (*supra* párrs. 87-96). El hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad. Asimismo, la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso. Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de

la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica.

165. Toda vez que se enfatizó que el pueblo Saramaka es un grupo tribal distinto, cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos de manera colectiva, la Corte tratará ahora el segundo argumento del Estado respecto de la posibilidad de reconocer la personalidad legal de un grupo más que la personalidad de sus miembros individuales.

166. La Corte ha analizado anteriormente el derecho de personas particulares a obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención Americana¹²². De este modo, la Corte lo ha definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones¹²³. Es decir, el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”¹²⁴. La Corte también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones¹²⁵, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros¹²⁶. En especial, la Corte ha observado que “el

¹²² Cfr. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párr. 188, y Caso de las Niñas *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 177. Cfr. también Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Consideración de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales respecto de Gabón, ONU Doc. CCPR/C/31/ADD.4, 18 de noviembre de 1996, párr. 54.

¹²³ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párr. 188.

¹²⁴ Cfr. Caso *Bámaca Velásquez*, supra nota 177, párr. 179; Caso *La Cantuta Vs. Perú*, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 120, y Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párr. 188.

¹²⁵ Cfr. Caso de las Niñas *Yean y Bosico*, supra nota 177, párr. 179, y Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párr. 188.

¹²⁶ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párr. 189.

Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley¹²⁷. La cuestión que se plantea en el presente caso es si se puede aplicar este criterio al pueblo Saramaka como grupo y no, meramente, como individuos.

167. La Corte ha tratado en otras ocasiones el tema del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas y ha sostenido que los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares¹²⁸. La cuestión en el presente caso es de distinta naturaleza. Aquí la cuestión reside en si la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka lo convierte en inelegible conforme al derecho interno para recibir el título comunal de sus tierras como comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de sus derechos de propiedad. La cuestión no gira en torno al derecho individual a que el Estado reconozca la personalidad jurídica de cada miembro. En Surinam, todas las personas, sean miembros individuales Saramaka o no, tienen derecho a ser propietarios y a obtener protección judicial contra toda violación de ese derecho individual¹²⁹. Aún así, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Asimismo, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial ante toda violación de sus derechos de propiedad comunal.

168. La Corte nota que es necesario el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de la comunidad para el goce de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad

¹²⁷ Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra* nota 75, párr. 189.

¹²⁸ Cfr. Constitución de Surinam, Artículo 41, *supra* nota 119, y Artículo 1386 del Código Civil de Surinam (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 51).

¹²⁹ Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra* nota 75, párrs. 188-190.

personal¹³⁰. Sin embargo, dicho reconocimiento individual no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial; es decir, el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales.

169. la Corte observa que todo miembro individual del pueblo Saramaka puede obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad y que un fallo a su favor puede también tener un efecto favorable en toda la comunidad. En un sentido jurídico, estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual dependen del individuo y no del pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto ayudaría a evitar esas situaciones, ya que los representantes verdaderos de la personalidad jurídica serían elegidos conforme a sus propias tradiciones y autoridades locales, y las decisiones que afecten la propiedad sería la responsabilidad de aquellas autoridades y no la de los miembros individuales.

170. Se plantea una situación similar en el presente caso, donde el Estado ha constantemente objetado si los doce capitanes de los doce clanes (*lös*) Saramaka verdaderamente representan la voluntad de la comunidad en su conjunto (*supra* párrs. 19-24). El Estado, además, alegó que el verdadero representante de la comunidad debería ser el *Gaa'man* y no otros. Esta controversia sobre quién realmente representa al pueblo Saramaka es una consecuencia natural de la falta de reconocimiento de su personalidad jurídica¹³¹.

¹³⁰ Durante el procedimiento de este caso ante la Corte, y anteriormente durante el procedimiento de la petición ante la Comisión, se han utilizado varios nombres para referirse a este caso. En el informe del artículo 50 la Comisión utilizó el nombre "12 Clanes Saramaka"; en las Resoluciones del Presidente de la Corte de 30 de marzo y 14 de abril de 2007 se utilizó el nombre "Comunidad Saramaka", y en varias comunicaciones entre la Secretaría de la Corte y las partes se ha utilizado el nombre de "Wazen Edwards y otros". Sin embargo, en reconocimiento del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema comunal y tradiciones ancestrales como comunidad tribal, la Corte considera que el nombre "Pueblo Saramaka" es más apropiado.

¹³¹ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, *supra* nota 77, párr. 86.5.

171. El reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho.

172. La Corte considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.-

173. En este caso, el Estado no reconoce que el pueblo Saramaka pueda gozar y ejercer los derechos de propiedad como una comunidad¹³². Asimismo, la Corte observa que se le ha negado a otras comunidades en Surinam el derecho de solicitar protección judicial contra presuntas violaciones de su derecho a la propiedad colectiva, precisamente porque un juez consideró que esa comunidad no tenía la capacidad legal necesaria para solicitar dicha protección¹³³. Esto sitúa al pueblo Saramaka en una situación vulnerable donde los derechos a la propiedad individual pueden triunfar sobre los derechos a la propiedad comunal, y donde el pueblo Saramaka no pueda solicitar, como personalidad jurídica, protección judicial en contra de las violaciones a sus derechos de propiedad reconocidos en el artículo 21 de la Convención¹³⁴.

¹³² Affidávit de Mariska Muskiet de 3 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 7, folio 1946).

¹³³ Cfr., por ejemplo, caso *Marijkedorp* (decidiendo que los títulos de propiedad privada opacan las formas tradicionales de tenencia de tierras). Cfr. además Affidávit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187, y Banco Interamericano de Desarrollo, *Pueblos Indígenas y Maroons en Surinam*, *supra* nota 97, (folio 568) (declarando que “[b]ajo el derecho surinamés, las comunidades y pueblos indígenas y tribales carecen de personalidad jurídica y por tanto no tienen la capacidad para ejercer sus derechos [...] Cualquier intento por parte de pueblos indígenas para hacer uso del sistema judicial a, por tanto, fracasado”)

¹³⁴ Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párr. 189.

174. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley¹³⁵.

175. El incumplimiento por parte del Estado de llevarlo a cabo ha resultado en la violación del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención en relación con su derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal, así como respecto de la obligación general de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación, de conformidad con los artículos 2 y 1.1 de la Convención, respectivamente.

¹³⁵ *Cfr.* Artículos 1386, 1387, 1388, 1392 y 1393 del Código Civil de Surinam (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 51) y Contestación a la demanda (fondo, volumen II, folios 335-336).

H. La existencia de recursos legales efectivos y adecuados en Surinam para proteger al pueblo Saramaka contra los actos que violan su Derecho a la Propiedad

176. La Comisión y los representantes alegaron que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial del pueblo Saramaka en tanto que el sistema judicial del Estado no está diseñado adecuadamente para reparar las violaciones a los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales. El Estado afirmó que existen, a nivel interno, recursos legales para tratar las presuntas violaciones a los intereses en la propiedad del pueblo Saramaka y que las víctimas tenían disponibles estos recursos pero optaron por no utilizarlos. En respaldo de su postura, el Estado se refirió a distintas disposiciones del sistema legal interno, algunas de las cuales ya han sido tratadas por la Corte en su análisis sobre la violación por parte del Estado del artículo 21 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento (*supra* párrs. 106-116). En especial, el Estado alegó que hay distintos artículos en el Código Civil de Surinam que consagran recursos legales efectivos¹³⁶, los cuales permiten que todo individuo inicie una demanda ante el poder judicial en el caso de una presunta violación de sus derechos de propiedad, incluso por violaciones cometidas por el Estado mismo. La Comisión y los representantes argumentaron que dichas disposiciones son irrelevantes respecto de la cuestión de los derechos a las tierras de los pueblos indígenas y tribales y que sólo las personas individuales pueden recurrir a estos recursos, no los pueblos.

177. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido, en otras oportunidades, que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado

¹³⁶ Cf. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”¹³⁷. De este modo, la Corte ha declarado que “la inexistencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la Convención por el Estado Parte en el cual ocurre esta situación”¹³⁸.

178. En lo que respecta a los miembros de los pueblos indígenas, la Corte ha establecido que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹³⁹. En especial, la Corte ha sostenido que, para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales”¹⁴⁰.

H.1) Código Civil de Surinam

179. La Corte considera que el recurso judicial disponible conforme al Código Civil del Estado es inadecuado e ineficaz a fin de reparar las presuntas violaciones al derecho de propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka por las siguientes dos razones. Primero, dicho recurso presuntamente solo está disponible para las personas individuales que reclaman una violación de sus derechos individuales a la propiedad privada. El pueblo Saramaka, como en-

¹³⁷ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 185; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 130, y *Caso Yatama, supra* nota 13, párr. 168. Cfr. también *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 191, párr. 24.

¹³⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párr. 63.

¹³⁹ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párr. 96.

¹⁴⁰ *Affidávit de Mariska Muskiet, supra* nota 187, (folio 1943).

tidad colectiva cuya personalidad jurídica no está reconocida por el Estado, no puede utilizar dicho recurso en calidad de comunidad para afirmar el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes (*supra* paras. 159-175). Segundo, el derecho a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka no está reconocido por el Estado (*supra* párrs. 97-116) y por lo tanto, un recurso judicial que exige que se demuestre la violación de un derecho reconocido por el Estado no sería un recurso adecuado para este tipo de reclamos.

180. La prueba presentada ante este Tribunal respecto de casos planteados por miembros de pueblos indígenas y tribales en Surinam conforme a su Código Civil respalda el argumento de los Saramaka que el recurso es inefectivo para solucionar sus reclamos. En uno de esos casos, un tribunal interno negó el pedido de una comunidad de revocar una concesión minera, con fundamento en que la comunidad no tenía capacidad legal como entidad colectiva para solicitar dichas medidas y refirió la comunidad de nuevo al Ministerio quien había emitido la concesión minera¹⁴¹. En otro caso, se confirmó el título privado emitido por el Estado sobre el terreno ubicado dentro de un área residencial en una aldea indígena a pesar de las objeciones del Capitán de dicha aldea. El juez sostuvo que dado que el titular del terreno tenía un título válido conforme a la ley surinamés y toda vez que la comunidad indígena no tenía título o ningún otro permiso escrito emitido por el Estado, la aldea debía respetar el derecho a la propiedad del tenedor de dicho título privado¹⁴².

181. Los puntos mencionados también coinciden con el dictamen pericial brindado por la Profesora Mariska Muskiet, quien observó que “el artículo 1386 [del Código Civil] implica una acción civil por un hecho ilícito y no proporciona un medio efectivo para reparar el problema subyacente que los Saramaka enfrentan: la falta de reconocimiento de sus derechos a la propiedad comunal”¹⁴³. En la declaración rendida ante fedatario público de la profesora Muskiet se explica la naturaleza de una serie de “problemas insu-

¹⁴¹ Affidávit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187.

¹⁴² Affidávit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187, (folio 1950).

¹⁴³ Affidávit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187, (folio 1950).

perables que el pueblo Saramaka tiene que atravesar para iniciar una demanda y ganar el caso conforme al artículo 1386¹⁴⁴, y que respaldan su conclusión según la cual “es inútil invocar el artículo 1386 del Código Civil de Surinam en las circunstancias en las que se encuentran los reclamos y los derechos que el pueblo de Saramaka está buscando proteger. No tendrían esperanzas de ganar”¹⁴⁵.

182. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones del Código Civil de Surinam no proporcionan un recurso adecuado y efectivo contra actos que violan los derechos a la propiedad comunal de los integrantes del pueblo Saramaka.

H.2) Decreto de Explotación Minera

183. El Estado también argumentó que el Decreto de Explotación Minera proporciona recursos efectivos que las presuntas víctimas no invocaron. La Corte reitera (*supra* párr. 111) que este decreto sólo permite apelar ante el poder judicial si el poseedor de un derecho de explotación minera y un “demandante legítimo” o “tercero” no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización solicitada¹⁴⁶. No obstante, para calificar como “demandante legítimo” o “tercero”, la persona en cuestión debe ser titular de un derecho o interés registrable emitido por el Estado¹⁴⁷. Por lo tanto, el aparente recurso establecido conforme al Decreto de Explotación Minera es inadecuado e ineficaz en el presente caso dado que los miembros del pueblo Saramaka no tienen un título sobre su territorio tradicional o sobre alguna parte de él. Por lo tanto, no califican como “demandante legítimo” o “tercero” conforme al Decreto

¹⁴⁴ Affidávit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187 (folio 1950). Cfr. también ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, U.N. Doc. A/59/258, 12 de agosto de 2004, párr. 29 (por el cual el Relator Especial enfatizó que “los pueblos indígenas no tienen acceso igualitario al sistema judicial y se encuentran con discriminación de todo tipo en la operación del sistema de justicia.”)

¹⁴⁵ Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46 (a) (folio 144).

¹⁴⁶ Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46 (a) (folio 144).

¹⁴⁷ Affidávit de la Dra. M. R. Hoever-Venoaks de 29 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 10, folio 1982).

de Explotación Minera. Esta posición coincide con el dictamen pericial de la Dra. Hoever-Venoaks según el cual el “Decreto de Explotación Minera [...] no ofrece una protección legal a los habitantes del interior que viven en comunidades tribales”¹⁴⁸.

H.3) Ley de Gestión Forestal de 1992

184. Asimismo, el Estado alegó que el artículo 41.1.b de la Ley de Gestión Forestal le permite a los miembros de los pueblos tribales interponer demandas escritas ante el Presidente de Surinam en los casos donde no se respeten sus presuntos derechos consuetudinarios a las aldeas y asentamientos, así como a las parcelas agrícolas. Los integrantes del pueblo Saramaka interpusieron al menos dos reclamos ante el Presidente de Surinam y al día de la fecha no han recibido ninguna respuesta oficial de la Oficina del Presidente¹⁴⁹. Esto pone en duda la eficacia de dicho procedimiento. En todo caso, la demanda interpuesta ante el Presidente no satisface el requisito conforme al artículo 25 de la Convención de proporcionar recursos judiciales adecuados y efectivos por las presuntas violaciones a los derechos de propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales.

* * *

185. La Corte, por lo tanto, concluye que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención, en relación con los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, toda vez que las disposiciones internas antes mencionadas no proporcionan recursos legales adecuados y eficaces para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra actos que violan su derecho a la propiedad. [...]

¹⁴⁸ Peticiones presentadas por las presuntas víctimas ante el Presidente de la República de Surinam el 15 de enero de 2003 y 16 de abril de 2000, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de Surinam *supra* nota 119 (folios 182-185 y 204-205); y peticiones presentadas de conformidad con el artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal de 1992 el 24 de octubre de 2005 y el 1 de julio de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 17, folios 182-185, y anexo 18, folios 205-208).

Las obligaciones internacionales del Estado en materia de igualdad y no discriminación, y de eliminación del racismo y la discriminación racial

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Observaciones preliminares tras la visita del Relator
sobre los derechos de los afrodescendientes y contra
la discriminación racial a la República de Colombia
OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 66, 27 marzo 2009

[...] II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. Las obligaciones internacionales del Estado en materia de igualdad y no discriminación, y de eliminación del racismo y la discriminación racial

11. El artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁶, establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. El artículo 24 de la Convención Americana⁷ establece que “todas las personas son iguales ante la ley” y que en consecuencia, “tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El artículo 1(1) de ese mismo Tratado establece que los Estados partes se comprometen “.. a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

⁶ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.

⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica en 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Estas son las normas interamericanas que rigen las obligaciones del Estado colombiano⁸ en materia de igualdad y no discriminación. Asimismo, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se encuentran abocados a la preparación de un “Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”⁹.

12. Colombia asimismo es parte de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁰ la cual define la discriminación racial como:

[..] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública¹¹.

A la luz de esta definición, este instrumento establece el compromiso de los Estados parte de “seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas”¹². A ese efecto, se establece la obligación de:

⁸ La República de Colombia ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 28 de mayo de 1973.

⁹ Documento consolidado, Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev.1, 11 de febrero de 2007.

¹⁰ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial adoptada el 21 de diciembre de 1965 por Resolución de la Asamblea General de la ONU 2106 (XX) y en vigencia desde el 4 de enero de 1969. La República de Colombia ratificó este instrumento el 2 de octubre de 1981.

¹¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial adoptada el 21 de diciembre de 1965 por Resolución de la Asamblea General de la ONU 2106 (XX), artículo 1.

¹² Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial adoptada el 21 de diciembre de 1965 por Resolución de la Asamblea General de la ONU 2106 (XX), artículo 2.1.

- a) [...] no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;
- b) [...] no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;
- c) [tomar] medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;
- d) [...] cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;
- e) [...] estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial¹³.

Asimismo, establece que los Estados deben adoptar medidas especiales y concretas, entre otras, en las esferas social, económica y cultural para asegurar el desarrollo y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute de los derechos humanos¹⁴.

13. La Declaración de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la Raza y los Prejuicios Raciales también establece principios rectores sobre igualdad racial y no discriminación. Esta Declaración describe la forma en la cual se manifiesta el racismo en los siguientes términos:

¹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial adoptada el 21 de diciembre de 1965 por Resolución de la Asamblea General de la ONU 2106 (XX), artículo 2.1.

¹⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial adoptada el 21 de diciembre de 1965 por Resolución de la Asamblea General de la ONU 2106 (XX), artículo 2.2.

El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales; obstaculiza el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos; es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales ¹⁵.

14. Junto a la definición del racismo y la discriminación racial y de las obligaciones básicas de los Estados en la materia, coexisten los esfuerzos de la Comunidad Internacional por establecer objetivos destinados a superar la desigualdad que fomenta el racismo y la discriminación racial.

15. Concretamente, en la Declaración y el Plan de Acción de Santiago¹⁶, suscritos por Colombia, los Estados de la región reconocen la existencia del racismo y la discriminación racial¹⁷ en las Américas y de sus efectos adversos para el goce de los derechos humanos. Los Estados expresaron compromisos firmes para la adopción de medidas institucionales, políticas legislativas y de otra índole para fomentar la igualdad racial y erradicar el racismo y la

¹⁵ UNESCO, artículo 2.2 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.

¹⁶ Declaración y el Plan de Acción de Santiago, emanados de la conferencia regional preparatoria celebrada en Santiago de Chile en el año 2000, en preparación a la Conferencia Mundial contra el Racismo que tuviera lugar en el año 2001.

¹⁷ El "Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia" se ha manifestado sobre el vínculo entre racismo y discriminación racial, sosteniendo que ésta última constituye la legitimación de aquél y se aplica a toda práctica derivada. Eliminación del Racismo y la Discriminación Racial, Nota del Secretario General A/49/677, 23 de noviembre de 1994, párr. 28.

discriminación racial en el Hemisferio. El Programa de Acción de Durban adoptado en el marco de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Sudáfrica en el año 2001, establece una serie de líneas de acción a fin de superar el racismo y la discriminación racial de los afrodescendientes en áreas tales como el acceso a la justicia, la educación (en particular para las mujeres y jóvenes afrodescendientes), salud, vivienda y servicios básicos, así como la participación en el sector público y el aliento a su incorporación al sector privado. Asimismo, el Programa de Acción insta a la resolución de los problemas sobre la propiedad de las tierras habitadas desde épocas ancestrales por afrodescendientes. ”. [...]

El deber de consulta con las comunidades étnicas y tribales

Corte Constitucional
Sentencia C-030/08
Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil
Bogotá, 23 de enero de 2008

[...] VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS [...]

2. *Problema jurídico*

En el presente caso, para los actores, la Ley 1021 de 2006, *“Por la cual se expide la Ley General Forestal”*, es contraria a la Constitución y a normas que integran el bloque de constitucionalidad, por *“... no haberse realizado consulta previa a las comunidades indígenas ni a los pueblos afrodescendientes durante el proceso de construcción de la iniciativa legislativa que condujo a la expedición de la Ley 1021 de 2006”*.

Quienes intervienen por los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se oponen a la demanda y al efecto señalan que la ley se aprobó en el escenario público y deliberativo del Congreso de la República, fue ampliamente discutida en un sin número de foros, contiene el marco general de la política forestal y, en esa medida, no afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, cuyos derechos, y en especial la autonomía para el manejo forestal en sus territorios, están garantizados por la propia ley, razón por la cual concluyen, finalmente, que no había lugar a la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT. En esa misma línea se pronuncian quienes intervienen por la Universidad de Medellín y por

la Federación Nacional de Industriales de la Madera, algunos integrantes de resguardos indígenas, así como el ciudadano Santiago Rojas Arroyo. Todos estos intervinientes sostienen, por otro lado, que la Corte debe proferir un fallo inhibitorio, debido a que, en su criterio, el cargo formulado se reduce a la configuración de un vicio de trámite por la ausencia de la consulta previa en el proceso de expedición de la Ley General Forestal, razón por la cual la demanda estaba sometida al término de caducidad de un año consagrado en el artículo 242 de la Carta Política, el cual ya se habría vencido para el momento en el que se interpuso la demanda.

Por otro lado, quienes intervienen por la Comisión Colombiana de Juristas, la Universidad Nacional de Colombia, el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, el colectivo Proceso de Comunidades Negras en Colombia, la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas -CRIMA-, la Red Latinoamericana Contra los Monocultivos de Árboles -RECOMA-, la Organización Nacional Indígena de Colombia, y el CENSAT Agua Viva, Grupo Semillas y Centro de Cooperación al Indígena CECOIN, coadyuvan la demanda, señalando, en general, que, efectivamente, para la expedición de la Ley 1021 de 2006 se omitió el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, consulta que era imperativa a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, debido a que la ley general forestal, particularmente en cuanto regula los bosques nativos, y lo hace, además, con un criterio en el que prima lo extractivo sobre lo ecológico afecta de manera clara y directa a dichas comunidades. La Procuraduría General de la Nación se pronuncia en idéntico sentido y señala, además, que no cabe el fallo inhibitorio solicitado por algunos intervinientes, por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en este caso se está en presencia de un vicio material, por afectación del derecho de consulta, y no ante un defecto de procedimiento.

De esta manera, se tiene que, de acuerdo con los cargos de la demanda y con lo expresado por los distintos intervinientes, en esta oportunidad le corresponde a la Corte determinar si la Ley 1021 de 2006 es contraria al ordenamiento constitucional, en par-

ricular a los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución, por haberse omitido en su expedición el requisito de la consulta a las comunidades indígenas y tribales previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte abordará los siguientes temas: (i) La naturaleza del eventual vicio de inconstitucionalidad de una ley por haberse omitido la consulta a las comunidades indígenas y tribales prevista en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT; (ii) el marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente, y (iii) El alcance de la Ley General Forestal.

3. Consideración preliminar. Las solicitudes de inhibición

Como se ha señalado, algunos intervinientes solicitan que la Corte profiera un fallo inhibitorio porque, en su criterio, el cargo formulado en la demanda alude a un vicio de procedimiento en la formación de la ley y, por consiguiente, habría sido presentado de manera extemporánea.

De acuerdo con el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución, a la Corte Constitucional le corresponde decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. A su vez, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 242 de la Carta, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

Lo anterior exige que, en cada caso concreto, de manera previa al examen de fondo de los cargos presentados, la Corte determine la naturaleza de los mismos en orden a establecer si es preciso aplicar el referido término de caducidad.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, por otra parte, el derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del convenio

169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos deben "... *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*".^{1*}

De este modo, establecido que en un determinado supuesto, para la adopción de una medida legislativa, resultaba obligatorio adelantar el mencionado proceso de consulta, surge el interrogante acerca de la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que se derivaría de la omisión de dicha consulta.

Para algunos intervinientes en este proceso, como quiera que el cargo presentado se refiere a una actividad que debiera haberse cumplido durante el trámite del proyecto de ley, incluida la fase de la iniciativa legislativa, se está ante un vicio de procedimiento y hay lugar a aplicar el término de caducidad de la acción previsto en la Constitución.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-891 de 2002 señaló, en relación con una demanda de similares características a la que ahora es objeto de consideración, que si bien los cargos presentados estaban ligados al proceso general de formación de la ley parcialmente acusada, los mismos se circunscribían a la antesala de la iniciación formal de los debates que se surtieron en el Congreso y que en ellos no se hacía alusión a vicios de forma en estricto sentido, evento en el cual habría sido necesario que el actor señalara en la demanda el trámite contemplado por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado (Decreto 2067/91 Art. 2-4). Puntualizó la Corte que, por el contrario -como ocurre en este caso-, la demanda se sustentaba ampliamente en la supuesta violación del derecho fundamental de consulta, ya que a juicio del demandante se había hecho nulatoria la participación de los pueblos indígenas en la discusión y preparación del proyecto de ley que dio origen a la ley que en esa

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

¹ Convenio 169 de la OIT, Artículo 6º,

oportunidad fue objeto de consideración. Concluyó, en ese contexto, la Corte que, en definitiva, la impugnación estaba referida al contenido material de la ley como tal, y no a vicios de forma (v. gr. número de debates requeridos en una y otra cámara legislativa, publicación del proyecto, etc.), razón por la cual era preciso que la Corte realizara dos exámenes en relación con las disposiciones impugnadas: “... uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, consistente en el juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.”

No obstante que, ciertamente, cuando se plantea un cargo por omisión del deber de consulta, sin que previamente se hayan establecido en el ordenamiento jurídico las reglas de procedimiento aplicables a dicha consulta cuando se trate de hacerla efectiva frente a medidas legislativas, no puede sostenerse que se está ante un vicio de procedimiento, puesto que, como se señaló por esta Corporación en la Sentencia C-169 de 2001, no puede la Corte “... prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, ... [y] escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo...”, no es menos cierto que no está clara la manera como el desconocimiento de un eventual derecho de consulta de las comunidades indígenas y tribales, previa a la adopción de una medida legislativa, afecta el contenido material de la correspondiente ley. Así, por ejemplo, podría ocurrir que en una materia respecto de la cual pudiese predicarse el deber de consulta, se expidiese una ley sin haberse cumplido con ese requisito, pero en cuyo contenido material no se observase una oposición con las disposiciones superiores. De este modo la eventual inconstitucionalidad surgiría por la omisión de la consulta en si misma considerada, no por el contenido material de la ley. Se estaría en tal hipótesis ante la vulneración de un derecho, que como se verá, ha sido catalogado por la jurisprudencia como fundamental, pero sin que resulte claro de qué forma esa omisión puede configurarse como un vicio de inconstitucionalidad de la ley.

Una manera de aproximarse al problema sería señalar que, en desarrollo de los compromisos adquiridos en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, el Estado colombiano debe legislar sobre la manera de hacer efectivo el derecho de consulta a los pueblos indígenas y tribales frente a las medidas legislativas que sean susceptibles de afectarles directamente. Sería, entonces, la ley orgánica, en armonía con la Constitución y sin desnaturalizar el alcance del compromiso adquirido por virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, la que establecería los casos en los que procede la consulta, la oportunidad y los procedimientos para llevarla a cabo. Se configuraría así, un procedimiento legislativo especial, aplicable, desde la fase de la iniciativa legislativa, en el evento de medidas legislativas que sean susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas y tribales y cuyo incumplimiento daría lugar a un vicio de procedimiento en la formación de la ley. El procedimiento especial previsto para adelantar la consulta se convertiría así en una garantía institucional del derecho que tienen las comunidades a que la misma se haga efectiva.

Un nuevo interrogante, sin embargo, surgiría en relación con la omisión de la consulta cuando el legislador no haya desarrollado la materia. Es evidente que esa ausencia de previsión normativa en torno a las condiciones de procedencia y a los mecanismos para hacer efectivo el deber de consulta, no puede dejar sin sanción jurídica en el ámbito interno una omisión frente al deber de consulta que desconozca el derecho que, de acuerdo con la Constitución, tienen las comunidades a que dicha consulta se lleve a cabo.

En ese escenario sería forzoso concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de la consulta afecta la materialidad misma de la ley, porque, independientemente del sentido y alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción. La situación es compleja, porque la solución propuesta comporta que, para verificar la omisión frente al deber de consulta, la Corte debe fijar unas reglas procedimentales que definan la actividad que, en las distintas fases del proceso legislativo, desde

la iniciativa misma, pueda considerarse como la mínima constitucionalmente requerida para hacer efectivo el derecho de consulta. Esto es, para el examen de un vicio de inconstitucionalidad que se proyecta sobre el contenido material de una ley, sería preciso remitirse a la valoración de unas pautas procedimentales para el trámite legislativo no previstas ni en la Constitución ni en la Ley, que fue lo que se rechazó por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001.

Con todo, sobre la base de que, como ocurrió en el proceso que condujo a la Sentencia C-891 de 2002, los cargos en esta oportunidad se dirigen a poner de presente una omisión que se habría producido antes de que se iniciara el trámite legislativo propiamente dicho, y que tal omisión se proyectaría sobre el contenido mismo de la ley, encuentra la Corte que cabe hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar aplicar el término de caducidad predicable en relación con los cargos por vicios de procedimiento.

4. Marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente

4.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional², en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70), y en el contexto de la definición de Colombia como una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (C.P. Art. 1), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

Ha destacado la Corte que esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones

² Al respecto, se pueden consultar las Sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-737 de 2005, y C-208 de 2007, entre otras.

que puedan afectarles, deber que es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.

4.2. Tal como se ha señalado por esta Corporación³, y como se desprende de su propio texto, el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado⁴.

En el marco del reconocimiento de *"... las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades,*

³ Sentencia SU-383 de 2003

⁴ Ibid.

*lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven ...*⁵, el Convenio 169 de la OIT señala, en su capítulo de “Política General”, que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.” Agrega el Convenio que dicha acción “... deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

Como se ha puesto de presente por la Corte, dentro del Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del convenio y que, de manera general, se desarrolla en los artículos 6 y 7 del mismo, que enfatizan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismo adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a “... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.⁶

De este modo, es posible apreciar que del marco del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para

⁵ Preámbulo del Convenio 169 de la OIT

⁶ Convenio 169, artículo 7

los Estados signatarios, el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

El Convenio en distintos apartes se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en el artículo 6° del convenio en los siguientes términos:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.

4.2.1. En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

En Colombia, ese compromiso encuentra desarrollo, en primer lugar, en el hecho de que, en el ámbito de la democracia participati-

va previsto en el artículo 1º de la Constitución, y del mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten, se consagra en el artículo 13 un garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados. De este modo, todos los colombianos, incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato– sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes⁷; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales⁸, que estarán gobernadas por consejos

⁷ Sentencia C-169 de 2001

⁸ C.P. art. 329

conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias⁹ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

⁹ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.

4.2.2. En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura¹⁰ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.¹¹

4.2.2.1. En diferentes oportunidades la Corte se ha referido a ese deber de consulta, específicamente cuando el mismo se predica frente a medidas legislativas¹².

En la Sentencia C-169 de 2001, la Corte se pronunció sobre el alcance del deber de consulta contenido en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y puso de presente que de allí se desprende "... un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su

¹⁰ Sentencia C-208 de 2007

¹¹ Ibid.

¹² Sin perjuicio de los criterios que en distintas decisiones de tutela la jurisprudencia constitucional ha ido fijado en torno al alcance del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, se refiere la Corte en este caso, de manera específica, a aquellos pronunciamientos que han tenido por objeto delimitar esa consulta en relación con las medidas legislativas.

territorio." Agregó la Corte que, por otro lado, el citado instrumento "... otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan ..." y que, en ese contexto, "[d]ada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.).", razón por la cual, concluyó la Corte, para determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, se debe acudir a "... los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias."

En esa Sentencia puntualizó la Corte que la Constitución "... solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330 ...", conforme al cual en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades, y que la Carta guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Agregó la Corporación en esa Sentencia, que mediante la Ley 99 de 1.993, se amplió el alcance de la anterior previsión constitucional a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras, al disponer que "la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1.993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades"¹³ y que en la Ley 70 de 1.993 se

¹³ La realización de la consulta previa en la hipótesis de explotación de recursos naturales en territorios étnicos, se encuentra regulada a nivel reglamentario por el decreto 1320 de 1.998.

había previsto la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: “a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58)” y su participación “... en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.¹⁴

La anterior doctrina fue reiterada por la Corte en la Sentencia C-418 de 2002, en la que declaró la exequibilidad condicionada de una disposición del Código de Minas relativa a la delimitación de las zonas mineras en territorios indígenas, “...bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras

¹⁴ Con base en las premisas que se han esbozado, la Corte, en la Sentencia C-169 de 2001, concluyó que no se podía afirmar que “... el proyecto de ley estatutaria bajo revisión [que versaba sobre la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior] deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba.” Agregó la Corte que “está por fuera de toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.)”

indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991."

En esa Sentencia, la Corte puso de presente que la jurisprudencia constitucional "... ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata" y destacó por un lado los pronunciamientos de la Corte sobre los alcances del derecho de participación y, por otro, los rasgos principales que al mismo le han sido atribuidos por la jurisprudencia.

En relación con lo primero la Corte expresó:

"El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos¹⁵. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución

¹⁵ Sentencia T- 652 de 1998 que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el convenio 169 de la OIT con el artículo 40 -2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, formulo la Sentencia SU 039 de 1997. En esta sentencia se puntualiza: // "Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así: // 'Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: // (a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; // (b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; // c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo // Artículo 6o. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: // (a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles

de afectarles directamente; // b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. // c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin // 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.// «Artículo 7: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. // Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos // 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades'.// «Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: // «a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. // «b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. // «c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en

y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado ...”.

Sobre los rasgos especiales del derecho de participación, la Corte puntualizó que entre los mismos se encuentra el hecho de que la consulta *“... constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*¹⁶.

Posteriormente la Corte, en la Sentencia C-891 de 2002, señaló que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y teniendo en cuenta *“... la vital importancia que el ordenamiento minero reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios ...”* y que *“... la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio ...”*, era posible concluir que el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas y se concreta en el derecho de consulta que se desprende del artículo 330 de la Constitución y que corresponde a las previsiones del Convenio 169 de la OIT, en particular a lo que sobre la materia se dispone en su artículo 6°.

la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. // «Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // «En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros»

¹⁶ Entre otras sentencias las T- 188 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-, T 342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell , SU 039 de 1997, M.P. Antonio barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. SÁCHICA Mendez ,C- 825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

En la Sentencia C-620 de 2003 la Corte puntualizó que era posible extraer las siguientes conclusiones en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio:

a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.

b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.

c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas *"deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades."*

d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.

f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.”

Más recientemente, la Corte, en la Sentencia C-208 de 2007 expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Adicionalmente, la Corte, en esa providencia, retomando lo que ya había expresado en la Sentencia C-620 de 2003, señaló que existe un nexo muy claro entre la consulta como mecanismo de participación y la defensa de la integridad cultural de las comunidades étnicas, a partir de lo cual reiteró la posición adoptada por la Corte en la Sentencia T-737 de 2005, conforme a la cual *“...la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente*

no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena.”

La Corte, en la Sentencia SU-383 de 2003 hizo un pormenorizado recuento del desarrollo legislativo del derecho constitucional de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados, recuento que se inscribía en el contexto conforme al cual “[r]esulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT¹⁷, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo,

¹⁷ Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-1303 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.”

Finalmente, en la Sentencia T-382 de 2006, la Corte, a propósito de una demanda de tutela que versaba, precisamente, sobre el trámite legislativo del proyecto de Ley Forestal, hizo un completo recuento de la jurisprudencia relevante en materia de la consulta a los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente. Concluyó la Corte que “...el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo”, pero que, “sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa” y que, al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que “... el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa.”

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuando puede decirse que una medida legislativa afecta *directamente* a las comunidades indígenas y tribales.

En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse

que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

Cabría, entonces, señalar que procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta.

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

En este contexto advierte la Corte que pueden surgir problemas de aplicación del convenio distintos de los referidos al deber de consulta, cuando, por ejemplo, el legislador omita en un determinado cuerpo normativo previsiones que resultan indispensables para atender la especificidad de las condiciones de los pueblos indígenas y tribales. En casos como ese, la Corte Constitucional no ha tomado una decisión con base en una eventual omisión frente al deber de consulta, sino que se ha inclinado por establecer la existencia de una omisión legislativa, por la ausencia la regulación que de manera específica se refiera a los pueblos indígenas y tribales y sin la cual la ley general no les podría ser aplicada.¹⁸

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las

¹⁸ De este modo procedió la Corte en la Sentencia C-208 de 2007, en la cual se decidió “Declarar EXEQUIBLE el Decreto-Ley 1278 de 2002, *“por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”*, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.”

comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica .

Una referencia al artículo 20 del Convenio 169 de la OIT permite ilustrar más ampliamente esta situación. El texto de esa disposición es el siguiente:

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.
2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:
 - a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
 - b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
 - c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
 - d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

En este caso es claro que, cuando en aplicación de la citada disposición del Convenio, se decida adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general, sería necesario que el gobierno adelantase un proceso de consulta previa, consulta cuya realización, por el contrario, no resultaría imperativa, cuando de lo que se tratase fuese de modificar la legislación general aplicable a todos los trabajadores colombianos. En el primer caso se estaría en el escenario de la aplicación de las disposiciones

del Convenio 169, en particular de su artículo 20 y procedería el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6°. En el segundo, se trataría de la actuación del Estado en el ámbito de sus competencias para la regulación de un tema general no directamente orientado a regular o hacer frente a una situación que afecte a las comunidades indígenas o tribales, las cuales en la medida en que, en ese plano general, la decisión les concierna, podrían acudir a los canales ordinarios de participación, así como a los adicionales a los que alude el literal b) del mismo artículo 6°.

Lo mismo cabe decir, por ejemplo, en relación con las disposiciones sobre formación profesional contenidas en los artículos 21 y siguientes del Convenio, o las que se refieren a los compromisos del Estado en el campo de la salud o de la educación.

De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de ma-

nera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.

4.2.2.2.2. En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.

En la Sentencia T-382 de 2006 la Corte recordó que, de acuerdo con el mandato de flexibilidad contenido en el convenio, "... hay

que tener en cuenta que el Gobierno, a través de los Decretos 1397 de 1996¹⁹ y 1320 de 1998²⁰, formuló algunas pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado²¹. No se debe pasar por alto que en las Leyes 99 de 1993²², 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de

¹⁹ Ministerio del Interior, “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”. La legalidad de este Decreto fue estudiada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del ocho (08) de octubre de 1998, radicación 4373, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, en la que solamente se decretó la nulidad de la expresión “... suspenderán o revocarán ...”, contenida en el inciso segundo del artículo 7°.

²⁰ Ministerio del Interior, “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”. La legalidad de esta norma fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del veinte (20) de mayo de 1999, radicación 5091, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, en la que se declaró la nulidad de la expresión “..y por el término máximo de 24 horas,”, contenida en el artículo 13, literal “d”. De esta sentencia es importante transcribir los siguientes apartados: “De otro lado, el hecho de que el decreto acusado no contenga provisiones específicas sobre el tópico que preocupa al actor, no excluye que cuando el tema de la consulta involucre el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales, se trate el referido asunto, sea de manera conjunta o paralela, puesto que como se describe en el artículo 1° del decreto acusado, la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. (...)”.

²¹ De todas formas es necesario reconocer que estos Decretos también reconocen la participación de las comunidades indígenas en los ámbitos legislativo y administrativo. Por ejemplo, el artículo 11 del Decreto 1397 de 1996 establece: “OBJETO. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos ...”.

²² “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”. Artículo 76: DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

1995 y 685 de 2001²³, entre otras, también se prevén algunas disposiciones de participación y consulta indígena.”

En esta materia, en la Sentencia SU-383 de 2003 se puso de presente que el artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas” y que, a su vez, ese instrumento responsabiliza a los gobiernos de los Estados Partes de adelantar una acción “coordinada y sistemática” para su desarrollo “con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” -artículos 6° y 13 Convenio 169 OIT -.

Reiterando su jurisprudencia, en la Sentencia C-208 de 2007, la Corte expresó que “... el proceso consultivo que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, “deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”²⁴. Ha dicho al respecto que “el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”²⁵.”

Cabe anotar a este respecto, que el procedimiento de consulta no queda, entonces, librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que, tal como se estableció por la Corte en relación con el Decreto 1320 de 1998, cuando dicho pro-

²³ “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”. Cfr. sentencia C-418 de 2002, M.P.: Alvaro Tafur Galvis

²⁴ Sentencia Ibídem.

²⁵ Sentencia Ibídem.

cedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación.²⁶

En relación con el deber de consulta que se deriva del artículo 330 de la Constitución, la Corte, en la Sentencia SU-039 de 1997, en criterio que, *mutatis mutandi*, resulta aplicable a otros escenarios de consulta que surjan en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, puntualizó que el mismo comporta "... la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada."

²⁶ En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que "... por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa -276^a y 277^a reuniones- y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998."

En la misma sentencia, la Corte también avanzó en la precisión sobre *el alcance* de la Consulta y destacó que:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”

Sobre la misma materia, en la Sentencia C-891 de 2002 la Corte, presentó, a título ilustrativo, los criterios contenidos en la “*Guía para la Aplicación del Convenio 169*” elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático:

“Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias”.

Esos criterios fueron reiterados en la Sentencia C-620 de 2003, en la cual la Corte expresó que ni las normas constitucionales, ni las que integran el llamado bloque de constitucionalidad consagran un trámite específico para adelantar la consulta a los pueblos indígenas y asegurar la participación suya en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en sus territorios y, remitiéndose a la Sentencia C-418 de 2002, manifestó que *"corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado"*²⁷, lo cual debe hacerse en un contexto de flexibilidad, razón por la cual no cabe llevar a cabo un examen rígido del procedimiento utilizado por el Gobierno para efectos de la consulta.

Por otra parte, al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtir la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos

²⁷ Sentencia C- 418 de 2002

en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que “[n]o es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones”, pero que, sin embargo “... es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”.

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso partici-

pativo no se interrumpe, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que “... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.”²⁸

4.2.2.2.3. Resta por establecer cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta.

Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

²⁸ Sentencia C-891 de 2002

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

5. La Ley General Forestal

5.1. Tal como se ha señalado, en este caso el problema de constitucionalidad que le ha sido planteado a la Corte conduce a establecer, en primer lugar, si la Ley 1021 de 2006, o Ley General Forestal, debía haber sido sometida a un proceso de consulta con las comunidades indígenas y tribales previamente a su expedición.

Para los demandantes, un conjunto amplio de intervinientes y el Ministerio Público, esa consulta sí debió producirse y su ausencia conduce inexorablemente a la declaración de inexecutable de la ley.

Para otro conjunto de intervinientes, en la medida en que la ley no afecta de manera directa a las comunidades indígenas y tribales, no estaba sujeta al deber de consulta y la participación de esas comunidades en su expedición debió cumplirse dentro del amplio proceso de socialización y deliberación pública del proyecto de ley.

Al estudiar los antecedentes de la ley se advierte que sobre la materia se habían presentado proyectos de iniciativa parlamentaria y otro presentado conjuntamente por los ministerios de Agricultura y del Medio Ambiente.

Algunos de los pronunciamientos de quienes promovieron la iniciativa en sus fases iniciales en el Congreso, ponen en evidencia un interés centrado en el establecimiento, manejo y aprovechamiento de las plantaciones forestales y comercialización de los productos y servicios forestales, así como el conocimiento y la investigación forestal. Dicha orientación, provocó una enérgica reacción de otros sectores de la sociedad, para los cuales, el proyecto, que pretendía hacer una regulación integral de los asuntos forestales, tenía un marcado sesgo hacia la producción y el aprovechamiento de la madera, minimizando los aspectos ambientales ineludiblemente ligados al manejo de los bosques. De hecho, en un documento gubernamental, producido con posterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, se expresaba que el mismo pretendía, entre otras cosas, llenar los vacíos de la normatividad entonces vigente, establecer reglas de juego claras para el sector, eliminar disposiciones obsoletas que obstaculizaban las actividades y servir de apoyo y estímulo a las inversiones forestales. En dicho documento se señalaba que entre los factores que habían incidido en escaso desarrollo forestal y que se buscaba enfrentar con el proyecto, estaban la dispersión de las entidades del sector y la existencia de un gran número de normas que resultaban ineficaces y contraproducentes para proteger el bosque natural, así como para aprovecharlo adecuadamente, situación que había afectado también, en forma negativa, el desarrollo de plantaciones.²⁹

²⁹ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Observatorio Agrociencias Colombia. Documento de Trabajo No. 95

En ese contexto hizo su tránsito por el Congreso el proyecto, en torno al cual, como se señala por el Ministerio de Agricultura, se propiciaron una serie de reuniones y foros. El asunto, ciertamente convocó la atención nacional, y en el expediente obran las comunicaciones que distintas entidades ambientalistas, universidades, organismos de cooperación internacional y organizaciones de las comunidades negras y las comunidades indígenas dirigieron al Congreso de la República en torno al proyecto.

Destaca la Corte que, independientemente del texto que finalmente fue aprobado, para establecer si en relación con la ley forestal existía un deber de consulta, es preciso atender a la controversia que se suscitó desde el momento mismo en el que se presentó la iniciativa a la consideración del Congreso, porque muchas de las modificaciones que se le introdujeron a lo largo del debate serían indicativo de que los temas sobre los que versaba el proyecto comprometían aspectos que afectaban directamente a las entidades tribales que son titulares del derecho de consulta.

Entre las críticas que se plantearon desde el principio al proyecto de ley forestal está la que establecía una estrecha co-relación entre los asuntos ambientales y la situación de las comunidades tribales, a partir de la cual se consideraba equivocado el enfoque general del proyecto, por su énfasis en la dimensión extractiva y comercial, de preferencia sobre un enfoque ecosistémico orientado a permitir un manejo integral del bosque y un uso sostenible de la biodiversidad que le es propia.

Para esos críticos, la modificación en el enfoque que se da al manejo de los bosques afecta de manera directa a las comunidades indígenas que tienen en él su hábitat natural, situación que es particularmente grave si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la información que tienen a su disposición, *"... en Colombia 55 millones de hectáreas de los 114 millones que constituyen la extensión del país son bosques naturales, y que entre el 46 y el 62% de estos bosques (más o menos 28 millones de hectáreas) son territorios colectivos de las comunidades indígenas y negras, localizados en ecosistemas frágiles como los del Chocó*

*Biogeográfico y la Amazonía colombiana, donde se encuentra el 10% de la biodiversidad del planeta...*³⁰

Otra de las críticas recurrentes tenía que ver con la definición de bosque natural, puesto que, de acuerdo con el proyecto, hoy artículo 14 de la ley, *“se denomina bosque natural al ecosistema compuesto por árboles y arbustos con predominio de especies autóctonas, en un espacio determinado y generado por sucesión natural”*, aproximación que se considera contraria a la perspectiva ecosistémica incorporada en la Convención de Diversidad Biológica (CDB), aprobada por la Ley 165 de 1994 y conforme a la cual por ecosistema se entiende *“un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una comunidad funcional”*. Para los críticos, ello implica que se valora el bosque natural exclusivamente en términos económicos como una entidad productora de madera y no como un ecosistema complejo e integrado.³¹

También se cuestionó ampliamente el concepto de vuelo forestal que se introdujo en el proyecto, por cuanto el mismo, al concebir un derecho real sobre el bosque, distinto del que se tiene sobre el suelo, resultaría contrario a los derechos territoriales y sobre los recursos naturales de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Se señaló, por otra parte que el proyecto de ley forestal, al incorporar un Régimen Nacional Forestal y un Consejo Nacional Forestal, y contemplar una cláusula de sujeción institucional, desconocía partes fundamentales del marco normativo y la institucionalidad creada para la formulación de políticas, el manejo y la administración de los recursos maderables y no maderables³² y las políticas públicas en materia ambiental, todo lo cual afectaba el

³⁰ Documento “Contribución al análisis de la problemática en el resguardo de Matavén, Colombia: perspectivas nacionales e internacionales”. Análisis Legal por la Fundación Gaia Amazonas para el Instituto de Seguridad Ambiental.

³¹ En este sentido el documento “Los Bosques Naturales en el Proyecto de Ley Forestal” del Foro Nacional Ambiental. Policy Paper 9, obrante a folio 176 del expediente.

³² Ibid.

proceso de descentralización y el derecho al autogobierno de las comunidades indígenas y negras.

En general, durante el trámite de la iniciativa legislativa se insistió en la necesidad de que existiese “... un balance entre lo ambiental, lo social y lo económico, porque si se plantea sólo desde la parte económica, se pueden generar procesos de destrucción irreversible del bosque y la expulsión consecuente de las comunidades que viven de él y en él.”³³

Pone de presente la Corte que muchas de las anteriores críticas dieron lugar a modificaciones importantes en el texto del proyecto de ley en los distintos debates en el Congreso de la República y que otras fueron recogidas por el gobierno, quien las incorporó en un escrito de objeciones que el Presidente de la República dirigió al Congreso, y fueron, en su mayoría, acogidas por las cámaras legislativas.

En efecto, en el escrito de objeciones, entre otras cosas, el gobierno manifestó que, en relación, por ejemplo, con el concepto de vuelo forestal, resultaba conveniente modificar el texto aprobado, para limitarlo a las plantaciones forestales y confirmar de esa manera “... la protección, permanencia y conservación de los bosques naturales: tanto de los que se encuentran ubicados en tierras de comunidades indígenas y afrocolombianas (que gozan de especial protección constitucional y que poseen unas características especiales que son inalienables, imprescriptibles e inembargables) como también de los ubicados a lo largo de todo el territorio nacional.” Agregó el gobierno que se buscaba con esa objeción “... reiterar el claro interés en preservar el bosque natural como pilar fundamental del ecosistema, conservando la unidad del bosque con el suelo y con los demás recursos naturales asociados.”

También objetó el gobierno un conjunto de expresiones presentes en el texto aprobado y de las cuales podría desprenderse un propósito de “... fomentar el aprovechamiento maderero de los bosques naturales del Chocó y de la Amazonía [lo cual] sería inconveniente ya

³³ Revista Semillas No. 26 Contexto: Política nacional de bosques y agua. “Una estocada mortal a los bosques naturales de Colombia. La ley ‘maderera o mal llamada ley forestal’.” Grupo Semillas.

que en dichas áreas se podría arriesgar la permanencia del equilibrio ecosistémico. Estas zonas constituyen la mayor extensión boscosa del país y poseen una incalculable riqueza en materia de diversidad biológica. Adicionalmente son regiones que han estado ocupadas tradicionalmente por diversos grupos étnicos."

Del mismo modo, el gobierno señaló la inconveniencia de disponer que las Corporaciones de Desarrollo Sostenible gozasen de las mismas prerrogativas, facultades y competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales en relación con el otorgamiento de derechos de aprovechamiento, "... ya que se suprimiría el concepto técnico previo que otorga el ministerio [del ambiente], establecido en el numeral 42 del artículo 5° y artículo 34 de la Ley 99 de 1993, situación con la cual el ministerio estaría renunciando al ejercicio de una función que brinda solidez técnica y que garantiza la conservación de los ecosistemas, en especial del Chocó Biogeográfico y la Amazonía."

Se objetó también la definición de reserva forestal, dados los vacíos que la que se había incluido en el proyecto de ley presentaba en comparación con la legislación vigente.

Sin pretender agotar el conjunto de objeciones que sobre distintas materias presentó el Gobierno, puede destacarse, finalmente, que, así mismo, se opuso el gobierno a la creación de un Fondo para la Silvicultura Comercial y restauración de tierras comerciales y para la promoción de actividades de manejo sostenible de bosques naturales en territorios colectivos de comunidades afrocolombianas, fondo que recibiría el diez por ciento de los recursos a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 344 de 1996.

Esas objeciones presidenciales fueron, en general, acogidas por el Congreso de la República, y por consiguiente las respectivas disposiciones fueron retiradas del texto del proyecto de modo que no hicieron parte de la ley finalmente aprobada.

No obstante lo anterior, estima la Corte que ni las modificaciones que se introdujeron al proyecto en el curso de los debates ordinarios, ni las que se produjeron como consecuencia de las objeciones presidenciales, son suficientes para subsanar el dé-

ficit de consulta que presentaba el proyecto de ley, por varias razones.

En primer lugar, como se ha expresado, las observaciones, que el gobierno acogió en su escrito de objeciones y que el Congreso encontró fundadas, son un claro indicativo de que el proyecto contenía aspectos susceptibles de afectar, y en materia muy sensible, a las comunidades indígenas y tribales. El debate sobre tales materias se adelantó, sin embargo, sin que se hubiesen cumplido los presupuestos para la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Podría argumentarse que, no obstante lo anterior, en la ley, tal como fue finalmente aprobada, se incluyeron cláusulas orientadas a suprimir todo impacto que la misma pudiese tener sobre las comunidades indígenas y tribales. Así, podría señalarse que, por ejemplo, en el artículo 2º de la ley, que establece los principios y normas generales del régimen forestal para el desarrollo de los objetivos y estrategias de la política forestal, sería posible destacar las previsiones conforme a las cuales la cláusula que dispone la sujeción institucional uniforme al Régimen Forestal de la Nación “... opera sin perjuicio de las autonomías y potestades acordadas por la ley a las autoridades ambientales y territoriales, así como a las comunidades indígenas y afrocolombianas”; la que establece que “la conservación de la región amazónica y del Chocó biogeográfico serán materia de medidas especiales a establecerse por el Gobierno Nacional, debiendo adoptar las decisiones que garanticen la efectiva operatividad de lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 99 de 1993” y aquella conforme a la cual “el Estado garantiza el derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas a la libre toma de decisiones, dentro del marco de la Constitución y la ley, respecto de las actividades forestales de carácter sostenible que deseen emprender en sus territorios, conforme a la Ley 21 de 1991, la Ley 70 de 1993, y demás normas complementarias”.

Del mismo modo podría hacerse notar que, en el Capítulo sobre institucionalidad y competencias, se dispone la creación del Consejo Nacional Forestal “... como un órgano de coordinación y concertación

de la política forestal nacional y que dicho Consejo estará integrado por los siguientes miembros: el Director del Departamento Nacional de Planeación, los Ministros de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Agricultura y Desarrollo Rural, de Comercio, Industria y Turismo, el Alto Consejero de la Acción Social, o sus delegados y dos (2) representantes de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, un (1) representante de los gremios del sector forestal productivo nacional, un (1) representante de las organizaciones de profesionales de Ingeniería Forestal, un (1) representante del Consejo Nacional de la Cadena Forestal, un (1) representante del sector minero energético nacional, un (1) representante de los decanos de las Facultades de Ingeniería Forestal, un (1) representante de los centros de investigación forestal, dos (2) representantes de los Pueblos Indígenas, dos (2) representantes de las Comunidades Afrocolombianas, dos (2) representantes de las comunidades de las zonas de reservas campesinas declaradas y un (1) representante de las organizaciones ambientales no gubernamentales. O que, más adelante, en el capítulo sobre el bosque natural, la ley contiene un artículo conforme al cual "Es derecho exclusivo de las comunidades afrocolombianas e indígenas el aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, en observancia de las normas legales tutelares de la conservación y el aprovechamiento forestal sostenible" y que la norma agrega que "En cualquier caso, dicho aprovechamiento deberá surtir el trámite de consulta previa con las comunidades involucradas", y que dispone en su párrafo que "para los efectos del aprovechamiento, manejo, uso de los bosques y de la biodiversidad en los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas, previa consulta con sus consejos comunitarios y autoridades tradicionales, el Gobierno Nacional reglamentará en un plazo de doce (12) meses lo dispuesto por la Ley 70 de 1993, en especial lo contenido en sus Capítulos IV y VII."

Para la Corte, sin embargo, las anteriores previsiones puntuales, si bien limitan el impacto de la ley sobre las comunidades indígenas y tribales y sobre los territorios que les pertenecen, no son suficientes para hacer desaparecer la necesidad de que su contenido hubiese sido previamente consultado con dichas comunidades, por dos consideraciones fundamentales:

Por un lado, el carácter general e integral de la ley hace que resulte imposible excluir de su ámbito de aplicación a las comunidades indígenas y tribales, a las cuales, según documentos oficiales, se las ha hecho entrega formal de un total de 36`336.807 hectáreas de tierras, lo que representa el 32.2% del área total nacional³⁴, si se tiene en cuenta, además, que, de acuerdo con el informe de ponencia para segundo de debate del Proyecto de Ley Forestal en la plenaria del Senado de la República, "*[d]el área cubierta en bosque natural; en el Pacífico y la Amazonia, cerca del 41.6% pertenece a comunidades indígenas y afrocolombianas. De hecho el 72% de los territorios de los resguardos indígenas, es decir 22.5 millones de hectáreas, coinciden con áreas boscosas; por su parte, del 69.4% de las tierras adjudicadas a comunidades afrocolombianas, cerca de 2.6 millones de hectáreas cubren áreas boscosas. Estas comunidades dependen casi en su totalidad de los recursos que le proveen los bosques.*"

Desde este punto de vista, las referidas previsiones podrían interpretarse, más que como medidas para afianzar la autonomía de las comunidades, como instrumentos dirigidos a obviar la necesidad de consulta y tendrían un alcance excluyente, porque no se entiende cómo un régimen general e integral en materia de manejo de bosques naturales y plantaciones forestales pueda adoptarse sin incluir en él la regulación de la situación de quienes tienen en el bosque su hábitat natural.

En esta perspectiva cabe destacar que el carácter general de la ley, presente desde su título, se aprecia en su ámbito territorial, que lo es todo el territorio nacional, con la excepción parcial de los territorios indígenas y tribales, en los cuales, sin embargo, aunque

³⁴ Según información de INCODER, entre 1966 y 2006 se han constituido y ampliado 650 resguardos indígenas en todo el país, con un área aproximada de TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTAS SIETE MIL NOVECIENTAS SETENTA Y OCHO HECTÁREAS (31.207.978 HAS), para dotar de tierras a 86.294 familias integradas por 440.798 personas. Por otra parte, de acuerdo con la misma fuente, entre las tierras entregadas a las comunidades negras y las que se encuentran en trámite de adjudicación, se alcanza un acumulado total de 5'670.000 de hectáreas que representan cerca del 5% del territorio nacional. <http://www.incoder.gov.co/Archivos/PresentacionFAO2006.doc>

con respeto por la autonomía de las comunidades, son susceptibles de aplicarse las previsiones generales de la ley. Ese carácter general se aprecia, además, en el establecimiento de una cláusula de sujeción institucional al Régimen Forestal de la Nación, aún cuando se haga una salvedad en relación con *"... las autonomías y potestades acordada por la ley a las autoridades ambientales y territoriales, así como a las comunidades indígenas o afrocolombianas"*, o en la conformación de un Consejo Nacional Forestal en el que, dado su carácter de ente de coordinación y concertación de la política forestal nacional, tienen asiento voceros de todos los sectores vinculados con los bosques, incluidas las comunidades indígenas y afrocolombianas, o en la previsión de un Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A su vez, la ley contiene, también, una regulación integral, porque, como se dispone en su artículo primero *"... tiene por objeto establecer el Régimen Forestal Nacional, conformado por un conjunto coherente de normas legales y coordinaciones institucionales, con el fin de promover el desarrollo sostenible del sector forestal colombiano en el marco del Plan Nacional de Desarrollo Forestal. A tal efecto, la ley establece la organización administrativa necesaria del Estado y regula las actividades relacionadas con los bosques naturales y las plantaciones forestales."* De este modo, el carácter integral de la ley se manifiesta en aspectos tales como la incorporación de una definición de bosque natural; la previsión de un Plan Nacional Forestal; la inclusión de disposiciones en materia de conservación de los bosques y ecosistemas, explotación de los recursos maderables y no maderables, control de actividades ilegales, investigación científica, asistencia técnica, conservación y protección de conocimientos ancestrales y el diseño de un nuevo marco institucional para el manejo forestal.

De manera marginal, la Corte llama la atención sobre el hecho de que, frente al carácter general e integral del proyecto, las medidas que buscan hacerlo compatible con la autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades tribales, presentan contradicciones en sí mismas, puesto que, al paso que se adoptan medidas orientadas a excluir a las comunidades indígenas del ámbito de aplicación de la ley, con lo cual se preservaría su autonomía para el manejo forestal en sus territorios y se pretendería obviar la ne-

cesidad de consulta, al incluir a los voceros de esas comunidades en el Consejo Nacional Forestal se admite, implícitamente, que las mismas pueden verse afectadas por las previsiones de la ley y se encuentran sujetas a ella.

Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe tenerse en cuenta que esa ley, que es integral y que se aplica a todo el territorio nacional, versa sobre la explotación de los bosques, aspecto que tiene íntima conexión con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.

En ese contexto, observa la Corte que las previsiones de la ley forestal son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc.

No le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los contenidos de la ley forestal, ni evaluar los criterios orientados a mostrar, por ejemplo, unas eventuales bondades de la ley desde la perspectiva de conservación ambiental o, por el contrario, su impacto negativo en este frente. De lo que se trata en este escenario de control de constitucionalidad, a la luz del problema jurídico que se ha planteado, es, de advertir la presencia de opiniones encontradas en ese y en otros frentes, las cuales, independientemente del lado en el que se encuentre la razón, evidencian la necesidad de adelantar una consulta en los términos del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, precisamente en la medida en que, entre los objetivos de dicha consulta está el de enterar a las comunidades y discutir con ellas, los posibles efectos, positivos o negativos que una determinada medida legislativa pueda tener sobre ellas.

En este escenario, cabe observar, por ejemplo, que las experiencias del pasado reciente permitían a las comunidades indígenas y afrocolombianas abrigar un temor fundado sobre el impacto que un proyecto de Ley General Forestal podría tener sobre sus modos de vida, lo cual, a su vez, hacía patente su interés en participar, más allá de lo que concierne al gobierno de sus propios territorios, en la discusión de medidas de limitación, control y mitigación de tales impactos. A título ilustrativo, puede señalarse que en la Sentencia T-955 de 2003, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre las explotaciones forestales en la cuenca del río Cacarica, puntualizó que “ *las explotaciones forestales que se adelantan en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico i) no han sido consultadas a las comunidades negras de la región, como lo disponen el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículo 55 transitorio y 330 de la Carta Política, ii) que dichas explotaciones no benefician real y verdaderamente a las comunidades de la región, y iii) que no se ha expedido la reglamentación que deberá regular los aspectos que les permitirán a dichas comunidades extraer de manera sustentable los productos de sus bosques sin desmedro de su identidad cultural.*”

En esa misma sentencia, la Corte registró la intervención en el proceso de la Fundación Natura Colombia, que señalaba que “... *la más grande amenaza que encara el Chocó es la deforestación asociada con la extracción de madera, la expansión de la agricultura y la ganadería, la minería y el desarrollo de infraestructura. Y que en el Pacífico Central y Norteño Colombiano, las concesiones de madera han clareado grandes extensiones de bosques para la producción de papel y madera, con muy poco manejo y reforestación subsiguiente.*”³⁵

Resulta indudable, en el anterior contexto, que una ley que regule de manera integral el manejo forestal en el país, afecta de manera directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en zonas de alta incidencia de bosques, no sólo por el interés que tales comunidades tienen en participar en la definición

³⁵ Fundación Natura Colombia, “La Ecoregión del Chocó Biogeográfico”, Fundación Natura, Ministerio del Medio Ambiente, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, INRENARE, ANCON, AUESPN.

de los elementos de un régimen nacional forestal, sino también por los conflictos que las distintas aproximaciones al tema pueden suscitar, en particular cuando, como en este caso se hace explícito en la iniciativa legislativa un énfasis en la necesidad de promover la explotación maderera como elemento estratégico para el desarrollo económico. Ese énfasis puede resultar contrapuesto con la concepción que las comunidades tienen sobre el bosque, lo cual claramente apunta hacia la necesidad de la consulta orientada a lograr una conciliación de intereses.

El proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.

Observa la Corte que en este caso, paradójicamente, el carácter específico de la afectación que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, se deriva de la condición general e integral que se le dio a la iniciativa legislativa, en cuanto que, por esa vía, sus previsiones son susceptibles de afectar a dichas comunidades en una dimensión muy particular, cual es la relación que mantienen con el bosque.

En ese sentido, en la Sentencia C-891 de 2002 se puso de presente que *"... la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus terri-*

torios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio...”, puesto que, “... la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.³⁶”

En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida.

A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6º del convenio 169 de la OIT.

5.2. De los antecedentes de la ley que obran en el expediente puede concluirse sin mayor dificultad que en relación con la Ley 1021 de 2006 no se surtió la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT.³⁷ Hubo, si, un

³⁶ Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

³⁷ La ausencia de consulta previa se aprecia en las intervenciones del Ministro de Agricultura durante el debate del proyecto de ley en el Congreso, y en las que manifestó que la misma no se requería porque bastaba con el amplio proceso de socialización que había recibido el proyecto; en las comunicaciones dirigidas por las organizaciones indígenas al Congreso en relación con la falta de consulta; en las constancias que en ese sentido dejaron algunos congresistas y, finalmente, en las intervenciones gubernamentales en el presente proceso, cuyo punto de partida es, precisamente, la consideración de que la consulta no se realizó debido a que, por la naturaleza de la ley, la misma no era necesaria.

proceso amplio de socialización que no satisface, sin embargo, los criterios fijados por la Corte Constitucional porque, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación.

Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.

Por esas razones, no son suficientes, ni las actividades de socialización general del proyecto, ni las medidas unilaterales orientadas a depurarlo de los aspectos que pudiesen considerarse críticos desde la perspectiva de las comunidades indígenas y tribales, sino que se requería un proceso de consulta que respondiera a los lineamientos del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, en las condiciones que se han decantado por la jurisprudencia constitucional.

5.3. A partir de los anteriores elementos encuentra la Corte que:

- a. El contenido de la Ley General Forestal reviste un innegable interés nacional, sus previsiones afectan, de manera amplia, a la tota-

lidad de los colombianos, y de manera particular, a un conjunto diverso de sectores, que tienen una relación más estrecha con los bosques y con la actividad forestal o vinculada a ella.

- b. El correspondiente proyecto de ley fue debatido en el Congreso de la República y hay evidencia de que, además del proceso deliberativo y público que allí debe cumplirse, hubo un proceso amplio de participación de los distintos sectores interesados.
- c. La Ley General Forestal, en cuanto que regula de manera general e integral, la actividad forestal, no obstante que, contiene previsiones orientadas a preservar la *autonomía* de las comunidades indígenas y afrocolombianas, y que reconoce el *derecho exclusivo* de las mismas al aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, es susceptible de afectar directa y específicamente a tales comunidades, en la medida en que establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto que de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque.
- d. En esa medida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, así como sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pudiesen tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida.
- e. Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley.

Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la

cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutable de la ley.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexecutable de la Ley 1021 de 2006 *"Por la cual se expide la Ley General Forestal"*. [...]

Las defensoras y defensores de derechos humanos en una sociedad democrática y su marco jurídico de protección en el sistema interamericano

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
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 marzo 2006

[...] III. LAS DEFENSORAS Y DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

A. Las defensoras y defensores de derechos humanos

13. El marco de análisis básico para determinar quien debe ser considerado como defensora o defensor de derechos humanos se encuentra contenido en 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 fundamentalmente reconocidas (en adelante “la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores”). El artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas 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”. Por lo tanto, toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o in-

ternacional, debe ser considerada como defensora de derechos de humanos¹¹.

14. La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al interpretar esta disposición, ha señalado algunas herramientas que facilitan la identificación de quién puede ser considerada como defensora o defensor de derechos humanos¹². La Alta Comisionada ha sugerido que la calidad de defensora o defensor de derechos humanos se determine de acuerdo con las acciones realizadas por la persona y no otras calidades, como por ejemplo, si ésta recibe un pago o no por sus labores. Para ser considerada dentro de la categoría, la persona debe proteger o promover cualquier derecho o derechos a favor de personas o grupos de personas, lo que incluye la promoción y protección de cualquier derecho civil o político, económico, social o cultural.

15. La Alta Comisionada de Naciones Unidas destaca que las defensoras y defensores se avocan a la realización de cualquiera de los derechos, dentro de los cuales se encuentran las ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, tortura, detenciones arbitrarias, discriminación, derechos laborales, derecho a la vivienda y desalojos forzados, etc. Igualmente, las defensoras y defensores pueden desarrollar sus labores en determinadas categorías de derechos o

¹¹ En el mismo sentido, la Unión Europea ha establecido que: Los defensores de los derechos humanos son aquellos individuos, grupos y organismos de la sociedad que promueven y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. Los defensores de los derechos humanos persiguen la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos, así como la promoción, la protección y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Los defensores de los derechos humanos promueven y protegen asimismo los derechos de los miembros de grupos tales como las comunidades indígenas. La definición no incluye a los individuos o grupos que cometan actos violentos o propaguen la violencia. Consejo de la Unión Europea, Proyecto de conclusiones del Consejo sobre las directrices de la UE sobre defensores de los derechos humanos, 100056/1/04 REV 1, Bruselas, 9 de junio de 2004. Ver, Directrices de la Unión Europea sobre defensores de los derechos humanos, punto 2 y 3.

¹² United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Protecting the Right to Defend Human Rights and Fundamental Freedoms, Fact Sheet No. 29, UN publications, Geneva, 2004.

personas como aquellos que se dedican a la protección de los derechos de las mujeres, niñas y niños, pueblos indígenas, derechos de personas refugiadas y forzosamente desplazadas.

16. En el manual dedicado a este tema, la Alta Comisionada señala que no existe una lista cerrada de actividades que se consideren como acciones de defensa de derechos humanos. Estas acciones pueden conllevar la investigación y recopilación de información para denunciar violaciones a los derechos humanos, acciones de cabildeo ante autoridades nacionales e internacionales para que conozcan dichos informes o determinada situación, acciones para asegurar la responsabilidad de funcionarias y funcionarios estatales y erradicar la impunidad, acciones para apoyar la gobernabilidad democrática y erradicar la corrupción, la contribución para la implementación a escala nacional de los parámetros internacionales establecidos por los tratados de derechos humanos, y la educación y capacitación en derechos humanos. Cualquiera que sea la acción, lo importante es que esta esté dirigida a promover la protección de cualquier componente de, al menos, un derecho humano y que ésta no involucre medios violentos.

17. En consonancia, la Asamblea General de la OEA ha llamado a los Estados miembros a proteger a las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción, el respeto y la protección de los derechos y libertades fundamentales y la eliminación efectiva de las violaciones a los derechos humanos en el plano nacional y/o regional¹³. Asimismo, la Asamblea General ha exhortado a los Estados a que promuevan y apliquen la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores, así como las normas del sistema interamericano y las decisiones de sus órganos.

18. La Comisión seguirá en este informe y en su trabajo posterior, el concepto amplio de defensora o defensor de derechos humanos que brinda la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores, e invita a los Estados miembros a que apliquen este parámetro

¹³ OEA, Asamblea General, resolución AG/RES.1671 (XXIX-O/99), 7 de junio de 1999.

en su legislación y sus prácticas nacionales, tal como actualmente lo hacen varios Estados del hemisferio.

19. El criterio identificador de quién debería ser considerado como defensora o defensor de derechos humanos es la actividad. En este sentido, aquellas personas que desde instituciones del Estado tienen funciones relacionadas con la promoción y protección de los derechos humanos y que, en función de dicho trabajo, son víctimas de actos que directa o indirectamente impiden o dificultan sus tareas, deben recibir la misma protección que aquellas personas que desde la sociedad civil trabajan por la defensa de los derechos humanos. Ello, en virtud de que con dichos actos se afecta el goce y disfrute de los derechos humanos de la sociedad en general. Asimismo, la Comisión toma en cuenta que, en general, las funcionarias y funcionarios de entidades tales como Defensorías del pueblo y del ciudadano, personerías, procuradurías, fiscalías especializadas en derechos humanos, entre otras, quienes están constantemente trabajando en la verificación del correcto funcionamiento del Estado y el desempeño de las autoridades en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, son más susceptibles a ser víctimas de actos en su contra¹⁴.

B. La protección internacional de las defensoras y defensores de derechos humanos

20. La Carta Democrática Interamericana reafirma el carácter esencial de la democracia para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas¹⁵, donde el respeto a los

¹⁴ El mismo criterio ha sido seguido por la Representante Especial de Naciones Unidas para Defensores de Derechos Humanos, quien ha incluido en sus informes y visitas la situación de funcionarios estatales tales como miembros de parlamentos, procuradurías, comisiones nacionales de derechos humanos, defensorías del pueblo, jueces y fiscales. Cfr. ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2002, Doc. E/CN.4/2002/106; párr.51; e Informe Anual 2004, Doc. E/CN.4/2004/94, párr.

¹⁵ Carta Democrática Interamericana, artículo 1.

derechos humanos es elemento esencial para su existencia¹⁶. Igualmente, la Carta Democrática resalta la importancia de la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional para el desarrollo de la democracia¹⁷. Las defensoras y defensores de derechos humanos, desde distintos sectores de la sociedad civil y, en algunos casos, desde las instituciones estatales, brindan aportes fundamentales para la vigencia y fortalecimiento de las sociedades democráticas. De allí, que el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático dependa, en gran medida, de las garantías efectivas y adecuadas que gocen las defensoras y defensores para realizar libremente sus actividades.

21. Desde hace más de una década, la Asamblea General de la OEA se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de la importancia que asigna a la protección de las defensoras y defensores, y ha mostrando la preocupación primordial de la OEA por la situación de éstos y de sus organizaciones. El 8 de junio de 1990, en la resolución AG/RES. 1044, la Asamblea General “reiteró la recomendación hecha en años anteriores a los Gobiernos de los Estados miembros para que otorguen las garantías y facilidades necesarias a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos a fin de que puedan continuar contribuyendo a la promoción y defensa de los derechos humanos y respeten la libertad e integridad de los miembros de tales organizaciones”.

22. Desde hace más de cinco años, la Asamblea General ha considerado en sus respectivos períodos ordinarios de sesiones un punto específico sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos, ha solicitado su especial protección por parte de los Estados, y ha reiterado que la obligación de promover y proteger los derechos humanos recae primordialmente en los Estados. Por ejemplo, la Resolución AG/RES. 1920 del 10 de junio de 2003, reconoció la importante tarea que desarrollan en el plano nacional

¹⁶ Carta Democrática Interamericana, artículo 3.

¹⁷ Carta Democrática Interamericana, artículo 2.

y regional, las defensoras y defensores de derechos humanos y su valiosa contribución para la protección y promoción de los derechos y libertades fundamentales en el Hemisferio. De igual forma, en su resolución AG/RES. 2036 (XXXIV-O/04) la Asamblea destacó que “la participación de los defensores de derechos humanos en el desarrollo de sus tareas contribuye decididamente al fortalecimiento de las instituciones democráticas y al perfeccionamiento de los sistemas nacionales de derechos humanos”. En consecuencia, la Asamblea reiteró su recomendación a los Gobiernos de los Estados miembros para que “continúen intensificando los esfuerzos para la adopción de las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal y a que en todos los casos de violaciones contra los defensores de derechos humanos se realicen investigaciones completas e imparciales garantizando la transparencia y la publicidad de sus resultados finales”¹⁸. Igualmente, la Asamblea ha hecho un llamado a los Estados para que “promuevan y difundan 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”. En su última resolución, adoptada el 7 de junio de 2005, la Asamblea General reconoció, especialmente, que “las mujeres defensoras de los derechos humanos, en virtud de sus actuaciones y necesidades específicas, merecen atención especial que permita asegurar su plena protección y la eficacia de las importantes actividades que realizan”¹⁹.

23. Los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano, por su parte, se han pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la importancia de la labor que desarrollan aquellas personas que, individual o colectivamente, promueven y

¹⁸ OEA, Asamblea General, resolución AG/RES. 1920 (XXXIII-O/03), de 10 de junio de 2003. En el mismo sentido, véanse, por ejemplo: AG/RES. 1842 (XXXII-O/02), del 4 de junio de 2002; AG/RES. 1818 (XXXI-O/01), de 5 de junio de 2001; resolución AG/RES. 1671 (XXIX-O/99), de 7 de junio de 1999 y resolución AG/RES. 1044 (XX-O/90), de 8 de junio de 1990.

¹⁹ OEA, Asamblea General, resolución AG/RES. 2067 (XXXV-O/05), de 7 de junio de 2005, punto resolutivo número 2.

procuran la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la supervisión de las instituciones democráticas²⁰. La Comisión ha expresado que las defensoras y defensores de derechos humanos tienen un papel protagónico en el proceso para el logro pleno del Estado de Derecho y el fortalecimiento de la democracia²¹. La CIDH ha señalado que la labor de las defensoras y defensores, a través de la protección de individuos y grupos de personas que son víctimas de violaciones de derechos humanos, de la denuncia pública de las injusticias que afectan a importantes sectores de la sociedad y del necesario control ciudadano que ejercen sobre los funcionarios públicos y las instituciones democráticas, entre otras actividades, los convierten en una pieza irremplazable para la construcción de una sociedad democrática sólida y duradera.

24. La Corte Interamericana ha destacado la importancia de la labor de las defensoras y defensores de derechos humanos, al señalar, por ejemplo, que “el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático depende en gran parte de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores de los derechos humanos para desplegar libremente sus actividades y que es conveniente prestar especial atención a las acciones que limiten u obstaculicen el trabajo de los defensores de derechos humanos”²².

²⁰ En su Informe Anual de 1998, por ejemplo, la Comisión resaltó la importancia y la dimensión ética del trabajo que llevan a cabo las personas dedicadas a la promoción, seguimiento y defensa legal de los derechos humanos y de las organizaciones a las que muchos de ellos se encuentran afiliados. Además, la Comisión recomendó a los Estados miembros “que tomen las medidas necesarias para proteger la integridad física de los defensores de los derechos humanos y propiciar las condiciones para que desarrollen su labor”. Cfr. CIDH, Informe Anual 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999, pág. 1237. Ver también: CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Capítulo VI, Literal C, párr. 23, publicado el 6 de abril de 2001, OEA/Ser.L/V/11.111.

²¹ CIDH, Comunicado de Prensa N° 23/02 - CIDH finaliza visita *in-loco* a la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Venezuela 10 de mayo de 2002.

²² Corte IDH, *Caso Lysias Fleury*. Resolución del 7 de junio de 2003, considerando 5; *Caso Nieto Palma*. Resolución de 9 de julio de 2004, considerando 8.

25. El trabajo de las defensoras y defensores de derechos humanos ha sido también reconocido por diversos organismos internacionales. Como se ha señalado con anterioridad, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas destacó la importancia de las defensoras y defensores en la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores²³. Este documento dispone que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional y a esforzarse por ellos”.²⁴ A los efectos del fomento y la protección de los derechos humanos, todas las personas tienen derecho a reunirse pacíficamente y a formar organizaciones no gubernamentales y a afiliarse a ellas o a participar en ellas y a comunicarse con dichas organizaciones.²⁵ También dispone que todas las personas tienen derecho a formular denuncias en relación con las políticas y las acciones de funcionarios u órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos²⁶.

26. El Secretario General de las Naciones Unidas, ha expresado que “los defensores de los derechos humanos son el núcleo del movimiento de derechos humanos en todo el mundo. Trabajan por las transformaciones democráticas que permiten aumentar la participación de los ciudadanos en los procesos de adopción de decisiones que determinan sus vidas. Los defensores de derechos humanos contribuyen a mejorar las condiciones sociales, políticas y económicas reducir las tensiones sociales y políticas, crear un entorno pacífico, tanto en el plano nacional como internacional por los derechos humanos. Los defensores de los derechos humanos constituyen la base sobre la que se apoyan las organizaciones y los mecanismos regionales e internacionales de derechos humanos,

²³ 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” aprobada el 9 de diciembre de 1998.

²⁴ Declaración, artículo 1.

²⁵ Véase *Ibidem*, artículo 5.

²⁶ Véase *Ibidem*, artículo 9(3).

incluidos los de Naciones Unidas, para promover y proteger los derechos humanos”²⁷.

27. En agosto de 2000, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas por solicitud del Consejo Económico y Social, designó a la Señora Hina Jilani, de nacionalidad pakistaní, como Representante Especial de Naciones Unidas para los Defensores de Derechos Humanos. El mandato de la Representante Especial tiene el objetivo de informar 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.

28. En 2004, el Consejo de la Unión Europea estableció las “Directrices de la Unión Europea sobre Defensores de los Derechos Humanos”, las cuales reconocen que la responsabilidad fundamental de la promoción y protección de los derechos humanos corresponde a los Estados y respalda el papel que cumplen las defensoras y defensores de derechos humanos en el apoyo a los Estados en dicha materia. Además, el Consejo de Europa reconoce el papel fundamental de las defensoras en su contribución a los Estados para que estos adopten legislación apropiada, y en su apoyo para el establecimiento de planes y estrategias nacionales de derechos humanos²⁸. Las directrices aportan sugerencias prácticas para mejorar la acción de la Unión Europea y apoyar y fortalecer el respeto por el derecho a defender los derechos humanos. Establecen, además, intervenciones de la Unión a favor de las defensoras y defensores de derechos humanos. Con el fin de promover estas directrices, la Unión Europea encargó la dirección de las acciones al señor Michael Mattiessen, Representante Personal del Secretario General del Consejo de la Unión Europea.

²⁷ A/55/292 11 de agosto de 2000. Informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General, Quincuagésimo quinto Período de Sesiones.

²⁸ Consejo de la Unión Europea, Proyecto de conclusiones del Consejo sobre las directrices de la UE sobre defensores de los derechos humanos, 100056/1/04 REV 1, Bruselas, 9 de junio de 2004. Ver, Directrices de la Unión Europea sobre defensores de los derechos humanos, pág. 5.

29. La Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, durante su Trigésima Cuarta Sesión en Banjul, Gambia, creó una Relatoría para la protección de los defensores de los derechos humanos a cargo de la Comisionada Jainaba Johm²⁹.

IV. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN A DEFENSORAS Y

DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

30. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se basa en el principio según el cual los Estados tienen la responsabilidad primaria de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas sujetas a su jurisdicción. En consecuencia, la labor de promoción y protección de los derechos humanos que por iniciativa propia realizan las personas bajo sus jurisdicciones es una actividad legítima que coadyuva con una obligación esencial de los Estados y, por lo tanto, genera en ellos obligaciones especiales de protección respecto de quienes se dedican a promover y proteger tales derechos. En una sociedad democrática las actividades de derechos humanos deben ser tanto protegidas como estimuladas.

31. Las autoridades públicas tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para crear las condiciones que permitan que las personas que así lo deseen, ejerzan libremente actividades encaminadas a la promoción y protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esta obligación estatal requiere que los Estados garanticen que no obstaculizarán bajo ninguna forma el trabajo adelantado por las defensoras y defensores de derechos humanos. Los Estados deben prestar la mayor colaboración posible a las iniciativas de la sociedad de promoción y protección de derechos humanos, incluyendo aquellas que se dirigen a la fiscalización de la función pública en todos sus niveles. Igualmente, incumbe a los Estados la responsabilidad de proteger a las defensoras y defensores de terceros que pretendan impedir las labores que éstos realizan.

²⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution on the Protection of Human Rights Defenders in Africa, meeting at its 35th Ordinary, 4th June 2004, Banjul, The Gambia.

32. La Comisión encuentra que la promoción y protección de los derechos humanos involucra tres importantes dimensiones que deben ser protegidas por los Estados. La primera dimensión es individual y se desarrolla a través del ejercicio de los derechos individuales universalmente reconocidos, de los cuales son titulares cada una de las personas que se dedican a la defensa de los derechos humanos. 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 coartadas.

33. La segunda dimensión es colectiva. La defensa de los derechos humanos es de interés público y en ella participan comúnmente distintas personas asociadas entre sí. Varios de los derechos, a través de los cuales se traduce en la práctica esta defensa de los derechos tienen una vocación colectiva, como el derecho de asociación, el de reunión o algunas dimensiones de la libertad de expresión. En virtud de ella, los Estados tienen la obligación de garantizar la vocación colectiva de tales derechos.

34. La tercera dimensión es social. Esta dimensión 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. El fin que motiva la labor de las defensoras y defensores incumbe a la sociedad en general y busca el beneficio de ésta, por ello, cuando se impide a una persona la defensa de los derechos humanos, se afecta directamente al resto de la sociedad.

35. Las normas interamericanas no han establecido un único derecho que garantice la labor de promoción y protección de los derechos humanos. Por el contrario, el sistema interamericano ha establecido componentes de múltiples derechos cuya garantía permite que se materialice la labor de las defensoras y defensores. De acuerdo con estas normas, la sociedad tiene el derecho y el deber de buscar a través de distintos medios la promoción y realización de sus derechos tanto a nivel nacional como internacional. Cualquier persona, individual o colectivamente, tiene el derecho de adelantar actividades pacíficas que permitan cumplir dichos objetivos, bien

sea actividades directamente dirigidas ante las autoridades públicas o a la sociedad en general o a grupos de ésta.

36. La observancia de los derechos humanos es una materia de preocupación universal y, por ello, el derecho a defender tales derechos no puede estar sujeto a restricciones geográficas. Los Estados deben garantizar que las personas bajo sus jurisdicciones podrán ejercer este derecho a nivel nacional e internacional. Asimismo, los Estados deben garantizar que las personas tendrán la posibilidad de 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 discute.

37. La Comisión ha señalado que la defensa de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia requieren, entre otras cosas, que la ciudadanía tenga un conocimiento amplio sobre las gestiones de los diversos órganos del Estado, tales como aspectos presupuestarios, el grado de avance del cumplimiento de objetivos planteados y los planes y políticas del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad³⁰. En el mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores establece el derecho de los individuos y grupos a “conocer, recabar, recibir, poseer, estudiar, publicar y debatir” cualquier información sobre los medios a través de los cuales se da efecto a los derechos humanos en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos de los Estados³¹. Como componente de estos derechos, la Declaración establece el derecho a participar en audiencias, procedimientos y juicios públicos para formarse una opinión tanto del cumplimiento de normas nacionales como de las obligaciones internacionales³². La Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores también resalta el derecho de participar en la gestión de los asuntos públicos internos de los países para buscar la promoción y realización de los

³⁰ CIDH, Informe Anual 2001. OEA/Ser.L/V/V/II.114, doc. 5 rev. 1, 16 de abril de 2002, Vol II, Capítulo III.

³¹ Artículo 6.

³² Artículo 9.

derechos humanos. La defensa de los derechos humanos involucra la posibilidad de hacer críticas y propuestas para mejorar el funcionamiento del Estado y llamar la atención sobre cualquier obstáculo o impedimento para la promoción y realización de cualquier derecho humano³³.

38. Complementariamente, las personas de manera individual o colectiva tienen el derecho a denunciar las normas, políticas y prácticas de funcionarios públicos y agentes privados que violen los derechos humanos. Para ello, los Estados deben garantizar sistemas de peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas en todos los niveles de decisión, capaces de procesar adecuadamente estas peticiones con arreglo a las normas mínimas del debido proceso. Igualmente, las personas tienen el derecho a buscar la protección eficaz de las normas nacionales e internacionales para proteger los derechos humanos y oponerse a cualquier tipo de actividad o acto que cause violaciones a los mismos³⁴. Este derecho involucra la posibilidad de acudir, sin ningún tipo de trabas o represalias ante organismos internacionales de protección de derechos humanos y monitoreo de tratados internacionales.

39. Por otro lado, los individuos y grupos tienen el derecho de promover la protección y realización de los derechos humanos a través de acciones dirigidas a la sociedad. Como componente de este principio, las personas tienen derecho a publicar, impartir y difundir públicamente a terceros sus opiniones y conocimientos respecto de los derechos humanos, así como debatir y desarrollar nuevos principios e ideas al respecto y promover su aceptación. En virtud de ello las defensoras y defensores tienen el derecho a verificar por sí mismos la existencia de abusos, de entrevistarse con las víctimas, testigos y expertos (tales como abogados o médicos forenses), hablar con las autoridades, estudiar documentación, y adelantar cualquier tipo de investigación con el objetivo de pro-

³³ Artículo 8.

³⁴ Artículos 9 y 12.

verse de información objetiva. De la misma manera, los individuos y grupos tienen derecho a ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros³⁵. Igualmente, hace parte de este derecho la posibilidad de efectuar actividades de representación, acompañamiento, autogestión y búsqueda de reconocimiento de comunidades y personas víctimas de violaciones de derechos humanos, y otros actos de discriminación y exclusión.

40. Con el objeto de adelantar estas actividades las defensoras y defensores tienen derecho a solicitar y obtener recursos económicos que financien sus tareas. Los Estados deben garantizar de la manera más amplia posible el ejercicio de este derecho, así como promoverlo, por ejemplo, a través de exenciones de impuestos a las organizaciones dedicadas a defender los derechos humanos. Deben ser consideradas legítimas las actividades de captación de fondos para la financiación de las tareas de las defensoras y defensores de derechos humanos tales como la producción y venta de libros, informes y periódicos sobre derechos humanos, la recolección de donaciones y legados recibidos de individuos y organizaciones, y las contribuciones de organizaciones gubernamentales e intergubernamentales extranjeras, entre otras, así como lo es el fin para el cual se realizan.

41. Las normas interamericanas de protección de los derechos humanos conforman un marco mínimo de protección que debe ser garantizado por los Estados a todas las personas bajo su jurisdicción y cuya realización es indispensable para proteger las actividades anteriormente relacionadas. Solamente cuando las defensoras y defensores cuentan con una apropiada protección de sus derechos pueden buscar la protección de los derechos de otras personas³⁶. De

³⁵ Cfr. Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores, artículo 9. Ver también, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, especialmente, principio 16.

³⁶ Al respecto, la Representante Especial de Naciones Unidas ha señalado que: Debe prestarse especial atención a la protección y el mantenimiento del “espacio contextual” en el que actúan los defensores, y en particular los derechos de reunión y expresión y la posibilidad de registrar legalmente una organiza-

allí que la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte haya ido estableciendo los parámetros de protección y garantía necesarios para que se desarrolle libremente la promoción y defensa de los derechos humanos en una sociedad democrática. En adelante, la Comisión hará una breve reseña de aquellos componentes de los derechos reconocidos por las normas del Sistema Interamericano que sirven como vehículo para desarrollar las actividades de las defensoras y defensores de derechos humanos, en sus distintas dimensiones: individual, colectiva y social.

A. Derecho a la vida, integridad y libertad personal

1. Derecho a la vida³⁷

42. Los Estados del Hemisferio han reconocido al derecho a la vida como un derecho fundamental y básico para el ejercicio de cualquier otro derecho, incluyendo el derecho a defender los derechos humanos. A su vez, la Corte y la Comisión en jurisprudencia constante han reconocido que los derechos a la vida e integridad física constituyen mínimos indispensables para el ejercicio de cualquier actividad³⁸.

ción de derechos humanos y obtener financiación para su funcionamiento. Con ese “espacio” garantizado, los defensores están en mejores condiciones de desarrollar sus actividades y defender sus propios derechos. ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2003, Doc. E/CN.4/2003/104; párr.87.

³⁷ El derecho a la vida está establecido en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁸ La Corte Interamericana ha expresado al respecto que:

Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152.

43. La Comisión denota que el impacto especial de las agresiones en contra del derecho a la vida de defensoras y defensores de derechos humanos radica en que su efecto vulnerador va más allá de las víctimas directas. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido a través de su jurisprudencia que las violaciones al derecho a la vida, llámense desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, en contra de defensoras y defensores de derechos humanos tienen un efecto amedrentador que se expande a las demás defensoras y defensores, disminuyendo directamente sus posibilidades de ejercer su derecho a defender los derechos humanos³⁹. En consecuencia, la Corte ha resaltado la obligación especial que tienen los Estados de garantizar que las personas puedan ejercer libremente sus actividades de promoción y protección de los derechos humanos sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, y ha señalado que cuando falta dicha protección se disminuye la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses⁴⁰.

44. Por su parte, la Comisión ha señalado que una práctica sistemática y reiterada de atentados contra la vida, la integridad física y la libertad de los miembros de una organización de defensa de derechos humanos comporta adicionalmente una violación de la libertad de asociación⁴¹. Asimismo, la Representante Especial de Naciones Uni-

³⁹ En el caso de la ejecución extrajudicial de un líder sindical como represalia por las actividades de promoción y protección de derechos humanos que éste realizaba, la Corte Interamericana estableció que: el Tribunal considera que, en el presente caso, el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho. Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 78.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 70.

⁴¹ CIDH, Informe N° 13/96, Caso 10.948 (El Salvador), 1° de marzo de 1996, párr. 25. Puede verse también, CIDH, Informe N° 29/96, Caso 11.303, (Guatemala), 16 de octubre de 1996.

das ha reafirmado que los asesinatos, desapariciones y agresiones, no sólo constituyen una violación al derecho a la vida protegido por el derecho internacional de los derechos humanos, sino también constituyen un atentado a la promoción y divulgación de los derechos humanos en general, pues inhibe a los defensores para ejercer su importante papel en mantener la paz y la seguridad en todo el mundo y para restaurarlas cuando han sido violadas.⁴²

45. Conforme a las normas del Sistema Interamericano, la cláusula general de protección del individuo frente a la privación arbitraria de la vida, que conlleva a una prohibición absoluta de ejecuciones arbitrarias y desapariciones forzadas, interpretada en concordancia con la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, genera para los Estados obligaciones tanto negativas como positivas⁴³. Para el caso de las defensoras y defensores de derechos humanos, dicha obligación se traduce, entre otros deberes, en la erradicación de ambientes incompatibles o peligrosos para la protección de los derechos humanos. Es indispensable que los Estados, en consonancia con sus obligaciones de prevenir y proteger el derecho a la vida, brinden adecuada protección a las defensoras y defensores de derechos humanos, generen las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares, e investiguen y sancionen las violaciones a dicho derecho⁴⁴. En tal sentido, la Comisión reitera que un aspecto impor-

⁴² ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2004, Doc E/CN.4/2005/101. párr 124

⁴³ Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia 3 de Marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 69. Ver también: *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100; *Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99

⁴⁴ Sobre las obligaciones de investigación de ejecuciones extrajudiciales puede verse: CIDH, Informe N° 10/95, Caso 10.580, Manuel Stalin Bolaños, cuador, Informe Anual de la CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc. 7, rev. 3, 3 de abril de 1996, párrs. 32 a 34; Informe N° 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella y otros, Argentina, párrs. 413 a 424; e Informe N° 48/97, Caso 11.411, “Ejido Morelia”, México, Informe Anual de la CIDH, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 7, rev., 13 de abril de 1996. párrs. 109 a 112.

tante del deber estatal de prevenir violaciones al derecho a la vida es investigar de manera inmediata, exhaustiva, seria e imparcial de donde provienen las amenazas, y sancionar de ser el caso a los responsables, con el objeto de tratar de impedir que las amenazas se cumplan⁴⁵.

2. *Derecho a la integridad personal*⁴⁶

46. La defensa de los derechos humanos sólo puede ejercerse libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas ni de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento⁴⁷. La ejecución de actos

⁴⁵ En consideraciones relacionadas con tal aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por ejemplo, que “como elemento esencial del deber de protección, el Estado debe tomar medidas eficaces para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos que motivaron la adopción de las medidas provisionales”. (Corte IDH., *Caso Giraldo Cardona*, Medidas Provisionales, Resolución de 19 de junio de 1998, Resolutivo 4). Véase asimismo que la Corte Europea de Derechos Humanos, al considerar el deber positivo de adoptar medidas de protección para el derecho a la vida, ha considerado “si las autoridades hicieron todo lo que razonablemente se esperaba para disminuir el riesgo” para la víctima. Cuando estas deficiencias en la respuesta estatal “removieron la protección que [la víctima] debía recibir por ley” la Corte Europea concluyó que “en las circunstancias... las autoridades fallaron en tomar medidas razonables de las que disponían para prevenir un riesgo real e inmediato contra la vida de [la víctima].” (Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Mahmut Kaya c. Turquía*, 28 de marzo del 2000, párrs. 87, 99 y 101).

⁴⁶ El derecho a la integridad física, psíquica y moral se encuentra genéricamente señalado en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la prohibición general de la tortura se encuentra establecida por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en los artículos 1, 2 y 3 de dicho instrumento.

⁴⁷ La Comisión ha sostenido que las posibilidades de vulneración del derecho a la integridad personal como retaliación por la realización de actividades de defensa de los derechos humanos pueden ser cometidas a través de múltiples maneras. En un caso relativo a la persecución de un miembro de las fuerzas militares, como consecuencia de actividades en defensa de los derechos humanos, la Comisión encontró que:

Habiéndose concluido anteriormente que ha existido una actitud de acosos y hostigamientos por parte de autoridades del Ejército [...] hay que analizar si,

violentos con el propósito de disminuir la capacidad física y mental de las defensoras y defensores, o las amenazas de que se les va a infringir tal sufrimiento, constituyen violaciones al derecho a la integridad personal y podrían llegar a constituir violaciones indirectas de otros derechos protegidos por los instrumentos interamericanos. Dadas las circunstancias en que dichos ataques o amenazas se presenten, podrían ser considerados como torturas⁴⁸ o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁹.

47. Conforme a la obligación de respetar y garantizar el derecho a la integridad personal, los Estados deben adoptar medidas especiales de protección de las defensoras y defensores contra los actos de violencia que regularmente son cometidos en su contra. La obligación del Estado no se limita a proporcionar medidas mate-

como consecuencia de esos acosos y hostigamientos, se ha irrespetado al General [...] su integridad física, psíquica o moral. Sobre este respecto, la Comisión estima que el mantener a una persona que ejerce un alto rango dentro de las Fuerzas Armadas en la constante molestia de defenderse ante los Tribunales (en este caso militares), a la degradación de ser detenido en varias oportunidades y a la humillación de ser centro de ataques de autoridades castrenses a través de los medios de comunicación [...], además de constituir un grave daño patrimonial para su persona, constituye una lesión grave a su integridad psíquica y moral, pues afecta su normal desenvolvimiento en la vida diaria y causa grandes desequilibrios y desconciertos en él y en su familia. La severidad de los hostigamientos se verifica asimismo en la constante incertidumbre sobre su futuro en que se encuentra el General [...], que se traduce en 7 años de constante acoso y más de 2 en prisión.

CIDH, Informe N° 43/96, Caso 11.430 (México), 15 de octubre de 1996, párr. 79.

⁴⁸ Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que: “las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada tortura psicológica”. Cfr. Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 92.

⁴⁹ De acuerdo con la Corte Interamericana “la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia 17 de septiembre de 1997, párr. 57.

riales a efectos de proteger la vida y la integridad personal, sino que conlleva la obligación de actuar sobre las causas estructurales que afectan la seguridad de las personas amenazadas. Esta obligación incluye la investigación y sanción de los responsables de hostigamientos, amenazas y ataques contra las defensoras y los defensores. La Comisión considera que en contextos de agresión y actos de hostigamiento sistemáticos una investigación eficiente y eficaz es un instrumento indispensable para asegurar la identificación y erradicación del riesgo que corren estas personas.

3. Libertad personal⁵⁰

48. El ejercicio de la libertad personal y la plena garantía de que ésta no va a ser restringida por el ejercicio de una acción lícita, es una necesidad básica para el pleno ejercicio de la defensa de los derechos humanos. Una persona a quien ilegítimamente se le restringe su libertad o que vive con temor de ser objeto de encarcelamiento o retención como consecuencia de sus acciones de defensa de los derechos de otras personas, se ve directamente afectada en su posibilidad de llevar a cabo sus labores.

49. La Comisión recuerda la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde se ha señalado que las detenciones realizadas por agentes del Estado deben comportar dos clases de requerimientos, en orden a satisfacer las exigencias de la Convención Americana⁵¹.

⁵⁰ El derecho a la libertad y seguridad personales y el derecho a la libertad contra el arresto o detención arbitraria están establecidos en el artículo XXV de la Declaración Americana y en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵¹ Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas define la detención arbitraria como aquella privación de la libertad ejecutada por autoridades estatales sin sujeción a los principios fundamentales que protegen a las personas detenidas y/o en abierta violación a las normas que el Estado parte se ha comprometido a acatar frente a la comunidad internacional. (UN, Human Rights Commission, Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, report of the working group on arbitrary detention, doc. E/CN.4/1994/27). Así mismo, el Grupo de Trabajo ha definido tres categorías para considerar que una detención es arbitraria:

De un lado, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto procesal). Bajo estos principios, una defensora o defensor como cualquier otra persona, no puede ser detenido sino cuando concurren motivos fundados de los supuestos descritos en las leyes internas y, con estricta sujeción a todas las formalidades procesales que, de acuerdo con la ley, deben ser seguidas por las autoridades judiciales y policiales. De otro lado, los Estados deben garantizar que ninguna defensora o defensor será sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad⁵². La Comisión considera que una detención que

Primera categoría: casos en los cuales la detención es arbitraria porque carece de respaldo legal alguno que la justifique. Por ejemplo, la persona es detenida sin que medie orden judicial, una situación de flagrancia o no siendo tampoco su captura públicamente requerida.

Segunda categoría: relativa a los casos en los cuales la detención es consecuencia de una decisión judicial por ejercicio de una libertad o derecho sujeto a protección universal. (Derecho a la igualdad, a la libertad de circulación y elección de residencia, derecho de asilo, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la libertad de opinión y expresión, de reunión y de asociación pacífica, de elegir y ser elegido en elecciones democráticas).

Tercera categoría: casos en los que el desconocimiento de normas internacionales relativas a un juicio imparcial es tan grave, que confiera a la detención el carácter de arbitrario. Por ejemplo, porque no se le permite al detenido contar con un abogado defensor, no se asigna un traductor en el evento que no hable la lengua oficial del país, no se le permite presentar las pruebas con las que demuestre su inocencia o contradecir aquellas que lo culpabilizan, se dilata injustificadamente e indefinidamente el trámite de su proceso, entre otros. (UN, Human Rights Commission, Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, report of the working group on arbitrary detention, E/CN.4/1992/20).

⁵² Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 52-56, párr. 85; *Caso Villagrán Morales y otros* (Caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 131; *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 43; y *Caso Gangaram Panday*, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

se base exclusivamente en la actividad de defensa de los derechos humanos no comporta los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad establecidos por los estándares internacionales.

B. Derecho de reunión y libertad de asociación

50. La Comisión ha señalado que el derecho de reunión y la libertad de asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática⁵³. En tal sentido, la protección de tales derechos comporta no sólo la obligación del Estado de no interferir con el ejercicio del derecho de reunión o asociación, sino la obligación de requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de la libertad, por ejemplo, protegiendo a los participantes de una manifestación contra la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas⁵⁴.

51. Estos derechos son fundamentales para la defensa de los derechos humanos ya que protegen los medios a través de los cuales comúnmente se materializan las reivindicaciones de las defensoras y defensores. Por tanto, las restricciones al ejercicio de estos derechos son graves obstáculos a la posibilidad que tienen las personas de reivindicar sus derechos, dar a conocer sus peticiones y promover la búsqueda de cambios o soluciones a los problemas que les afectan.

1. Derecho de reunión⁵⁵

52. A través del ejercicio del derecho de reunión las personas pueden intercambiar opiniones, manifestar sus posiciones respecto

⁵³ CIDH, Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 359.

⁵⁴ CIDH, Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 359.

⁵⁵ Establecido en el artículo XXI de la Declaración Americana y 15 de la Convención Americana.

de los derechos humanos y concertar planes de acción, bien sea en asambleas o en manifestaciones públicas. La defensa de los derechos humanos, como cuestión legítima que interesa a todas las personas y que busca la participación de toda la sociedad y la respuesta de las autoridades estatales, encuentra en el ejercicio de este derecho un canal fundamental para sus actividades. Igualmente, este derecho es esencial para la expresión de la crítica política y social de las actividades de las autoridades. Por estas razones, difícilmente puede ejercerse la defensa de los derechos humanos en contextos en los que se restringe el derecho de reunión pacífica. Además, el ejercicio del derecho de reunión es básico para el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión y el derecho de asociación.

53. El ejercicio de este derecho implica que las defensoras y defensores puedan libremente reunirse en lugares privados con el consentimiento de sus propietarios, lugares públicos –cumpliendo con las reglamentaciones correspondientes– y sitios de trabajo, para el caso de trabajadoras y trabajadores⁵⁶. Las defensoras y defensores de derechos humanos tienen derecho a participar en la organización y conducción de la reunión o manifestación, como y a participar en ella⁵⁷

54. Las obligaciones estatales en cuanto a la protección y garantía del derecho de reunión, incluyen acciones que de no ser previstas, obstaculizan la labor de defensa de los derechos humanos.

⁵⁶ El Comité de Libertad Sindical ha señalado al respecto que:

El derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación y las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que pueda limitar este derecho u obstaculizar su ejercicio legal, salvo que tal ejercicio altere el orden público o ponga en peligro grave e inminente el mantenimiento del mismo. Comité de Libertad Sindical, véase por ejemplo, 211. er informe, caso núm. 1014 (República Dominicana), párrs. 512; 233 Informe, caso núm. 1217 (Chile), párrs. 109 y 110, y 246.º informe, casos núms. 1129, 1169, 1298, 1344 y 1351, parr. 260.

⁵⁷ European Commission on Human Rights, *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78, Commission decision of 16 July 1980, DR 21, p. 138, p. 148.

Así, los Estados están obligados a asegurar que ninguna defensora o defensor sea impedido de reunirse y manifestarse públicamente, lo cual comprende tanto que las autoridades estatales deben abstenerse de impedir el ejercicio de este derecho, como la provisión de medidas para evitar que terceros lo impidan. Los Estados, además, deben proveer las medidas administrativas y de policía necesarias para que las defensoras y defensores puedan desarrollar su actividad, lo cual implica medidas positivas como la desviación del tráfico y la protección policial de las manifestaciones y concentraciones, en caso de ser necesario⁵⁸.

55. El artículo 15 de la Convención Americana protege el derecho de reunión pacífica y sin armas y establece que tal ejercicio solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás⁵⁹. El intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y

⁵⁸ Como ha expresado la Corte Europea, “una manifestación puede causar molestias u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación intenta promover. Sin embargo, los manifestantes deben poder manifestarse sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores; dicho miedo podría disuadir a asociaciones o grupos de personas que tienen ideas o intereses en común para que no expresen sus opiniones sobre cuestiones sumamente controvertidas que afectan a la comunidad. En una democracia el derecho de oponerse a una manifestación no puede extenderse hasta el punto de inhibir el ejercicio del derecho a manifestarse”. Corte EDH, *Caso Plattform “Arzte fur das Leben” c. Austria*, Sentencia del 21 de junio de 1988, Serie A, No. 139, párr. 32.

⁵⁹ Respecto a la palabra “necesaria”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que aunque no significa “indispensable”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. Asimismo, señaló que “la legalidad de las restricciones dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”. Corte I.D.H., *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. 46.

manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información. Ambos derechos contemplados en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana se constituyen como elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático inclusivo de todos los sectores de la sociedad.

56. La Comisión considera que los Estados pueden regular el uso del espacio público fijando por ejemplo requisitos de aviso previo, pero dichas regulaciones no pueden comportar exigencias excesivas que hagan nugatorio el ejercicio del derecho. La Comisión comparte lo expresado por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que “en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”⁶⁰. Así, la Comisión ha encontrado como restricción desproporcionada una legislación que requería un permiso policial que debía solicitarse con diez días de anticipación para cualquier acto público, asamblea, elección, conferencia, desfile, congreso o evento deportivo, cultural, artístico o familiar⁶¹. Asimismo, la Comisión se ha referido a que la detención de participantes en manifestaciones pacíficas atenta contra la libertad de reunión⁶².

57. La finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad.

58. En este sentido se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de la ONU al sostener que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del PIDCP (derecho de reunión)⁶³. Sin embargo,

⁶⁰ Supremo Tribunal Constitucional Español, Sentencia 66/1995, Foja 3.

⁶¹ CIDH, Informe Anual 1979-1980, págs. 119-121.

⁶² CIDH, Informe Anual 1979-1980, págs. 96-98.

⁶³ Comité DH, *Caso Kivenmaa c. Finlandia*, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>. Comunicación No. 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párr. 9.2.

la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, no se puede impedir una manifestación porque se considera que es probable que ésta va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.). Las limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual⁶⁴.

59. En cuanto al derecho de reunión, la Comisión considera que debe hacerse especial mención a las formas de protesta social conocidas en algunos países como cortes de ruta, cacerolazos, vigilias etc., en los que múltiples personas se reúnen para interpelar a funcionarios del gobierno y reclamar la intervención directa del Estado respecto de determinado problema social. Las condiciones en las que se presentan muchas de estas manifestaciones y reivindicaciones son complejas y requieren por parte de las autoridades respuestas adecuadas en materia de respeto y garantía de los derechos humanos.

60. La Comisión subraya que la participación política y social a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. Dicha participación, como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho⁶⁵. En este sentido, la finalidad en la reglamentación del derecho

⁶⁴ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 34.

⁶⁵ La Comisión Interamericana ha manifestado que “los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”. Cfr. CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88, Doc. 9 rev.

de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*.

61. Al respecto, la Comisión reitera lo señalado por su Relatoría para la Libertad de Expresión en su Informe de 2002, en el cual estableció que

resulta en principio inadmisibles la criminalización también *per se* de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Asimismo, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente⁶⁶.

⁶⁶ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 35. Al respecto, ver también: CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 124, Doc.7, capítulo V “Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión”, págs. 107-128.

62. En este sentido, la Comisión reitera la necesidad imperativa de que los Estados, al imponer restricciones a esta forma de expresión, lleven a cabo un análisis riguroso de los intereses que se pretende proteger a través de la restricción teniendo en cuenta el alto grado de protección que merecen el derecho de reunión y la libertad de expresión como derechos que materializan la participación ciudadana y la fiscalización del accionar del Estado en cuestiones públicas.

63. Finalmente, la Comisión considera que los agentes pueden imponer limitaciones razonables a los manifestantes para asegurar que sean pacíficos o para contener a los que son violentos, así como dispersar manifestaciones que se tornaron violentas u obstructivas⁶⁷. No obstante, el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo, por ello la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas. El operativo de seguridad desplegado en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes.

64. El uso de la fuerza es un recurso último que, limitado cualitativa y cuantitativamente, pretende impedir un hecho de mayor gravedad que el que provoca la reacción estatal. Aquellas personas encargadas de hacer cumplir la ley no pueden, bajo ningún concepto, valerse de prácticas ilegales, para alcanzar los objetivos que les son encomendados. La Comisión ha sido terminante al manifestar que los medios que el Estado puede utilizar para proteger su seguridad o la de sus ciudadanos no son ilimitados⁶⁸. Como lo especificó la Corte Interamericana, “[...] independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes perpetraron ciertos delitos, el poder del Estado no es ilimitado ni puede el Estado recurrir a cualquier medio para lograr sus fines”⁶⁹.

⁶⁷ Véase Corte de Apelaciones de Estados Unidos, *Caso Comité de Movilización de Washington c. Cullinane*, Sentencia del 12 de abril de 1977, 566 F.2d 107, 184 U.S.App.D.C. 215, pág. 119.

⁶⁸ CIDH, Informe N° 57/02 Caso 11.382 (Fondo), *Finca La Exacta c. Guatemala*, 21 de octubre de 2002, párr. 35 y ss; CIDH, Informe N° 32/04, Caso 11.556 (Fondo), *Corumbiara c. Brasil*, 11 de marzo de 2004, párr. 164 y ss.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75.

65. El uso legítimo de la fuerza pública implica, entre otros factores, que ésta debe ser tanto necesaria como proporcionada con respecto a la situación, es decir, que debe ser ejercida con moderación y con proporción al objetivo legítimo que se persiga, así como tratando de reducir al mínimo las lesiones personales y las pérdidas de vidas humanas⁷⁰. El grado de fuerza ejercido por los funcionarios del Estado para que se considere adecuado con los parámetros internacionales, no debe ser más que el “absolutamente necesario”⁷¹. El Estado no debe utilizar la fuerza en forma desproporcionada ni desmedida contra individuos que encontrándose bajo su control, no representan una amenaza, en tal caso, el uso de la fuerza resulta desproporcionado.

66. Conforme a las pautas internacionales que se han elaborado referentes al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública para cumplir su función, esa actividad debe ser necesaria y proporcional a las necesidades de la situación y al objetivo que se trata de alcanzar⁷². Así, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley contemplan que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones,

⁷⁰ ECHR, *Case Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995, Series A No. 336, párr. 38.

⁷¹ De acuerdo con la Corte Europea, el uso de la frase “absolutamente necesario” debe ser interpretado bajo un examen más estricto y cuidadoso del que normalmente se emplea para determinar si una acción del Estado es “necesaria en una sociedad democrática”. En especial, la fuerza usada debe ser estrictamente proporcional tanto a los intereses protegidos como a la fuerza o amenaza que se pretende repeler. ECHR, *Case Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, Judgment of October 9, 1997, Reports 1997-VI, no. 52, p. 2059 ff, párr. 171.

⁷² Véase Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, artículo 3 [en lo sucesivo “Código de Conducta”]; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, artículos 4-5 [en lo sucesivo “Principios Básicos”].

utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego”. Igualmente, el Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública de las Naciones Unidas dispone expresamente que “el uso de armas de fuego se considera una medida extrema”⁷³, mientras que el artículo 9 de los Principios Básicos señala que las armas de fuego no deben usarse contra las personas, salvo cuando exista peligro inminente para la vida⁷⁴. Los Principios Básicos 12, 13 y 14, especialmente, se refieren a la regulación del uso de la fuerza en reuniones lícitas⁷⁵.

67. La Corte Interamericana ha recomendado la implementación de procedimientos claros y protocolos de prevención y de conducta para fuerzas de seguridad en cuanto a hechos que amenacen el orden público⁷⁶. Al respecto ha recomendado

⁷³ Código de Conducta, artículo 3.

⁷⁴ Los Principios Básicos en el artículo 9 expresan: Los agentes de seguridad pública no deben usar armas de fuego contra las personas, salvo en caso de legítima defensa propia o de terceros frente a un peligro inminente de muerte o lesiones graves, para impedir la perpetración de un delito especialmente grave que entrañe peligro para la vida, a fin de arrestar a una persona que suscite un peligro de ese género y se resista a su autoridad, o para impedir su fuga.

⁷⁵ Dichos principios establecen: *Actuación en caso de reuniones ilícitas*

12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14.

13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.

14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

⁷⁶ Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que existe un deber para los Estados de capacitar a personal como oficiales de policía o guardias penitenciarios para disminuir el riesgo de violaciones a los derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, Comentario General

adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. No se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida. [...] ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. [...] garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal⁷⁷.

68. Con base en estas normas y principios, la Comisión considera que los Estados deben asegurar medidas administrativas de control que aseguren que el uso de la fuerza en manifestaciones públicas será excepcional y en circunstancias estrictamente necesarias conforme a los principios fijados. También deberán establecer medidas especiales de planificación, prevención e investigación a fin de determinar el posible uso abusivo de la fuerza en este tipo

20/44, 3 de abril de 1992, párr. 10). En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que en los casos de evaluación del uso de la fuerza debe tomarse en consideración no sólo las acciones de los agentes del Estado que directamente ejercieron las acciones de fuerza, sino además, todas las circunstancias relacionadas con el caso, incluyendo las acciones de planeación y control de los hechos bajo examen (ECHR, *Case Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, Judgment of October 9, 1997, Reports 1997-VI, no. 52, p. 2059 ff, par. 171).

⁷⁷ Corte IDH, *Caso del Caracazo. Reparaciones* (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

de situaciones. En particular, la Comisión encuentra recomendables medidas tales como a) la implementación de mecanismos para prohibir de manera efectiva el uso de la fuerza letal como recurso en las manifestaciones públicas; b) la implementación de sistemas de registro y control de municiones; c) la implementación de un sistema de registro de las comunicaciones para verificar las órdenes operativas, sus responsables y ejecutores; d) la promoción de la identificación personal con medios visibles de los agentes policiales que participen de los operativos de control de orden público; e) la promoción de espacios de comunicación y diálogo previo a las manifestaciones, y la actuación de funcionarios de enlace con los manifestantes, para coordinar el desarrollo de las acciones de manifestación y protesta y los operativos de seguridad pública evitando situaciones de conflicto; f) la identificación de responsables políticos a cargo de los operativos de seguridad en las marchas, en especial cuando existan marchas programadas o conflictos sociales prolongados, o circunstancias que hagan prever riesgos potenciales para los derechos de los manifestantes o terceras personas, a fin de que estos funcionarios estén encargados de controlar el operativo en el terreno, y hacer cumplir estrictamente las normas sobre uso de la fuerza y comportamiento policial; g) el establecimiento de un sistema de sanciones administrativas para las fuerzas policiales con instructores independientes y participación de las víctimas de abusos o actos de violencia; h) adoptar medidas para impedir que los mismos funcionarios policiales o judiciales (jueces o fiscales) involucrados directamente en los operativos estén a cargo de investigar irregularidades o abusos cometidos en su desarrollo.

2. Libertad de asociación⁷⁸

69. La Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores reafirma que a fin de promover los derechos humanos y las libertades

⁷⁸ La libertad de asociación esta reconocida en la Declaración Americana (Artículo XXII), la Convención Americana (Artículo 16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– (Artículo 8).

fundamentales, todas las personas tienen derecho a “formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos”⁷⁹. La libertad de asociarse, en el caso concreto de las defensoras y defensores de derechos humanos, constituye una herramienta fundamental que permite ejercer de forma plena y cabal la labor de éstos, quienes de manera colectiva pueden lograr mayor impacto en sus tareas. En consecuencia, cuando un Estado obstaculiza este derecho, en cualquiera de sus esferas, no sólo restringe la libertad de asociación, sino que obstruye la labor de promoción y defensa de los derechos humanos.

70. El derecho de asociación, debe entenderse no sólo como el derecho que tienen las defensoras y defensores de conformar una organización, sino también como el derecho de poner en marcha su estructura interna, programas y actividades. En relación ha esto la Corte Interamericana manifestó que:

La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad⁸⁰.

71. La Corte Interamericana ha establecido que el derecho a asociarse protegido por el artículo 16 de la Convención Americana protege dos dimensiones⁸¹. La primera dimensión abarca el derecho

⁷⁹ ONU, Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Artículo 5.

⁸⁰ CorteIDH, *Caso Baena Ricardoy Otros*. Sentencia 2 de Febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 156.

⁸¹ CorteIDH, *Caso Huila Tecse vs. Perú*. Sentencia 3 de Marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 69 -72.

y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. La segunda, reconoce y protege el derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. En consecuencia, a juicio de la Corte “la ejecución de un líder sindical [...] restringe no sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación”⁸². La misma consecuencia se verifica para cualquier persona que defienda cualquier otro tipo de derecho o tema de derechos humanos.

72. Consecuentemente, la Corte estableció que en su dimensión individual, la libertad de asociación no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos u organizaciones de derechos humanos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Por ello, cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines “de cualquier [...] índole”, subraya que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga.

73. En este sentido, la garantía de que las personas que se asocian con fines sindicales serán protegidas contra actos retaliatorios es básica para el ejercicio de este derecho. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que

uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de

⁸² Corte IDH, *Caso Huila Têcse vs. Perú*. Sentencia 3 de Marzo de 2005. Serie C No. 121. párr. 69.

discriminación antisindical en relación con su empleo –tales como el despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales– y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad⁸³.

74. Sobre este punto es importante destacar la necesidad de que las medidas de protección o tutela para delegados sindicales no se restrinjan irrazonablemente. La tutela sindical debe comprender también garantías que incluyan a los dirigentes de los sindicatos minoritarios o en formación, pues en ocasiones las acciones de hostigamiento tienen el acuerdo de las estructuras sindicales existentes en connivencia con empresas o con el Estado. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical sostuvo que

todas las medidas adoptadas contra trabajadores que desearan constituir organizaciones de trabajadores al margen de la organización sindical existente son incompatibles con el principio según el cual los trabajadores deben tener el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones de su elección y afiliarse libremente a ellas⁸⁴. Asimismo, expresó que “nadie de-

⁸³ Comité de Libertad Sindical, Recopilación de decisiones sobre libertad sindical, 1985, párr. 724. Entre las acciones que pueden considerarse violatorias del derecho a la libertad sindical, la CIDH ha incluido, por ejemplo, cuestiones tales como detenciones arbitrarias, amenazas de muerte, atentados contra la vida y despidos arbitrarios de líderes sindicales, y también descuentos de sueldos a quienes participan en Asambleas gremiales, discriminación laboral contra los afiliados al Sindicato, etc. Cfr. CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala (1993), Capítulo IX. Doc. OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 junio 1993.

⁸⁴ Comité de Libertad Sindical, Caso 1594, Cote d'Ivoire. En idéntico sentido, señaló el Comité que “toda medida tomada contra los trabajadores por haber tratado de constituir o reconstituir organizaciones de trabajadores (fuera de

bería sufrir perjuicio alguno en su empleo a causa de su afiliación sindical, incluso si el sindicato de que se trata no está reconocido por el empleador como representando la mayoría de los trabajadores interesados⁸⁵.

75. Por otro lado, en su dimensión social, la libertad de asociación, de acuerdo con la Corte Interamericana, es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos, que para el caso que nos ocupa es la promoción y protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana, recogiendo parámetros establecidos por el Comité de Libertad Sindical y la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado que la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garantice plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona. Se deriva entonces de tal derecho, la obligación estatal de garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad de asociación sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses⁸⁶.

76. Así, cualquier acto que tienda a impedir asociarse a las defensoras y defensores, o de cualquier manera, hacer efectivos los fines para los cuales formalmente se han asociado, es un ataque directo a la defensa de los derechos humanos. Los actos de violencia que tienden a desincentivar la afiliación o el accionar de las organizaciones de derechos humanos están prohibidos por el dere-

la organización sindical oficial) es incompatible con el principio de que los trabajadores deben tener el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a ellas” (CLS, 301) y que “deben tomarse las medidas necesarias, de manera que los dirigentes sindicales que han sido despedidos por actividades relacionadas con la creación del sindicato sean reintegrados a sus cargos, si así lo desean” (CLS, 302).

⁸⁵ Comité de Libertad Sindical, Recopilación de decisiones sobre libertad sindical, 1985, párr. 693.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso “Huila Tecse vs. Perú”*. Sentencia 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121. párr. 77.

cho internacional y podrían generar responsabilidad internacional del Estado. Igualmente, la Comisión ha encontrado como afectación directa del derecho a la asociación el hecho de que una defensora o defensor deba exiliarse a causa de amenazas contra su vida ocasionadas como represalia por su trabajo⁸⁷.

77. La Comisión encuentra que los Estados tiene la facultad para reglamentar la inscripción, vigilancia y control de organizaciones dentro de sus jurisdicciones, incluyendo las organizaciones de derechos humanos. No obstante, el derecho de asociarse libremente sin interferencias prescribe que los Estados deben asegurar que dichos requisitos legales no impedirán, retrasarán o limitarán la creación o funcionamiento de estas organizaciones, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. En este sentido, las formalidades prescritas en las reglamentaciones nacionales acerca de la constitución y del funcionamiento de las organizaciones no gubernamentales, sindicatos y otras organizaciones son compatibles con las disposiciones de los instrumentos del Sistema Interamericano, siempre y cuando esas disposiciones reglamentarias no se hallen en contradicción con las garantías prescritas en dichos convenios. Por ejemplo, imponiendo trabas arbitrarias y abusivas al derecho a la asociación y al libre funcionamiento de las organizaciones.

C. Derecho a la libertad de expresión⁸⁸

78. En relación a este derecho, la Corte Interamericana ha establecido su alcance no solo como el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de

⁸⁷ CIDH, Informe N° 31/96, Caso 10.526, (Guatemala), 16 de octubre de 1996, Párr. 119. En el mismo sentido ver Informe de Fondo N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999.

⁸⁸ Los artículos IV de la Declaración y 13 de la Convención Americana protegen el derecho a la libertad de expresión. La Carta Democrática Interamericana establece en su artículo cuarto que: "Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia 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".

buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole⁸⁹. Asimismo, la Corte ha determinado que la libertad de expresión tiene un carácter individual y un carácter social y por esto:

Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁹⁰.

79. La Libertad de expresión es otro de los derechos consustanciales a la labor de las defensoras y defensores de derechos humanos. La Corte Interamericana ha manifestado que la libertad de expresión, “es un derecho fundamental en el desarrollo 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 libre⁹¹. Como se indica a continuación, en el caso de las defensoras y defensores de derechos humanos el ejercicio de este derecho puede verse restringido no sólo en su aspecto individual (posibilidad de expresar ideas) sino también en su aspecto social o colectivo (posibilidad de buscar y recibir información).

80. La Comisión reitera que el poder coactivo del Estado puede ejercerse afectando la libertad de expresión de las defensoras y defensores mediante el uso de leyes penales como instrumento para silenciar a quienes ejercen su derecho a expresarse críticamente

⁸⁹ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo”*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No 73, párrafo 64. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 77.

⁹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva. 5/85 “La colegiación Obligatoria de Periodistas”. 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. párr. 30

⁹¹ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr.149

acusándolos a través de tipos penales como “incitar a la rebelión”, “difundir informaciones falsas” y “dañar la reputación del país”⁹².

81. En consecuencia, no puede legítimamente imponerse una sanción que impida o restrinja la labor crítica necesaria de las defensoras y defensores de derechos humanos cuando realizan el escrutinio de las personas que ejercen cargos públicos. Una sanción desmedida puede provocar el silenciamiento de tales críticas. Al restringir la libertad de expresión de esta forma se transforma a la democracia en un sistema donde el autoritarismo y las violaciones a los derechos humanos encuentran un terreno fértil para imponerse sobre la voluntad de la sociedad.

82. Por tales razones, la Comisión ha manifestado:

la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla⁹³.

1. Acceso a la información pública

83. Otro de los temas prioritarios para la actuación de las defensoras y defensores se relaciona con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. El interés preferentemente tutelado en el artículo 13 de la Convención es la formación de la opinión pública a través del intercambio libre de información y una crítica democrática de la administración pública⁹⁴.

⁹² ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2004, DocE/CN.4/2005/101, párr. 54

⁹³ CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2000, Capítulo II, párr. 45.

⁹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A, No. 5, párr. 69: “El concepto de orden público reclama que dentro de una sociedad democrática se garanti-

84. La Corte Interamericana ha señalado que el acceso a la información en poder del Estado se constituye como un derecho fundamental de los individuos y que los Estados están obligados a garantizarlo⁹⁵. El derecho de acceso a la información es prioritario porque contribuye a combatir la corrupción y a la defensa de los derechos humanos. El acceso a la información pública se ha mostrado como una herramienta útil para contribuir al conocimiento social de violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado. Pero también, un efectivo ejercicio de este derecho puede coadyuvar a prevenir posibles nuevas violaciones.

85. La elaboración de un régimen de acceso a la información que cumpla con los requisitos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una tarea más compleja que la de simplemente declarar que el público puede tener acceso a la información en poder del Estado. Existen características legislativas y procesales específicas que deben estar implícitas en todo régimen de acceso a la información, incluido el principio de la máxima divulgación, la presunción del carácter público con respecto a las reuniones y los documentos fundamentales, amplias definiciones del tipo de información a la que se puede tener acceso, tarifas y plazos razonables, un examen independiente de las denegaciones de acceso y sanciones por incumplimiento⁹⁶.

86. En junio de 2003, la Asamblea General de la OEA reconoció la importancia del acceso a la información con la adopción de la Resolución AG/Res.1932 (XXXIII-O/03). En esta Resolución,

cen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión por lo tanto, se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse. [...]Tal como está concebido en la Convención Americana, [es necesario] que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.”

⁹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A. No. 5, párr. 70.

⁹⁶ El desarrollo de estos conceptos en CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2003, Capítulo IV, párr. 32 y ss.

la Asamblea General reafirmó la declaración del artículo 13 de la Convención Americana de que todos tienen libertad de procurar, recibir y difundir información y sostuvo que el acceso a la información pública es un requisito del ejercicio mismo de la democracia⁹⁷. Además, la Asamblea General reiteró que los Estados están obligados a respetar y fomentar el acceso de todos a la información pública y de promover la adopción de toda medida legislativa y de otro tipo necesaria para garantizar su reconocimiento y aplicación efectiva⁹⁸. En junio de 2004, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución 2057, titulada “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. En esta Resolución se amplían los esfuerzos establecidos por la anterior resolución sobre la materia y se exhorta a los Estados miembros de la OEA a implementar las leyes u otras disposiciones que brinden a los ciudadanos un amplio acceso a la información pública. En ambas resoluciones la Asamblea General resolvió “encomendar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a través de la Relatoría para la Libertad de Expresión, continúe incluyendo en su informe anual un informe sobre el acceso a la información pública en la región”.

2. Acción de *hábeas data*

87. El concepto de “acceso a información” muchas veces se confunde con el concepto de “*hábeas data*”. La CIDH ha entendido que “acceso a información” se refiere a la información en el poder del Estado que debe ser pública. Una acción de *hábeas data* tiene que ver con el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma y a modificar, anular o rectificar esta información cuando sea necesario⁹⁹.

88. La Comisión reitera que toda persona tiene el derecho a conocer la información de inteligencia que se haya recogido a su respecto, inclusive y sobre todo cuando no existe un proceso penal

⁹⁷ OEA, Asamblea General, resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), párr. 1.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 2.

⁹⁹ CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2003, Capítulo IV, nota 72.

basado en esa información¹⁰⁰. Precisamente, el Artículo XXIV de la Declaración Americana garantiza a todo individuo el derecho de petición y el Artículo 25 de la Convención Americana garantiza el derecho a un recurso fácil y rápido contra actos que atenten contra sus libertades fundamentales.

89. Por otro lado, la Comisión considera que el derecho a la vida privada también garantiza a las personas el derecho a saber sin demora que el Estado decidió recoger información sobre ellas, inclusive para evitar que esa información contenga errores. En este sentido, la CIDH ha establecido que cada persona tiene derecho a conocer la información que se tiene sobre sí, mediante el ejercicio de una acción rápida, sencilla y eficaz. La acción de "*hábeas data*", como ha sido definida antes, se erige sobre la base de tres premisas¹⁰¹: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles¹⁰², falsos, tendenciosos o discriminatorios¹⁰³; y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de *dehábeas data* como mecanismo de fiscalización¹⁰⁴. En años recientes, el recurso de acción de *dehábeas data* se ha tornado en un instrumento fundamental para la investigación de violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras militares del pasado en las Américas. Familiares de desaparecidos han llevado adelante acciones de *hábeas data* para obtener información vinculada al comportamiento del Gobierno, para conocer el destino de los desaparecidos y para

¹⁰⁰ CIDH, Informe sobre Colombia 1999, Capítulo VII Defensores de los Derechos Humanos, párr. 58. OEA/Ser.L/V/11.102.

¹⁰¹ Ver CIDH Informes Anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, años 2000, 2001 y 2003.

¹⁰² Se entiende por "dato sensible" toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona.

¹⁰³ Véase Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene. *Habeas Data: Derecho a la Intimidad*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pág. 16.

¹⁰⁴ Véase, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El acceso a la información como derecho*, CELS, 2000, pág. 7.

determinar responsabilidades. Esas acciones, por ende, constituyen un medio importante para garantizar el “derecho a la verdad”¹⁰⁵.

90. Tanto para el acceso a la información pública como para el ejercicio de la acción *dehabeas data*, la Comisión entiende que podrían existir ciertos casos específicos en que las fuerzas de seguridad del Estado no tendrían que revelar la información, por ejemplo, cuando la divulgación de esa información pueda poner en peligro la seguridad nacional. Pero las fuerzas de seguridad no pueden decidir discrecionalmente si divulgan o no la información, sin ningún control externo. En este sentido, la CIDH ha establecido:

En el contexto de la lucha contra el terrorismo, los gobiernos con frecuencia tratan de restringir el acceso a amplias categorías de información relacionadas con la investigación de los sospechosos de terrorismo, la reunión de inteligencia y la ejecución de medidas policiales y militares. En algunos de estos casos, el gobierno puede tener una necesidad legítima de mantener en secreto la información para proteger la seguridad nacional y el orden público. Al mismo tiempo, la necesidad de información por parte del público es más importante ahora pues las medidas antiterroristas pueden estar sujetas a abuso y el público y la prensa son algunos de los controles más sustanciales de un comportamiento abusivo del Estado¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)* Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumentó ante la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos que:

El derecho a la verdad está basado en los Artículos 8 y 25 de la Convención, por cuanto ambos son “fundamentales” en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Además... este derecho está fundado en el artículo 13.1 de la Convención, por cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información... en virtud de este artículo, es una obligación positiva del Estado garantizar la información esencial para la protección de los derechos de las víctimas, garantizar la transparencia en el gobierno y la protección de los derechos humanos. (párr. 45).

¹⁰⁶ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 327. Ver también, CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2003, Capítulo IV, párrafo 41 y ss.

91. El artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece las circunstancias en las que los Estados pueden denegar el acceso público a información sensible y cumplir no obstante con sus obligaciones según el derecho internacional. A este respecto, la Convención establece que las restricciones deben estar expresamente definidas en la ley y deben ser “necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. De este principio se deriva¹⁰⁷ que las excepciones deben estar establecidas en la legislación, que habrá de ser detenidamente redactada y ampliamente divulgada, y aprobada por mecanismos formales establecidos en los sistemas jurídicos¹⁰⁸. La Corte Interamericana decidió en 1985 que las limitaciones a los derechos que otorga el artículo 13 “deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ José Antonio Guevara, “*El Secreto Oficial*,” en *Derecho de la Información: Conceptos Básicos*, Colección Encuentros, Ecuador, agosto de 2003, págs. 438-439.

¹⁰⁸ *Ibid*, nota 342. Guevara observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “La expresión “leyes”, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo “leyes” cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión “leyes”, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Palabra “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Corte IDH (Ser.A) No. 6 (1986).

¹⁰⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 37.

92. Citando los Principios de Johannesburg sobre Seguridad Nacional, la CIDH ha agregado:

la mayor parte de las leyes sobre acceso a la información contienen excepciones que permiten al Estado negar la divulgación de información con el fundamento de que ello podría perjudicar la seguridad nacional del Estado o su capacidad de mantener el orden público. Estas excepciones deben aplicarse sólo a la información que claramente afecta a la seguridad nacional definida por el principio 2 (solo se admite una restricción sobre la base de la seguridad nacional salvo que su propósito genuino sea proteger la existencia del país o su integridad territorio contra el uso o amenaza de uso de la fuerza...)¹¹⁰.

93. La Comisión entiende que para asegurar la protección y promoción de los derechos humanos, el Estado debe crear un mecanismo que permita a todas las personas tener acceso expedito a la información pública y sobre la que existe en torno a ellas. Ese control independiente es necesario para garantizar que las fuerzas de seguridad actúan dentro de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos adecuados para recoger información de inteligencia¹¹¹.

D. Derecho a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad¹¹²

94. Las defensoras y defensores para desarrollar con libertad su trabajo requieren una protección adecuada por parte de las autoridades estatales, que garantice que no serán víctimas de injerencias arbitrarias en su vida privada ni ataques a su honra y dignidad. Este derecho incluye la protección estatal contra actos de hosti-

¹¹⁰ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 330. Ver también, CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2003, Capítulo IV, párr. 41 y ss.

¹¹¹ CIDH, Informe sobre Colombia 1999, Capítulo VI Defensores de los Derechos Humanos, párr. 59. OEA/Ser. L/V/11.102.

¹¹² Este derecho se encuentra protegido tanto por la Declaración como por la Convención Americanas (artículos V, IX y X y 11 respectivamente), y contiene provisiones que protegen los derechos de las personas tanto a la inviolabilidad de su domicilio como de su correspondencia.

gamiento e intimidación, agresiones, seguimientos, intervención de correspondencia y de comunicaciones telefónicas y electrónicas y actividades de inteligencia ilegales. La experiencia de la Comisión indica que en varios países de la región las personas cercanas a las defensoras y defensores son violentadas en sus derechos a la privacidad y protección de la honra y dignidad con el propósito de interferir en las actividades de sus familiares. Por esta causa, la protección debe ser garantizada tanto frente a los ataques dirigidos contra las defensoras y defensores, así como aquellos ataques dirigidos a sus familiares.

95. Al respecto, la Representante Especial de la ONU ha determinado que “estos tipos de hostigamientos tienen graves consecuencias para las defensoras y defensores de derechos humanos; los estigmatiza, les hace correr riesgos y en algunas ocasiones les ha obligado a abandonar su trabajo y esconderse. Aunque en muchos casos las acusaciones resultaron infundadas, las víctimas no recibieron ninguna disculpa de las autoridades. Estas agresiones constituyen atentados graves que merman la credibilidad y la integridad de la labor relativa a los derechos humanos a los ojos del público”¹¹³.

96. La Comisión ha encontrado, por ejemplo, que constituye una violación al derecho contenido en el artículo 11 de la Convención que el Estado use su sistema penal para imputar a un defensor de derechos humanos con la única finalidad de hostigarlo e impedirle su trabajo. Así, en un caso individual, la Comisión encontró que “el hecho de que se hayan abierto la cantidad de averiguaciones previas y de causas penales, que haya existido una sucesión de juicios seguida a una declaración de inocencia, que los mismos afecten a una misma persona, y que esa persona haya sido absuelta en todas las causas que hasta el momento se han decidido, hace igualmente presumir que han existido acosos y hostigamientos”¹¹⁴.

¹¹³ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2004, Doc. E/CN.4/2005/101. párr. 55.

¹¹⁴ CIDH, Informe N° 43/96, Caso 11.430 (México), 15 de octubre de 1996, párr. 47.

97. Igual protección requieren las defensoras y defensores en contra de allanamientos o cateos ilegales tanto en sus residencias como sitios de trabajo, lo cual incluye en especial, las sedes de las organizaciones de derechos humanos. La Comisión ha indicado que la inviolabilidad del domicilio es una de las garantías implícitas del artículo 8 de la Convención. Este derecho, además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba incriminatoria de un individuo imputado de un delito. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente¹¹⁵.

98. En cuanto al derecho a la honra y dignidad de defensoras y defensores de derechos humanos, la Comisión indicó en un caso contencioso sobre un grupo de defensores que se había vulnerado dicho derecho al haberse llevado a cabo una “campaña de desprestigio emprendida por el Estado en su contra (...) que se les presentó a la opinión pública como transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz”, y también porque “fueron expuestos a la opinión pública [nacional] e internacional como peligrosos delincuentes; sin embargo, en virtud del proceder de las autoridades al expulsarlos sumariamente, jamás tuvieron la oportunidad de defenderse de los graves cargos criminales en su contra”¹¹⁶.

99. En el mismo sentido, la Comisión ha encontrado que existe violación del derecho a la honra de defensoras y defensores de derechos en casos en que las autoridades estatales rinden declaraciones o emiten comunicados en los que se incrimina públicamente a una defensora o defensor de hechos que no han sido judicialmente comprobados¹¹⁷. Asimismo, la Comisión reitera que no debe tole-

¹¹⁵ CIDH, Informe N° 1/95 (Fondo), Caso 11.006 (Perú), 7 de febrero de 1995.

¹¹⁶ Informe de Fondo N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párr. 95.

¹¹⁷ CIDH, Informe N° 43/96, Caso 11.430 (México), 15 de octubre de 1996, párr. 76.

rarse ningún intento de parte de autoridades estatales por poner en duda la legitimidad del trabajo de las defensoras y defensores de derechos humanos y sus organizaciones. La Comisión considera que toda institución que actúa en asuntos públicos puede ser materia de escrutinio público. Sin embargo, estas críticas deben ser realizadas de manera responsable por las autoridades estatales. Cuando estas críticas tengan lugar se debe tener en cuenta la obligación del Estado de respetar y proteger la legítima labor de protección de los derechos humanos, el contexto político en el que se realizan las críticas y la búsqueda de la verdad como objetivo principal de dichos reproches. La CIDH ha indicado que los funcionarios públicos deben abstenerse de hacer declaraciones que estigmaticen a las defensoras y defensores o que sugieran que las organizaciones de derechos humanos actúan de manera indebida o ilegal, solo por el hecho de realizar sus labores de promoción o protección de derechos humanos¹¹⁸.

100. Igualmente, la Comisión reconoce que las fuerzas de seguridad del Estado pueden verse en la necesidad de realizar operaciones de inteligencia, de acuerdo con la ley, para combatir el delito o proteger el orden constitucional, para facilitar procesos penales y operaciones militares concretas y legales¹¹⁹. Sin embargo, la Co-

¹¹⁸ CIDH, Informe Anual 2005, OEA/Ser.L/V/II.125. Doc. 7, 27 de febrero de 2006, Capítulo IV, párr. 35.

¹¹⁹ La Corte Interamericana se ha referido a la legitimidad y límites de las actividades de inteligencia en los siguientes términos: La Corte considera que las actividades de las fuerzas militares y de la policía, y de los demás organismos de seguridad, deben sujetarse rigurosamente a las normas del orden constitucional democrático y a los tratados internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario. Esto es especialmente válido respecto a los organismos y las actividades de inteligencia. Estos organismos deben, *inter alia*: a) ser respetuosos, en todo momento, de los derechos fundamentales de la personas, y b) estar sujetos al control de las autoridades civiles, incluyendo no solo las de la rama ejecutiva, sino también las de los otros poderes públicos, en lo pertinente. Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. párr. 284.

misión reitera su preocupación ante el hecho de que las fuerzas de seguridad de los Estados dirijan sus actividades de inteligencia contra las organizaciones de derechos humanos y sus miembros exclusivamente en razón de sus actividades¹²⁰. La Comisión subraya que de acuerdo a sus obligaciones en materia de derechos humanos, el Estado no puede mantener expedientes de inteligencia como medio de control de la información general relacionada con la ciudadanía¹²¹.

E. Circulación y residencia¹²²

101. Muchas de las acciones de promoción y protección de los derechos humanos requieren la presencia física de las defensoras y defensores en los lugares en los que realizan sus actividades, como

¹²⁰ En el Informe sobre Derechos Humanos y Terrorismo, la Comisión afirmó que: En el contexto de la lucha contra el terrorismo, los gobiernos con frecuencia tratan de restringir el acceso a amplias categorías de información relacionadas con la investigación de los sospechosos de terrorismo, la reunión de inteligencia y la ejecución de medidas policiales y militares. En algunos de estos casos, el gobierno puede tener una necesidad legítima de mantener en secreto la información para proteger la seguridad nacional y el orden público. Al mismo tiempo, la necesidad de información por parte del público es más importante ahora pues las medidas antiterroristas pueden estar sujetas a abuso y el público y la prensa son algunos de los controles más sustanciales de un comportamiento abusivo del Estado. CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/ser.L/V/II., Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 327.

¹²¹ La Comisión ha resaltado que: En los casos en que las entidades del Estado o del sector privado obtienen datos indebida y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a esa información, aunque sea clasificada, para que las personas tengan control sobre los datos que las afectan. La acción de *habeas data* como mecanismo para garantizar la responsabilidad de los organismos de seguridad e inteligencia dentro de este contexto, ofrece mecanismos para verificar que los datos personales se han recogido legalmente. La acción de *habeas data* da derecho a la parte perjudicada o a sus familiares a determinar el propósito para el que se recabaron los datos y, si se recabaron ilegalmente, determinar si las partes responsables deben ser castigadas. La divulgación pública de prácticas ilegales en la recolección de datos personales puede tener el efecto de evitar tales prácticas por esos organismos en el futuro. CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/ser.L/V/II., Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 292.

¹²² El derecho a escoger y establecer una residencia, así como el derecho a transitar libremente o derecho de circulación, se encuentran establecidos en el sistema interamericano en el artículo VIII de la Declaración Americana y 22 de la Convención Americana.

por ejemplo, las actividades de acompañamiento permanente a comunidades en riesgo. La cercanía entre las defensoras y defensores y las víctimas a las que representan es un vínculo necesario para que los primeros comprendan de mejor manera los problemas que afectan a las víctimas y puedan plantear líneas de acción y denuncia adecuadas. Cuando dicho vínculo se rompe, no sólo se afecta el derecho de la defensora o defensor a circular libremente o elegir su sitio de trabajo y residencia sin restricciones, sino que además, se limita gravemente la posibilidad de las víctimas de violaciones de hacer reivindicaciones y presentar sus denuncias.

102. Las violaciones a estos derechos pueden presentarse de forma directa e indirecta, entendiéndose las primeras como las restricciones impuestas a defensoras y defensores para salir del país o incluso desplazarse a ciertas zonas del mismo país; y las indirectas como las amenazas y hostigamientos que buscan restringir la circulación de defensoras y defensores a través del miedo¹²³. La Comisión ha considerado que las amenazas y atentados en contra de defensoras y defensores que provocan que éstos se vean obligados a salir de su país de residencia, constituyen violaciones al derecho protegido en el artículo 22 de la Convención Americana¹²⁴. En el mismo sentido, la Comisión ha considerado que el desplazamiento forzado constituye una violación directa de los derechos de residencia y circulación, entre otras violaciones¹²⁵.

103. De acuerdo con los parámetros interamericanos, las defensoras y defensores de derechos humanos deben gozar de protec-

¹²³ En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que, de acuerdo con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existe una violación al derecho a la libertad de circulación cuando una persona debe exiliarse por miedo a amenazas y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda libremente residir en su país de origen, incluso cuando dichas amenazas provienen de actores no estatales. *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Jiménez Vaca c. Colombia, Comunicación No. 859/1999, Doc. CCPR/C/74/D/859/1999, 15 de abril de 2002.

¹²⁴ CIDH, Informe N° 29/96, Caso 11.303, (Guatemala), 16 de octubre de 1996, párrs. 97 y 98.

¹²⁵ Informe N° 32/96, Caso 10.553 (Guatemala), 16 de octubre de 1996, párrs. 64 y 65.

ción adecuada que garantice que no serán objeto de interferencias indebidas para ejercer sus derechos de circulación y residencia, tanto en las acciones relacionadas con sus actividades laborales como en aquellas cuestiones relacionadas con su vida privada. Dichas garantías deben incluir la abstención de las autoridades estatales de limitar, por cualquier medio, el desplazamiento de las defensoras y defensores por aquellas áreas de interés para su trabajo en donde se puede recopilar información de campo y verificar de primera mano las situaciones denunciadas. De otro lado, los Estados están en la obligación de garantizar que terceras personas no impidan que organizaciones de derechos humanos verifiquen la situación en terreno de las personas que así lo requieran.

104. Igualmente, la representante de Naciones Unidas se ha referido a este tema, manifestando que a algunas defensoras y defensores “se les ha prohibido viajar al extranjero, se les ha confiscado los documentos de viaje, se les ha negado el acceso a los aviones y han sido detenidos en los aeropuertos para impedirles que dieran a conocer la situación de los derechos humanos en su país en foros y órganos internacionales. A otros se les ha denegado visados y se les ha impedido el acceso a lugares donde se habían producido abusos de los derechos humanos, a víctimas y a clientes”¹²⁶. En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado, estableciendo que “la participación en calidad de sindicalista en las reuniones sindicales internacionales es un derecho sindical fundamental, por lo cual los gobiernos deben abstenerse de toda medida, como el retener documentos de viaje, que impidan a un representante de una organización de trabajadores ejercer su mandato con plena libertad e independencia”¹²⁷.

105. La Comisión ha establecido que en ejercicio de sus atribuciones soberanas, los Estados pueden determinar su política y legis-

¹²⁶ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2004, DocE/CN.4/2005/101, párr. 59

¹²⁷ OIT, Comité de Libertad Sindical, Véanse 254.º informe, caso núm. 1406 (Zambia), párrafo 470, y 283.º informe, caso núm. 1590 (Lesotho), párr. 346.

lación migratoria y, por ende, decidir sobre la entrada, permanencia y expulsión de los extranjeros de su territorio. No obstante, la Comisión también se ha referido a que el derecho internacional de los derechos humanos establece algunas limitaciones¹²⁸. La Comisión considera que la prohibición de entrada o permanencia en un país extranjero por el simple hecho de que una persona sea defensora o defensor de derechos humanos contraviene la intención de apoyo y fortalecimiento de la labor de las defensoras y defensores que los Estados Americanos han plasmado en las reiteradas resoluciones de la Asamblea General de la OEA. Por el contrario, para la efectiva implementación de los principios allí planteados los Estados deberían otorgar, con arreglo a sus disposiciones internas, los permisos y condiciones necesarias para que las defensoras y defensores puedan desarrollar sus labores en su territorio con independencia de su origen nacional, y facilitar los visados para el acceso a su jurisdicción para los casos en que las defensoras y defensores deban trasladarse a cumplir con reuniones internacionales o eventos similares. La Comisión encuentra que la prohibición de entrada a algunos países a algunas defensoras y defensores ha impedido que realicen y sustenten denuncias ante instancias internacionales, perjudicando gravemente sus labores e impidiendo a las víctimas de violaciones litigar libremente sus intereses.

F. Debido proceso y garantías judiciales¹²⁹

106. El derecho de las víctimas y de sus familiares a una administración de justicia apropiada en relación con las violaciones de los derechos humanos deriva de los artículos 8 y 25 de la Convención. Los artículos 8 y 25 otorgan a las personas el derecho al acceso a un recurso ante la violación de sus derechos, el derecho a recurrir

¹²⁸ CIDH, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Informe Anual 2003, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev. 2, 29 diciembre 2003, Original: Español, párr. 273.

¹²⁹ Los derechos a las garantías judiciales y protección judicial están establecidos en el artículo XVIII de la Declaración Americana y 8 y 25 de la Convención Americana.

ante y a ser oído por un tribunal competente y el derecho a una decisión rápida de parte de las autoridades competentes. Asimismo, estas normas aseguran que las normas del debido proceso serán respetadas y garantizadas.

107. En primer lugar, la Comisión desea reiterar que el Estado de Derecho y la democracia no puede consolidarse si el poder judicial interno no es eficiente en el procesamiento de las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas en muchos Estados y si continua imperando la impunidad respecto a los ataques en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos. Cuando el Estado investiga y sanciona los perpetradores de violaciones cometidas en contra de defensoras y defensores de derechos humanos, envía un mensaje claro a la sociedad en el sentido de que no habrá tolerancia para aquellos que incurran en violaciones de derechos humanos. Por otra parte la impunidad por la comisión de violaciones a los derechos humanos corroe los cimientos de un Estado democrático.

108. En varias ocasiones, la Comisión ha expresado que la impunidad contribuye a obstaculizar el trabajo de los defensores de derechos humanos y crea un impacto sobre la sociedad que se ve amedrentada para denunciar violaciones que eventualmente pueda sufrir. En la Segunda Plataforma de Dublín de Defensores de Derechos Humanos¹⁵⁰, así como en las Consultas de Defensores de Derechos Humanos realizadas en México, Guatemala y Brasil, la cuestión de la impunidad fue identificada como uno de los principales desafíos que afectan a los defensores de derechos humanos en el mundo. Una de las principales violaciones al deber de garantizar los derechos es la impunidad, que ha sido definida por la Corte Interamericana como:

la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derechos protegidos por la Convención Americana. De manera que

¹⁵⁰ Segunda Plataforma de Dublín para Defensores de los Derechos Humanos (Frontline) celebrada los días 10 a 12 de septiembre de 2003.

el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares¹³¹.

109. La Comisión reitera que la obligación de investigar y sancionar todo hecho que implique violación de los derechos protegidos por la Convención requiere que se castigue no sólo a los autores materiales de los hechos violatorios de derechos humanos, sino también a los autores intelectuales de tales hechos¹³². La Comisión ha encontrado que en varios países de región, las violaciones a los derechos humanos de las defensoras y defensores hacen parte de ataques sistemáticos organizados y perpetrados por distintas personas en varios niveles de participación. Los Estados tienen la obligación de investigar y sancionar a todas aquellas personas que participen en la planeación y comisión de violaciones a los derechos de las personas que dedican su vida a defender los derechos humanos. La investigación y sanción parcial aumenta la impunidad y, con ello, el riesgo en el que conviven muchas defensoras y defensores en el hemisferio.

110. Asimismo, para que el Poder Judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además debe ser independiente e imparcial. La imparcialidad e independencia de los tribunales de justicia no puede ser asegurada cuando no se respetan los derechos humanos civiles, laborales y sindicales de las personas encargadas de impartir justicia. Por tanto, preocupa a la Comisión que en algunos Estados las

¹³¹ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia de Reparaciones, párr. 168 y 170.

¹³² La Corte Interamericana ha señalado, por ejemplo, que “La Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos”. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 29 de septiembre de 1999. Serie C N° 71, párr. 123. Véase asimismo Corte IDH, *Caso Blake*, Reparaciones, Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C N° 48, párr. 65.

personas encargadas de impartir justicia e investigar las violaciones a los derechos humanos sean hostigadas a través de amenazas contra su vida y sanciones administrativas y laborales infundadas, incluyendo la separación de sus cargos.

111. Otro factor que la Comisión ha encontrado como generador de impunidad en casos de violaciones a los derechos humanos de las defensoras y defensores es el hecho de que “la mayoría de los casos que entrañan violaciones de derechos humanos por parte de integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado, son procesados por el sistema de la justicia penal militar”¹³³. La Comisión considera que las presuntas violaciones cometidas por funcionarios de las fuerzas de seguridad del Estado en contra de defensoras y defensores de derechos humanos, así como aquellas imputadas a éstos, no deben ser investigadas o procesadas por tribunales castrenses pues no se relacionan con actividades propias del servicio.

112. En segundo lugar, la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores reafirma el derecho de toda persona a “solicitar, recibir y utilizar recursos con el objeto expreso de promover y proteger, por medios pacíficos, los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹³⁴. Este derecho incluye la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia y buscar protección y justicia para las víctimas de violaciones a los derechos humanos; demandar la intervención urgente de la magistratura para la protección de derechos fundamentales en inminente riesgo; presentar casos en contra del Estado alegando la responsabilidad de agentes estatales en la comisión de violaciones; apelar contra abusos de poder tales como confiscaciones injustas, retiro injustificado de reconocimiento legal de asociaciones profesionales o sindicatos, o el retiro arbitrario de funcionarios públicos; y participar como observadores de juicios y audiencias públicas para verificar la observancia de los parámetros de debido proceso.

¹³³ CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los derechos humanos en Perú, Capítulo II, párr. 209, publicado el 2 de junio de 2000. OEA/Ser.L/V/11.106.

¹³⁴ Artículo 13.

113. Las denuncias y recursos presentados por las defensoras o defensores deben ser examinadas con arreglo a las normas mínimas del debido proceso, lo que incluye una decisión fundada dentro de un plazo razonable. La Comisión encuentra que este derecho es fundamental para el ejercicio de las actividades de las defensoras y defensores, y debe ser estrictamente seguido tanto en procesos penales como administrativos en atención a que dichos procesos buscan la protección de los derechos humanos y de fiscalización del poder público. La sustanciación y decisión oportuna de las causas judiciales y administrativas relativas a la protección de derechos humanos es una actividad esencial para la revelación pública y completa de la justicia, verdad y reparación.

114. Finalmente, con relación a los derechos a la protección judicial y garantías mínimas del debido proceso, la Comisión recuerda que el poder punitivo del Estado y su aparato de justicia no deben ser manipulados con el fin de hostigar a quienes se encuentran dedicados a actividades legítimas como la defensa de los derechos humanos. La Convención Americana establece que los tipos penales, dada su virtud sancionatoria, deben cumplir ciertos requisitos que permitan a las personas bajo jurisdicción del Estado conocer las conductas punibles, las cuales deben ser establecidas de acuerdo con los estándares democráticos¹³⁵.

115. De otro lado, el principio de legalidad establecido en la Convención dispone que los procesos judiciales que inicien las autoridades estatales deben ser conducidos de manera tal que, de acuerdo con pruebas objetivas y legalmente producidas, sólo aquellas personas de quienes razonablemente se presume han cometido conductas que merecen sanción penal, sean investigadas y sometidas a procesos judiciales¹³⁶. Usar sanciones penales o administrati-

¹³⁵ La Corte Interamericana ha señalado que “la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. Corte IDH., *Caso Ricardo Canese*, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 174.

¹³⁶ En particular, la Corte ha establecido que

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias,

vas persiguiendo cualquier otro fin vulnera las garantías establecidas por la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.

116. Al respecto, la Comisión reitera que el poder punitivo del Estado y sus órganos de justicia no deben ser manipulados con el fin de hostigar a quienes se encuentran dedicados a actividades legítimas. La Comisión ha establecido que la vía penal es la forma más severa con la que cuenta un Estado para establecer responsabilidades y, por ello, su uso debe apegarse rigurosamente a principios fundamentales como el del debido proceso (Supra § 61). Asimismo, la Comisión desea reiterar que, como lo ha establecido la Corte Interamericana, la garantía del debido proceso se extiende más allá de los procesos penales¹³⁷. La Comisión considera que los Estados tienen el deber de investigar a quienes trasgreden la ley dentro de su territorio, pero también los Estados tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar que mediante investigaciones estatales se someta a juicios injustos o infundados a las personas que de manera legítima reclaman el respeto y protección de los derechos humanos.

117. Por otro lado, la Comisión resalta que el derecho a la tutela judicial efectiva también requiere de la implementación –en aquellos Estados en los que aun no existe- y del fortalecimiento –en aquellos donde están constitucional o legalmente previstos- de

particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo[...] En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita [...] En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.

Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores*, Sentencia de 18 de noviembre 2004. Serie C No. 115, párr. 80 y ss.

¹³⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párr. 70; *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149.

remedios judiciales cautelares en el ámbito nacional ante situaciones de amenaza inminente o riesgo para la defensa de los derechos humanos, *inter alia*, la vida, la integridad personal, el derecho de reunión, la libertad de expresión y de asociación. La Comisión reitera que las medidas cautelares y provisionales otorgadas por la Comisión y la Corte Interamericana cumplen funciones subsidiarias de la tutela que le corresponde al propio Estado, y que un rol importante que asume la CIDH es promover mecanismos de protección cautelar locales.

118. La Corte Interamericana ha señalado al respecto que “el artículo 25 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes”, disposición que “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”¹³⁸. Estos remedios cautelares deberían estar disponibles para casos urgentes en los que se demuestre la inminencia y proximidad de una potencial violación a los derechos humanos. Asimismo, esta obligación se deriva de las obligaciones que contraen los Estados partes al ratificar la Convención Americana y de los propios principios fundamentales del Estado.

119. Así, el derecho a la protección judicial crea en los Estados la obligación de establecer y garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de los derechos, entre ellos, la vida y la integridad física en el ámbito local. Varias legislaciones nacionales han adoptado estos recursos a través de figuras tales como *hábeas corpus*, amparos, acción de tutela, *writ of injunction*, *mandados de segurança* o medidas de protección de personas, entre otras.

120. Dada la naturaleza especial de estos recursos, en virtud de la urgencia y la necesidad en la que éstos deben actuar, algunas

¹³⁸ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No 35, párr. 65; Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (Artículos 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. 32.

características básicas son necesarias para que éstos puedan considerarse idóneos en el sentido en que lo han establecido la Comisión y la Corte. Entre estas características se encuentran, por ejemplo, que los recursos sean sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes. Asimismo, es necesario que las personas cuenten con la posibilidad de acceder a las instancias judiciales federales o nacionales cuando se sospecha parcialidad en la actuación de los órganos estatales o locales. Igualmente, es necesaria una amplia legitimación activa de estos recursos, tal que permita que los mismos puedan ser promovidos por familiares u órganos públicos como fiscales o defensores públicos, o defensores del pueblo en representación de las personas amenazadas, sin requerir su firma. También es conveniente que tales recursos puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas, esto es, para proteger a un grupo determinado o determinable conforme a ciertos parámetros, afectado o bajo situación de riesgo inminente. Además, debe preverse la aplicación de medidas de protección en consulta con los afectados y con cuerpos de seguridad especiales distintos de aquellos de los que se sospecha, entre otras previsiones.

121. En este sentido, por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que en un breve lapso de tiempo se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados. Por ejemplo, mientras que en derecho penal una amenaza contra la vida sólo se configura con la iniciación de la ejecución del delito, en materia cautelar la protección del derecho a la vida debería incluir la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta.

G. Deber general de garantía y protección y de adoptar disposiciones de derecho interno

122. Al igual que con todos los compromisos internacionales, los Estados están obligados a cumplir de buena fe sus obligaciones

internacionales en materia de derechos humanos¹³⁹. Ello incluye conducirse de modo tal que se respete y garantice el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación de ningún tipo. La Comisión subraya la importancia del papel que asumen los órganos del Estado en la implementación del derecho internacional en materia de derechos humanos. Asimismo, reconoce que muchas de las disposiciones internacionales sólo son operativas si los Estados ponen en funcionamiento su sistema legal interno para darles vigencia. De manera que el derecho internacional deja el cumplimiento de sus obligaciones en última instancia a los órganos internos.

123. Los Estados tiene el deber jurídico de adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar el “espacio contextual” en el que defensoras y defensores y, en general, la sociedad, pueda promover libremente y buscar la protección de sus derechos a través de los mecanismos nacionales e internacionales. Especial consideración merecen aquellas medidas destinadas a proteger los derechos humanos de las defensoras y defensores y a investigar, procesar y sancionar a quienes cometen violaciones en su contra.

124. La Comisión destaca que la gran mayoría de los casos de ataques al derecho a la vida e integridad física de defensoras y defensores que llegan a conocimiento de la Comisión, se caracterizan por la falta de protección frente a amenazas y la subsiguiente impunidad de los ataques y agresiones. En este sentido, de los casos y medidas cautelares recibidas se observa que los Estados deben tener presente que el Sistema Interamericano de protección descansa en el doble principio de la protección y la garantía que obliga a los Estados a investigar, juzgar, sancionar y reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos¹⁴⁰.

¹³⁹ Cfr., Corte IDH, *Casos Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luís Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez*. Medidas Provisionales. Resolución de 4 de mayo de 2004, considerando séptimo; *Caso Lysias Fleury*. Medidas Provisionales. Resolución de 2 de diciembre de 2003, considerando séptimo; y *Caso James y otros*. Medidas Provisionales. Resolución de 2 de diciembre de 2003, considerando sexto.

¹⁴⁰ Ver, en este sentido, CIDH, Informe N° 24/98 (Fondo). Caso 11.287. João Canuto de Oliveira c. Brasil. 7 de abril de 1998.

125. En tal sentido, la Comisión quiere reiterar que en toda circunstancia en que un órgano, institución o funcionario público lesione un derecho protegido por la Declaración Americana o la Convención Americana, existirá una eventual inobservancia del deber de respeto consagrado en el Artículo 1 de la Convención y de la obligación implícita en la Declaración Americana de respecto a la garantía y respeto por los derechos, independientemente de que el agente haya actuado fuera de los límites de su competencia¹⁴¹.

126. La Comisión desea insistir en que la impunidad en las investigaciones, además de poner en riesgo la vida de centenares de defensoras y defensores en la región, también contribuye a crear un ambiente de intimidación y amedrentamiento que impide el pleno ejercicio de la defensa de los derechos humanos. Asimismo, la Comisión reitera que la omisión de un Estado de efectuar una investigación exhaustiva y completa de asesinatos y desapariciones contra defensoras y defensores y la falta de sanción penal de los autores materiales e intelectuales resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad. Cuando el Estado investiga y sanciona los perpetradores de violaciones de derechos humanos, envía un mensaje claro a la sociedad en el sentido de que no habrá tolerancia para aquellos que incurran en violaciones de derechos humanos¹⁴².

127. Igualmente, la Comisión recuerda una vez más que el Estado es responsable internacionalmente por las violaciones de derechos humanos, cuando grupos privados actúan como agentes del Estado o con la aprobación, aquiescencia o tolerancia de agentes del Estado. En este sentido, si de estos ataques resulta la violación de la Declaración Americana o de la Convención Americana, el Estado deberá responder internacionalmente por las lesiones de derechos protegidos por estos instrumentos¹⁴³.

¹⁴¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 170.

¹⁴² CIDH, *Relatoría para la Libertad de Expresión*, Informe Anual 2002, Capítulo II, Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, párr. 224.

¹⁴³ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana, al señalar que un hecho ilícito violatorio de derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particu-

128. La Corte Interamericana ha establecido que el respeto de los derechos humanos en un Estado democrático depende, en gran parte, de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores de derechos humanos para realizar libremente sus actividades¹⁴⁴. En consecuencia, los Estados deben otorgar garantías efectivas y adecuadas a las defensoras y defensores y prestar particular atención a acciones que limiten u obstaculicen su trabajo¹⁴⁵.

129. Atendiendo esta obligación, la Comisión ha recomendado la implementación de medidas de protección para defensoras y defensores tales como

disponer de los recursos humanos, presupuestarios y logísticos necesarios para garantizar la implementación de medidas de protección adecuadas y efectivas cuando esté en riesgo la seguridad personal y la vida de estas personas. Asimismo, asegurar que las medidas de seguridad sean efectivamente puestas en práctica durante el tiempo que las condiciones de riesgo lo exijan [...] establecer unidades especializadas de la Policía Civil Nacional y del Ministerio Público, con los recursos y la capacitación necesarios, a efectos de que trabajen de manera coordinada y respondan con la debida diligencia a la investigación de estos hechos. Asimismo, incrementar los recursos de la Procuraduría para los Derechos Humanos con el objetivo de fortalecer su capacidad de trabajo en la defensa y protección de la actividad desarrollada por los defensores de derechos humanos¹⁴⁶.

lar o por no haberse identificado el autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, pero sí por falta de la debida diligencia para evitar la violación o para darle a esta un tratamiento en los términos que exige la Convención. Cfr. Corte IDH, Serie C, N. 4, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172.

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso Lysias Fleury*. Medidas Provisionales. Resolución de 7 de junio de 2003, considerando quinto; y Resolución de 2 de diciembre de 2003, considerando décimo.

¹⁴⁵ OEA, Asamblea General, resolución AG/RES. 1842 (XXXII-O/02); resolución AG/RES. 1818 (XXXI-O/01) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. A.G. Res. 53/144.

¹⁴⁶ CIDH, Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 2, 29 diciembre de 2003, párr. 208.

130. Entre las medidas de protección cautelar que subyacen al deber de garantía de los Estados, la Comisión resalta la importante función de los programas de protección de defensoras y defensores, así como de víctimas y testigos de violaciones a derechos humanos. La Comisión toma nota de los esfuerzos de algunos Estados en la implementación de estos necesarios programas y llama a su masificación y fortalecimiento.

131. Un sistema comprensivo y eficiente de protección al trabajo que realizan las defensoras y defensores de derechos humanos debe ir más allá de la simple operación de un programa de protección contra actos de violencia –aunque dicha protección es necesaria y prioritaria-. Como lo han expresado los Estados en la Asamblea General de la OEA, un programa de protección debería estar dirigido a erradicar “todos aquellos actos que, directa o indirectamente, impiden o dificultan las tareas de las personas, grupos u organizaciones que trabajan en la protección y promoción de los derechos fundamentales”¹⁴⁷.

132. En este sentido, la Comisión considera que sería conveniente que los Estados miembros adoptaran estrategias efectivas y exhaustivas de prevención con el fin de evitar los ataques en contra de las defensoras y los defensores de los derechos humanos. Esta política de prevención y protección debería tener en cuenta los períodos de mayor vulnerabilidad de las defensoras y defensores. Las autoridades estatales deben mantenerse vigilantes durante dichos períodos y hacer público su compromiso de apoyo y protección.

133. La Comisión estima que para que un programa de protección sea eficaz, es decir, produzca los resultados esperados, debe estar respaldado por un fuerte compromiso político del Estado. El programa debería hacer parte de un plan nacional de derechos humanos que sea asumido como una política prioritaria en todas las instancias decisorias institucionales, tanto a nivel central, como a nivel local¹⁴⁸. Para ello, debería asegurarse la existencia de normas que

¹⁴⁷ OEA, Asamblea General, resolución AG/RES. 2067 (XXXV-O/05), de 7 de junio de 2005, punto resolutivo número 2.

¹⁴⁸ Al respecto la CIDH ha señalado que “las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos son superiores a toda obligación que pueda imponer

delimiten claramente las competencias y responsabilidades de las autoridades centrales y descentralizadas (gobiernos estatales y gobierno federal para los casos de Estados federados), garantizando que exista coherencia entre el nivel de transferencia de competencias y recursos de la instancia nacional a las locales.

134. Asimismo, un programa de protección de defensoras y defensores debería garantizar que el Estado asignará recursos humanos, presupuestarios y logísticos para poner en práctica medidas de protección a efectos de proteger la vida y la integridad física de las defensoras y defensores. Tales medidas deben estar en vigencia durante el tiempo en que así se requiera, y deben ser acordadas en consulta con los defensores para garantizar su pertinencia y permitir que puedan seguir el desarrollo sus actividades.

135. En este sentido, la Comisión también considera fundamental para el funcionamiento de un programa de protección que se prevean canales de consulta e interlocución estable, respetuosa y constructiva con las organizaciones de derechos humanos y las personas protegidas. Los espacios de concertación e interlocución permiten a las autoridades escuchar las propuestas de las organizaciones así como conocer sus necesidades y evaluar el desempeño de las medidas de protección otorgadas.

136. Con base en su experiencia regional, la Comisión encuentra como recomendables medidas operativas como la conformación de cuerpos de escoltas capacitados para cumplir adecuadamente la función exclusiva de protección de personas en riesgo, quienes deberían estar adscritos a un organismo público de seguridad del cual dependan jerárquicamente. Sería conveniente, además, que este cuerpo estuviera separado de las actividades de inteligencia y de contrainteligencia, que contara con instructores, supervisores y expertos en seguridad de dedicación exclusiva y que funcionara en instalaciones propias. Las actividades de análisis de riesgo e imple-

su derecho interno y deben ser cumplidas de buena fe". CIDH, *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 42.

mentación de las medidas, incluyendo las de seguridad a sedes y viviendas, deberían depender de este cuerpo y no de las divisiones encargadas de la inteligencia y contrainteligencia de los organismos de seguridad. Estos investigadores deberían ser capacitados de manera específica en temas tales como la responsabilidad estatal y derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, el proceso de selección, incorporación, capacitación y reentrenamiento de este personal de funcionarios de protección debería hacerse con absoluta transparencia y con la participación de los representantes de la población objeto de los programas a fin crear lazos de confianza entre las personas protegidas y aquellos encargados de protegerlas. [...]

Protección de los desplazados internos en situaciones de desastres naturales

Consejo de Derechos Humanos
Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos
humanos de los desplazados internos,
5 de marzo de 2009, A/HRC/10/13/Add.1

[...] III. NECESIDADES CONCRETAS DE PROTECCIÓN DE LOS DESPLAZADOS POR DESASTRES NATURALES

28. En los informes que presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 2005 y 2006, el Representante propuso un marco conceptual para la protección de los derechos humanos de los desplazados internos²⁵. De conformidad con el concepto de protección utilizado por el Comité Permanente entre Organismos²⁶, cabe entender que la protección en el contexto de los desastres naturales abarca todas las actividades encaminadas a garantizar el pleno respeto de los derechos de todas las personas afectadas por tales desastres, incluidos los desplazados internos, con arreglo a la letra y al espíritu de los conjuntos normativos pertinentes, particularmente la legislación sobre derechos humanos.

29. Además, el Representante subrayó que la protección no había de limitarse a garantizar la supervivencia y la seguridad física

²⁵ Véanse los documentos E/CN.4/2005/84, párrs. 33 a 80, y E/CN.4/2006/71, párrs. 4 a 12.

²⁶ Comité Permanente entre Organismos, *Implementing the Collaborative Response to Situations of Internal Displacement: Guidance for United Nations Humanitarian and/or Resident Coordinators and Country Teams* (septiembre de 2004).

de los desplazados internos, sino que se refería a todas las garantías pertinentes de que disfrutaban con arreglo a la legislación internacional sobre los derechos humanos. A efectos prácticos, cabía dividir tales derechos en cuatro categorías, a saber: a) los derechos relacionados con la seguridad y la integridad físicas (incluidas la protección del derecho a la vida y la violencia contra la mujer); b) los derechos fundamentales relacionados con las necesidades básicas de la vida (por ejemplo, los derechos a la alimentación, al agua potable, a un alojamiento adecuado, a los servicios de salud y al saneamiento); c) los derechos relacionados con otras necesidades de protección de carácter económico, social y cultural (por ejemplo, los derechos al trabajo, a una restitución o una indemnización en caso de pérdida de la propiedad y a recibir educación o tener acceso a ella); y d) los derechos relacionados con otras necesidades de protección de carácter civil y político (por ejemplo, los derechos a la documentación personal, a la participación política, al acceso a los tribunales y a la no discriminación). Las dos primeras categorías no son exclusivas de la etapa de emergencia de los desplazamientos, pero tienden a ser más pertinentes entonces, en tanto que las categorías tercera y cuarta cobran importancia durante las últimas etapas, incluida la del retorno y la recuperación.

30. Durante sus visitas de trabajo, el Representante señaló una serie de problemas característicos en materia de derechos humanos que se describen *infra* y que pueden darse en situaciones de desastre y causar desplazamientos o afectar a los desplazados internos. La integración sistemática de un enfoque de derechos humanos en los programas y actividades de respuesta a los desastres serviría para impedir y reducir de manera considerable los casos de violaciones de los derechos humanos.

A. Cuestiones intersectoriales relacionadas con la protección

31. *No discriminación.* Según el Principio Rector 4, los derechos de los desplazados internos se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o convicciones, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económi-

ca, descendencia o cualquier otro criterio similar. Paralelamente, ciertos desplazados internos especialmente vulnerables, como los niños, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidad, las personas gravemente enfermas o heridas y las personas de edad, tienen derecho a la protección y asistencia requeridas por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

32. En las situaciones de conflicto, la no discriminación respecto del acceso a la asistencia y su distribución sigue constituyendo un importante problema. En ocasiones, las personas afectadas pertenecientes a una determinada minoría étnica o religiosa pueden verse deliberadamente desfavorecidas por las autoridades. No obstante, en la mayoría de los casos la discriminación obedece al hecho de que los órganos encargados de responder en caso de desastre no atienden a las necesidades concretas de categorías de desplazados especialmente vulnerables. Por ejemplo, el Representante observó que, en la mayoría de los países que había visitado, se atendía insuficientemente a las necesidades concretas de las personas de edad o con discapacidad. El problema se pone de manifiesto en el caso de un pueblo de Madagascar, en el que las madres solteras sin acceso a la tierra no estaban incluidas en las listas de evaluación de las necesidades confeccionadas por una organización internacional con miras a distribuir semillas, ya que se consideraba que únicamente utilizarían las semillas los hombres dedicados a la agricultura; en las denuncias recibidas en Mozambique en el sentido de que la asistencia destinada a familias particularmente vulnerables era desviada por dirigentes comunitarios locales; o en la falta de adopción de medidas en Honduras para atender a las necesidades especiales de las comunidades indígenas desplazadas en materia, por ejemplo, de alimentos, vestido y vivienda.

33. La pobreza es otro factor que incrementa el riesgo de quedar marginado. En Honduras, el Representante se enteró de que quienes, diez años después del huracán Mitch seguían sin poder reanudar plenamente su vida anterior, se contaban entre los pobres

de las zonas urbanas. En Nueva Orleans²⁷ los planes de evacuación se basaban en la hipótesis de que la gente utilizaría sus vehículos privados, lo que situaba en una posición desfavorecida a los pobres que carecían de automóvil. Después del huracán Katrina, la labor de reconstrucción se había centrado en parámetros económicamente viables y no en criterios basados en la necesidad y la vulnerabilidad. La inmensa mayoría de las personas que, varios años después, seguían estando desplazadas a causa del huracán Katrina, procedían de zonas desfavorecidas desde el punto de vista socioeconómico, en tanto que, según los funcionarios municipales con quienes se entrevistó el Representante, la gran mayoría de los asalariados de clase media había regresado a Nueva Orleans entre seis y ocho meses después del desastre. Además, si bien el Representante estaba positivamente impresionado por la labor general de reconstrucción, había observado el muy lento ritmo de reconstrucción que se registraba en el distrito 9 de Nueva Orleans, que era la parte más pobre de la ciudad. Además, el Representante tomó nota de los informes de los países afectados por el *tsunami* de 2004, en los que se indicaba que se habían puesto en marcha leyes de ordenación urbana para evitar que se reconstruyeran edificios en zonas que pudieran ser peligrosas por estar próximas al mar, aunque se habían hecho excepciones en el sector turístico.

34. Por otra parte, el Representante observa la dimensión de género de las consecuencias de los desastres naturales. No sólo después del *tsunami*, sino también después del ciclón Nargis, quedó claro que las mujeres se habían visto desproporcionadamente afectadas por las inundaciones. No sólo parecía que se habían registrado muchas más muertes entre ellas, sino que, en la etapa inmediatamente posterior, habían sufrido más violencia de género y

²⁷ Véase también Comité de Derechos Humanos, observaciones finales, Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3, párr. 26, donde se plantean preocupaciones por la información de que los pobres, y en particular los afroamericanos, fueron desfavorecidos en los planes de rescate y evacuación aplicados cuando el huracán Katrina azotó los Estados Unidos, y seguían siendo desfavorecidos en los planes de reconstrucción.

abusos²⁸. Eso indica que las medidas de preparación y de respuesta han de tener concretamente en cuenta los factores específicos de vulnerabilidad que caracterizan a las mujeres en las situaciones de desastres naturales.

35. *Información, consulta y participación.* Según los Principios Rectores, los desplazados internos tienen derecho a ser informados y consultados en relación con las decisiones que les afecten y, así pues, participan en el proceso de adopción de decisiones (véanse, en particular, los Principios 7 3) c) y d), 18 3) y 28 2)). Aunque las consultas y la participación de las personas afectadas pueden resultar difíciles o, dependiendo de las circunstancias, incluso imposibles durante la etapa de emergencia de un desastre, resultan especialmente importantes, tal como se explica en el Principio Rector 28 2), en lo concerniente al regreso o reasentamiento y reintegración. Esto también ha sido reconocido por los órganos las Naciones Unidas creados en virtud de tratados²⁹.

36. El Representante observó que uno de los problemas constantes de las personas afectadas por los desastres era la falta de inclusión en los procesos de adopción de decisiones en relación con las medidas de preparación, asistencia y recuperación e incluso en relación con la prevención de futuros desplazamientos. En algunos casos, el Representante tuvo conocimiento de los esfuerzos realizados para consultar con las personas afectadas, como la iniciativa adoptada por el entonces Alcalde de Houston de recurrir a organizadores de la comunidad para crear mecanismos de consulta tan pronto como los desplazados por las inundaciones de Nueva Orleans fueran llevados al “Astrodome” de la ciudad. No obstante, en la mayoría de los casos examinados por el Representante se observaban pocas muestras de acciones coordinadas para incluir a

²⁸ Véanse Grupo Básico Tripartito, “Post-Nargis Joint Assessment” (julio de 2008), pág. 26. Puede consultarse en: [http://www.reliefweb.int/rw/RWFiles2008.nsf/FilesByRWDocUnidFilename/ASAZ-7GRH55-full_report.pdf/\\$File/full_report.pdf](http://www.reliefweb.int/rw/RWFiles2008.nsf/FilesByRWDocUnidFilename/ASAZ-7GRH55-full_report.pdf/$File/full_report.pdf); y Oxfam International, “Rethinking disasters” (2008), que puede consultarse en: http://www.oxfam.org.uk/resources/policy/conflict_disasters/downloads/oxfam_india_rethinking_disasters.pdf.

²⁹ Véanse las referencias que se hacen *supra* en el párrafo 10.

los desplazados y otras personas afectadas en las propias decisiones que afectaban a sus vidas directamente en lo concerniente a la preparación, la respuesta o la reconstrucción en casos de desastre, deficiencia esta que contribuyó a la sensación de indefensión, confusión e inseguridad experimentada por los supervivientes del desastre.

37. En ciertos contextos, el Representante también observó que los gobiernos se contentaban con permitir que las organizaciones de la sociedad civil consultaran con la población afectada y expusieran sus preocupaciones a través de los cauces que las organizaciones consideraran más apropiados. Sin embargo, en la mayoría de los casos observados las organizaciones no formaban parte del órgano de coordinación de respuesta en casos de desastre. En tales circunstancias, sus aportaciones no podían llegar a los órganos pertinentes y las opiniones y los deseos de las personas afectadas no se integraban en la respuesta al desastre.

38. *Acceso humanitario.* El acceso humanitario en las situaciones de desastre frecuentemente puede verse limitado como consecuencia de problemas de infraestructura, como las carreteras y los puentes destruidos, problemas de seguridad para los encargados del rescate en relación con el terreno, la lejanía del lugar en que se produjo el desastre y posibles peligros secundarios (como las réplicas de los terremotos y el desmoronamiento de edificios afectados). No obstante, la voluntad política también puede ser un obstáculo para el acceso, tal como se observó inicialmente después del ciclón Nargis en Myanmar. Como ya subrayó el Representante a raíz del *tsunami*³⁰, los Estados tal vez estén más dispuestos a responder rápidamente que, por ejemplo, en los casos de conflicto armado interno, a los efectos de proporcionar asistencia humanitaria a las poblaciones afectadas por desastres naturales y a hacerlo en colaboración con la comunidad internacional. En otros casos, los

³⁰ Véase “Protection of Internally Displaced Persons in Situations of Natural Disaster”: A working visit to Asia by the Representative of the United Nations Secretary-General on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Walter Kälin, 27 February to 5 March 2005” (puede consultarse en: http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/reports/2005/04_tsunami/200504_tsunami.pdf).

gobiernos de los Estados afectados tal vez prefieran, por diferentes razones, proporcionar por ellos mismos toda la asistencia necesaria en el ejercicio legítimo de su soberanía y de su responsabilidad en el plano nacional. Sin embargo, cuando los gobiernos rechazan los ofrecimientos de asistencia humanitaria del extranjero, pero al mismo tiempo no pueden o no desean proporcionar asistencia adecuada a su propia población, no están cumpliendo las responsabilidades que les incumben, tal como se señala en el Principio Rector 25.

B. Protección de la vida, la seguridad y la integridad física y mental de las Personas

39. *El deber de proteger la vida y la seguridad de las personas.* El derecho a la vida, tal como figura en numerosos convenios de derechos humanos y se destaca concretamente en el Principio Rector 10, entraña no sólo el deber de respetar la vida, sino también el de protegerla. Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de aclarar el contenido de esa obligación en una causa relativa a personas fallecidas a causa de un alud de lodo. El Tribunal recordó que, en el contexto de los desastres naturales, el derecho a la vida “impone a los Estados una obligación positiva de adoptar medidas apropiadas para proteger las vidas de quienes se encuentran dentro de su jurisdicción” y subrayó que “esa obligación positiva entraña antes que nada el deber primordial del Estado de establecer un marco legislativo y administrativo como elemento eficaz de disuasión frente a las amenazas al derecho a la vida”³¹. En el fallo se deja claro que, en relación con los desastres naturales, las autoridades tienen la obligación de: 1) promulgar y aplicar leyes que se ocupen de todos los aspectos pertinentes de la mitigación el riesgo de desastre y establecer los mecanismos y procedimientos necesarios; adoptar las medidas administrativas necesarias, incluida la supervisión de las situaciones que puedan ser peligrosas; 2) informar a la población de los posibles peligros y riesgos, incluso estableciendo sistemas de alerta eficaces; 3) evacuar a las poblacio-

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Budayeva y otros c. Rusia*, demandas Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, fallo de 20 de marzo de 2008, párrs. 128 y 129.

nes que puedan verse afectadas; 4) realizar investigaciones penales y procesar a los responsables del incumplimiento de tales deberes en caso de muertes causadas por un desastre; y 5) indemnizar a los parientes supervivientes de las víctimas fallecidas como consecuencia del incumplimiento de tales deberes. Así pues, el Tribunal dejó claro que un Estado era responsable de las muertes que se hubieran producido porque las autoridades incumplieron su deber de adoptar medidas preventivas contra un peligro natural, identificable e inminente, pese a que las autoridades tenían a su disposición medios eficaces para mitigar el riesgo. Esas conclusiones se ajustan a la práctica del Comité de Derechos Humanos, el cual recordó en una ocasión “la obligación del Estado Parte, en virtud del artículo 6 del Pacto, de proteger la vida de sus ciudadanos” y manifestó sus preocupaciones al respecto y por “la falta de medidas para atajar, en cooperación con la comunidad internacional, las causas y consecuencias de la sequía y otros desastres naturales que afectaron seriamente a la población del país [...]”³².

40. *Preparación, alerta temprana y otras alertas.* Las medidas positivas que han de adoptar las autoridades competentes en cumplimiento de su obligación de proteger la vida y la seguridad de las personas incluyen la puesta en marcha de sistemas eficaces que posibiliten la realización de actividades tales como la planificación periódica de imprevistos; el establecimiento de sistemas de alerta temprana y de otras alertas para advertir a la población en situación de riesgo de peligros previsibles e inminentes, como el hecho de que la elevación del nivel de las aguas de un río puede dar lugar a inundaciones o la aproximación de fuertes vientos; y la distribución previa de artículos alimentarios y no alimentarios. Eso exige un elevado nivel de cooperación entre todos los interesados pertinentes a todos los niveles del gobierno y sus socios nacionales e internacionales, así como de las comunidades locales. Como se ha puesto de manifiesto, entre otras cosas, por el encomiable éxito obtenido por Mozambique en la reducción del número promedio de

³² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, República Popular Democrática de Corea, CCPR/CO/72/PRK (2001), párr. 12.

muertes registradas con motivo de las inundaciones anuales³³, tales medidas institucionales, normativas y operacionales han repercutido directamente en el número de vidas salvadas, en tanto que la relegación de esas medidas a un segundo término puede contribuir directamente al aumento del número de víctimas en situaciones de desastre en muchos países.

41. Un importante aspecto de la protección de la vida y la seguridad de las personas afectadas por desastres naturales es la necesidad de poner en práctica medidas de reducción del riesgo de desastre y reforzarlas. Durante sus visitas, el Representante observó en varias ocasiones que se habían destruido viviendas y que había vidas en peligro debido a las normas inadecuadas de construcción y, en ciertos casos, a la falta de la debida diligencia por parte del Estado a los efectos de garantizar que las obras públicas se mantuvieran y reforzaran sistemáticamente. En algunos casos, ello contribuyó al desplazamiento después de un desastre natural y, en otros casos, fue la causa de muerte y lesiones innecesarias, algunas de las cuales dieron lugar a discapacidades permanentes. En el contexto del huracán Katrina, muchas personas sostenían que el verdadero desastre había sido la ruptura de los muros de contención del lago Pontchartrain, que necesitaban ser reforzados, y no el huracán propiamente dicho. En Madagascar parecería existir un vínculo directo entre la falta de mantenimiento de los canales en torno a Antananarivo y las inundaciones periódicas en las zonas bajas. Los asentamientos, frecuentemente irregulares, situados en zonas propensas a los desastres, son otro factor de riesgo. En Honduras, la migración de las zonas rurales a los centros urbanos y la topografía propensa a los desastres, particularmente en la capital, Tegucigalpa, dieron lugar a concentraciones de población en zonas muy expuestas a los riesgos de desastres naturales. Lo mismo cabía decir de las partes bajas de Antananarivo, capital de Madagascar. En tales circunstancias, la planificación urbana apropiada pasa a ser una importante medida de reducción de los riesgos de desastre.

³³ En 2000 y los años subsiguientes, el número de muertes registradas solía superar las 100, en tanto que los últimos años pasó a situarse por debajo de 20.

De manera más general, la reducción de los riesgos de desastre debería ser considerada una prioridad de conformidad con la quinta prioridad de acción del Marco de Acción de Hyogo³⁴ y, por consiguiente, debería formar sistemáticamente parte de los proyectos de desarrollo.

42. *Evacuaciones.* El deber de proteger la vida y la seguridad de las personas entraña, en particular, la obligación de evacuarlas de las zonas en las que se enfrentan a peligros inminentes para su vida y su integridad física a causa de un desastre. El hecho de no prestar asistencia a las personas que no pueden abandonar tales zonas por sí mismas puede constituir una violación de los derechos humanos si las autoridades competentes hubieran conocido o debieran haber conocido el peligro y hubieran tenido la capacidad de actuar. Aunque reconoce que, en una situación de emergencia, las autoridades pueden tropezar con dificultades para organizar debidamente las evacuaciones, el Representante desea destacar la necesidad de prever las necesidades concretas de las personas especialmente vulnerables, como las personas con discapacidad y de edad, los pobres o los migrantes que no hablan los idiomas oficiales del país de que se trate cuando preparen planes de evacuación. Las medidas de evacuación adecuadas para la mayoría de la población tal vez no permitan que esas otras personas escapen a tiempo de los peligros.

43. Durante sus visitas a los países, el Representante fue informado de casos en que la población afectada había rehusado ser evacuada por miedo a perder el ganado y otros bienes o porque no se tomaba en serio las advertencias, razón por la que las autoridades se habían visto obligadas a ordenar la evacuación. Tales casos plantean problemas concretos. En los Principios Rectores se reconoce la tensión que existe entre la obligación de los gobiernos de proteger vidas mediante la evacuación de las personas afectadas en contra de su voluntad y el derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos, que incluye el derecho a no trasladarse y a permanecer en el lugar de residencia habitual. En el Principio Rector 6 2) d) se indica que las evacuaciones forzosas en casos de desastres no

³⁴ Véase el párrafo 23 *supra*.

constituyen desplazamientos arbitrarios, que están prohibidos por el derecho internacional, si tales evacuaciones resultan necesarias para proteger la seguridad y la salud de los afectados.

44. El Representante toma nota de que las evacuaciones forzosas únicamente puede constituir un último recurso previsto por la ley y únicamente pueden llevarse a cabo en la medida en que sean absolutamente necesarias para proteger la vida y la integridad física de quienes se encuentren en una situación de riesgo. Las evacuaciones han de efectuarse sin discriminación; las distinciones que se hacen únicamente son admisibles para tener en cuenta necesidades especiales de protección. Las personas afectadas han de ser informadas de por qué, cómo y dónde van a ser evacuadas. Los planes de evacuación deberían incorporar las necesidades de protección de las personas afectadas; las comunidades en situación de riesgo de evacuación deberían ser consultadas en la medida de lo posible. En los casos de frecuentes peligros naturales, ello puede exigir la delimitación previa de los lugares de evacuación en consulta con las comunidades afectadas (por ejemplo, mediante visitas de observación), lo que incluye, cuando sea pertinente, lugares que también puedan acomodar ganado. Deben ponerse en marcha medidas para garantizar que las necesidades concretas de las personas especialmente vulnerables, como las personas con discapacidad o las personas de edad sin ayuda de la familia, serán tenidas en cuenta en el proceso de evacuación. La protección de los bienes que no se lleven consigo y la seguridad en la tenencia de la tierra figuran entre las cuestiones que han de ser abordadas en la planificación de las evacuaciones³⁵.

45. Todas las evacuaciones, independientemente de que se realicen con o sin el consentimiento de los afectados, han de llevarse a cabo de manera que se respeten los derechos a la vida, la dignidad, la libertad y la seguridad de tales personas (Principio Rector 8).

46. *Protección contra la violencia, particularmente en los albergues.* En las situaciones de desastres naturales, ciertos edificios públicos, como las escuelas, los centros comunitarios o las iglesias, frecuentemente son convertidos en albergues para los desplazados.

³⁵ Véase *infra*, párrs. 52 a 54.

La gran concentración de personas en un lugar reducido entraña asimismo riesgos de seguridad en los albergues y zonas circundantes. Así, el Representante fue informado de los ataques criminales cometidos contra alojamientos en Haití, dotados de escasa o ninguna protección de las fuerzas de seguridad o de la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH). Además, escuchó denuncias de infiltración de bandas en albergues urbanos de Honduras después del huracán Mitch, hacía diez años, lo que había dado lugar a robos, violaciones e incluso asesinatos debido a que no se mantenía el orden público en tales lugares. La falta de seguridad también puede entrañar un aumento de la violencia entre quienes están alojados en un albergue.

47. El riesgo se intensifica debido al hacinamiento en los albergues y se incrementa aún más si no existe una separación entre hombres y mujeres en el recinto. Durante sus visitas de trabajo, el Representante escuchó varias denuncias de violaciones y de otras formas de violencia basada en el género, así como de violencia contra niños. Así pues, es necesario que las autoridades aprueben y pongan en práctica políticas para evitar la violencia basada en el género en los albergues, como hizo, por ejemplo, el Gobierno de Haití después del paso de los huracanes Fay, Gustav, Hanna e Ike entre el 18 de agosto y el 8 de septiembre de 2008.

48. Por último, el Representante fue informado de varios casos en que, debido a la falta de medios de subsistencia de los padres después de los desastres, se produjo un aumento de la violencia doméstica contra los niños y de explotación infantil. Además, se le informó del aumento de los matrimonios de niños y de la violencia basada en el género cuando los desastres naturales habían causado la muerte de más mujeres que de hombres.

C. Protección de los derechos relacionados con las necesidades vitales Básicas

49. El Representante observó en general que los gobiernos y la sociedad civil estaban realizando ímprobos esfuerzos para garanti-

zar el acceso a servicios de emergencia muy básicos, incluso cuando se producía repentinamente un desastre inmenso y de gran calado. El Representante encomió los esfuerzos realizados para responder mejor a las emergencias de los desastres en diversos países, entre los que figuraban Honduras, Mozambique y Madagascar. Al mismo tiempo, observó que frecuentemente habían surgido problemas después de la etapa de emergencia en relación con cuestiones que requerían algo más que una respuesta sumamente básica, como las medidas adecuadas en materia de agua y de saneamiento, la adaptación de los albergues para estancias más largas y el suministro de artículos no alimentarios esenciales.

50. Como se ha mencionado³⁶, el principal problema que plantea la prestación de asistencia humanitaria es evitar la discriminación y proporcionar bienes y servicios básicos que se ajusten a lo que requieren las personas con necesidades específicas, como las embarazadas, los lactantes, las personas de edad, las personas con discapacidad o los pueblos indígenas con tradiciones culturales específicas.

D. Protección de otros derechos económicos, sociales y culturales

51. *Educación.* En las situaciones de desastres naturales surgen problemas particulares en relación con el derecho a la educación. A excepción de los albergues utilizados en la región del Golfo después del huracán Katrina, el Representante observó en todos los lugares que visitó que las escuelas se habían convertido en albergues. Aunque eso podía ser una solución durante un período muy breve (unos cuantos días o semanas), en realidad esas situaciones tendían a prolongarse en el tiempo. Hay una necesidad real de proporcionar albergues a los desplazados, si bien el hecho de mantenerlos en escuelas durante períodos prolongados no es la solución adecuada. Eso impide que los niños de las zonas afectadas se reincorporen a la escuela y reanuden así un ritmo de vida normal y protegido. Además, el Representante fue informado de que, en algunas situaciones, los edificios de las escuelas no habían sido rehabilitados

³⁶ Véase *supra*, párr. 32.

después de haber sido utilizados para alojar a desplazados durante períodos de tiempo prolongados, ya que no se habían realizado las necesarias consignaciones presupuestarias.

52. *Protección de los derechos de propiedad y de vivienda.* El Representante observó que la restitución de bienes y pertenencias después de los desastres entrañaba nuevos problemas. La destrucción de viviendas y otras pertenencias privadas es característica de los desastres naturales que se producen de manera repentina. Muchos desplazados internos que se entrevistaron con el Representante durante sus visitas de trabajo aún no habían podido reanudar sus vidas debido a que el marco jurídico y presupuestario era insuficiente para ayudarlos a acceder a nuevas propiedades o a recuperar las antiguas y reconstruirlas. En todos los casos se había prestado una atención escasa o insuficiente al hecho de que las más afectadas eran las personas cuyas escrituras de propiedad habían sido destruidas o carecían de títulos oficiales de propiedad, pero poseían tierras y viviendas sobre la base del derecho consuetudinario o de un uso incontestado durante largo tiempo. La falta de pruebas de la propiedad o la posesión puede constituir un obstáculo al intentar obtener una compensación o ayuda financiera para la reconstrucción de viviendas.

53. Los desplazamientos, se basen o no se basen en una orden de evacuación, no extinguen los derechos de propiedad ni otros derechos sobre la tierra aún cuando se prolonguen en el tiempo. Los desplazados no será objeto de discriminación en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos (Principio Rector 1.1). Por consiguiente, a menos que hayan encontrado una solución duradera en otro lugar, se ha de considerar que los desplazados internos que posean tierras o viviendas sobre la base de un uso incontestado de larga data conservan el derecho a recuperar la posesión una vez que lo permita la situación después del desastre natural.

54. El Representante observó que, en algunas situaciones de desastres naturales, había un porcentaje considerable de personas que aún no habían podido reinstalarse en algún tipo de vivienda permanente varios años después del desastre, pese a la importante

labor de reconstrucción realizada. Además, cuando se proporcionaba asistencia con fines de reconstrucción (en relación con los edificios tanto públicos como privados) no había siempre garantías de que los fondos se utilizarían para sufragar los gastos adicionales que entrañaba reconstruir los edificios de manera que pudieran soportar futuros desastres. Así, en Madagascar las autoridades y los agentes humanitarios señalaron que no contaría con apoyo financiero de los donantes el aumento previsto del 20% del presupuesto para reconstruir escuelas, que también servirían de albergues en la estación de los ciclones, razón por la que había que utilizar material resistente a los ciclones.

55. *Acceso al trabajo y a los medios de subsistencia.* El Representante destacó las mayores deficiencias en lo concerniente a la aplicación de los derechos de acceso al trabajo y a los medios de subsistencia después de los desastres naturales. Según informes de varios países afectados por el *tsunami*, las familias de pescadores, incluidas también las mujeres cabezas de familia, habían sido reasentadas en otros lugares lejos de las zonas costeras y habían acabado en la indigencia, dado que no disponían de alternativas adecuadas para obtener medios de subsistencia en las zonas de reasentamiento. En Honduras, el Representante señaló que, aunque había sido encomiable el modo en que se habían llevado a cabo la reconstrucción y el propio reasentamiento, las personas afectadas aún no disponían de opciones adecuadas para obtener medios de subsistencia y seguían dependiendo de dádivas varios años después del desastre. Antes del huracán Mitch, se podían procurar por sí mismas medios de subsistencia al margen de la asistencia del Estado en calidad de jornaleros, pequeños comerciantes o agricultores de subsistencia. Por otra parte, las autoridades municipales de Houston (Estados Unidos de América) habían tomado medidas dinámicas para integrar a los desplazados de Nueva Orleans en el mercado de trabajo local, proporcionándoles para ello la necesaria información y un asesoramiento individualizado.

56. En cuanto al acceso a la vivienda, la propiedad y la posesión, así como a los medios de subsistencia y al trabajo, el Representante consideró que, en la mayoría de los casos, los problemas

eran causados por un marco jurídico y presupuestario inadecuado y se basaban asimismo en el hecho de que los afectados solían proceder de sectores de la sociedad tradicional o recientemente marginados, de cuya incorporación la sociedad pensaba que podía prescindir sin problemas.

E. Protección de otros derechos civiles y políticos

57. *Documentación.* El Representante observó que, en las situaciones de desastres naturales, existían problemas similares de documentación en relación con los desplazados a causa de un conflicto armado. La falta de disposiciones normativas para reemplazar rápidamente y sin trabas documentos personales, como los certificados de nacimiento u otros documentos de identificación, repercutía en el modo en que las personas podían acceder a los servicios existentes y reconstruir sus vidas. Así, durante su visita a Nueva Orleans, el Representante fue informado por los funcionarios municipales de que existía un retraso respecto de varias decenas de miles de solicitudes de certificados de nacimiento debido a la destrucción de los registros con motivo de las inundaciones posteriores al huracán Katrina. Un ejemplo de cómo abordar debidamente esos problemas se observaba en Sri Lanka, donde, poco tiempo después del *tsunami*, las oficinas regionales de la Comisión de Derechos Humanos de Sri Lanka habían trabajado junto con los funcionarios de la administración local para constituir equipos móviles encargados de tramitar las solicitudes de reemplazo de documentación de los desplazados internos.

58. *Libertad de circulación y reasentamientos.* El Representante observó varios problemas, principalmente en el contexto de los reasentamientos forzosos o en situaciones en que no existían posibilidades de un regreso duradero porque las zonas de regreso ya no parecían adecuadas para que se viviera en ellas. Por ejemplo, en Mozambique el Representante observó que las autoridades habían tomado la iniciativa de reasentar permanentemente a personas que vivían en zonas propensas a inundaciones ubicadas en la cuenca del río Zambezi. No obstante, en algunos casos los lugares de reasentamiento permanente estaban demasiado lejos de las fértiles

tierras bajas de la cuenca fluvial, lo que privaba de medios de subsistencia a las familias afectadas. A falta de actividades alternativas de generación de ingresos, acabaron por regresar a las fértiles tierras bajas una vez que hubo concluido la estación las inundaciones, a pesar de que los servicios de educación y de atención de la salud básica se proporcionaban en los lugares de reasentamiento. Durante visitas anteriores a países, el Representante observó que, en ciertos países afectados por el *tsunami*, se había considerado seriamente la posibilidad de establecer zonas de amortiguación en las regiones costeras en que se prohibiese la construcción de edificios, con el fin de limitar la destrucción y la devastación de futuros desastres de índole similar. No obstante, en algunos países se informó de que esas zonas de alto riesgo se establecían en ocasiones de manera discriminatoria sin una adecuada justificación científica ni de otro tipo y que, por ejemplo, se excluía el regreso de comunidades tradicionales, pero al mismo tiempo se permitía la construcción de instalaciones turísticas.

59. En general, el Representante observa que el establecimiento de lugares de reasentamiento permanente fuera de las zonas de alto riesgo constituye una restricción al derecho de los desplazados internos de decidir libremente sobre su regreso o reasentamiento, tal como se recoge en el Principio Rector 28 1), que procede del derecho a la libertad de circulación y de elección del lugar de residencia. Cuando el reasentamiento permanente se conjuga con la prohibición absoluta de regresar, son de aplicación las disposiciones del artículo 6 2) d) de los Principios Rectores, es decir, la prohibición de regreso ha de venir exigida por la seguridad y la salud de los afectados (véase *supra*)³⁷. Son de aplicación normas similares cuando el Estado impide de hecho el regreso trasladando permanentemente fuera de las zonas afectadas a las instituciones que atienden al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales básicos (agua y saneamiento, escuelas y centros de salud).

³⁷ Véase *supra*, párr. 44, donde se examinan las condiciones concretas que han de cumplirse.

60. El reasentamiento voluntario o forzoso ha de llevarse a cabo de manera imparcial y no discriminatoria, es decir, sopesando todos los aspectos pertinentes, incluidos los factores geográficos, el interés por la protección del medio ambiente y las repercusiones en los medios de subsistencia de los grupos socialmente marginados.

61. Además, el reasentamiento ha de efectuarse de conformidad con el Principio Rector 7. En particular, las autoridades competentes han de asegurarse de que se han examinado todas las alternativas viables para evitar el reasentamiento forzoso y han de consultar debidamente a las comunidades afectadas, recabar su libre consentimiento y respetar su derecho a un recurso eficaz contra las decisiones o los reasentamientos forzosos. Han de esforzarse por lograr la participación de los afectados, particularmente las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento a fin de lograr una solución duradera para tales comunidades. Las personas reasentadas en nuevos lugares de residencia han de tener acceso a medios de subsistencia y oportunidades de generación de ingresos, agua y saneamiento y servicios públicos básicos (educación y salud), al tiempo que han de ser protegidas contra la discriminación por las comunidades locales. La experiencia indica que, aunque se realizan inversiones en la construcción de casas o apartamentos, frecuentemente no se presta suficiente atención al establecimiento de oportunidades para disponer de medios de subsistencia y a la prestación de servicios básicos en los lugares de reasentamiento, lo que resulta necesario para que sean sostenibles los lugares de reasentamiento permanente alejados de las zonas de alto riesgo.

F. Grupos con necesidades concretas

62. El Representante llega a la conclusión de que es sumamente importante realizar un análisis matizado de la situación de la población afectada por lo que respecta a la preparación para casos de desastre y a las actividades reales de respuesta y reconstrucción con objeto de que se respeten los derechos humanos de todos los afectados. Aunque en cierta medida se tiene conocimiento del modo en que los desastres naturales afectan a las mujeres y los niños y

al concretamente ejercicio de sus derechos, aún queda mucho por hacer para lograr que eso se traduzca en una respuesta real.

63. En cuanto a las personas de edad, el Representante observó que sistemáticamente se hacía caso omiso de ellas: como personas con necesidades concretas, pero también en el marco de las funciones activas que realizaban realmente o que podían realizar; como antiguos miembros activos de la sociedad que ya habían “saldado sus cuentas”, tal como manifestaron los residentes de un hogar para ancianos de Houston al Representante durante su visita; o como cuidadores de niños de corta edad, como en el caso de Honduras y de Mozambique.

64. En relación con las personas con discapacidad, el Representante observó que sus necesidades concretas parecían haber quedado sistemáticamente relegadas. Según la Organización Mundial de la Salud, había en el mundo 650 millones de personas con discapacidad³⁸, lo que representaba aproximadamente el 10% de la población mundial. Sin embargo, el Representante observó que había pocas normas o programas que tuvieran en cuenta que un 10% de la población tenía necesidades concretas en relación con la preparación para casos de desastre, la respuesta durante tales desastres o la etapa de reconstrucción posterior. Parecía ser que no se tenía conciencia de que: a) las personas con discapacidad antes del desastre precisaban ser integradas en las medidas de preparación de una manera que se ajustara a sus necesidades; b) un número considerable de personas podían quedar discapacitadas durante el desastre (por ejemplo, cuando un terremoto daba lugar al desmoronamiento de edificios y muchas personas perdían algún miembro como consecuencia de ello). El Representante observa que, aunque la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no ha entrado en vigor hasta hace poco tiempo, su número de signatarios es elevado. En el artículo 11 de la Convención se obliga expresamente a los Estados partes a adoptar “todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas

³⁸ Véase <http://www.who.int/disabilities/en/>.

con discapacidad en situaciones de [...] emergencias humanitarias y desastres naturales”.

65. Los pueblos indígenas resultan particularmente afectados por los desastres naturales vinculados al cambio climático, incluidos los desastres de evolución lenta, como el deshielo del *permafrost*, las transformaciones de la flora y la fauna esenciales para el mantenimiento de estilos de vida tradicionales de los pueblos afectados o la desertificación. Los pueblos indígenas tienen necesidades concretas de protección en sus desplazamientos, dado que también suelen sufrir discriminación basada en su identidad indígena y, en ocasiones, están mal preparados para el cambio radical que entrañan muchos desplazamientos para sus circunstancias vitales, especialmente cuando se trata del paso de un entorno rural a otro urbano. Además, los pueblos indígenas no están frecuentemente integrados en los planes de preparación debido a obstáculos geográficos, lingüísticos o culturales y hay veces en que no se tienen en cuenta los valiosos conocimientos de los indígenas en materia de desastres naturales. Por otra parte, quienes se dedican al pastoreo y los nómadas no suelen ser considerados desplazados, a pesar de que pueden verse obligados a modificar sus rutas ordinarias de migración para huir o evitar los efectos de las sequías, las inundaciones u otros desastres naturales. [...]

La obligación y responsabilidad primarias que incumben al Estado de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos, y los correspondientes derechos de estas personas

Consejo de Derechos Humanos
Informe del Representante del Secretario General
sobre los derechos humanos de los desplazados internos
11 de agosto de 2010 A/65/282

[...] III. SECCIÓN TEMÁTICA: LA OBLIGACIÓN Y RESPONSABILIDAD PRIMARIAS QUE INCUMBEN AL ESTADO DE PROPORCIONAR ASISTENCIA HUMANITARIA A LOS DESPLAZADOS INTERNOS, Y LOS CORRESPONDIENTES DERECHOS DE ESTAS PERSONAS

55. En el último informe que dirigió al Consejo de Derechos Humanos, el Representante enunció las ocho tareas principales que se planteaban actualmente a los Estados, a la comunidad internacional y a los desplazados internos en el ámbito del desplazamiento interno (véase A/HRC/13/21, párrs. 39 a 79). En la presente sección se trata una de esas tareas: la de procurar asistencia humanitaria a los desplazados internos.

56. Según los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción (véase Principios Rectores, párrs. 3 y 25). Esos

principios se fundamentan en los principios internacionales de derechos humanos y en el derecho humanitario internacional y se los reconoce como “un marco internacional importante para la protección de los desplazados internos”⁷.

57. La prestación de asistencia humanitaria⁸ no es un mero acto facultativo de compasión humana. Los desplazados internos (y otras personas afectadas por conflictos o desastres naturales) siguen estando legitimados para ejercer plenamente sus derechos humanos, como el derecho a la vida, a la alimentación, al agua y los servicios de saneamiento, el vestido, la vivienda, la atención médica y la educación; estos derechos, en su conjunto, pueden interpretarse como el derecho a recibir asistencia humanitaria. Además, las autoridades nacionales deben velar, de buena fe, por el disfrute de esos derechos, ya sea obrando directamente o facilitando la prestación de asistencia humanitaria por terceros.

58. Pese a lo anterior, la realidad sobre el terreno presenta un cuadro muy diferente. Con demasiada frecuencia, los desplazados internos no están en condiciones de recibir o procurarse los bienes y servicios esenciales para su bienestar, o ni siquiera para su supervivencia, debido, en la mayoría de los casos, a los abusos o al olvido de que son objeto. Asimismo, disminuye el acceso humanitario que se concede a las entidades internacionales y no gubernamentales, por lo que a la comunidad internacional le resulta cada vez más difícil evaluar y satisfacer las necesidades humanitarias de las poblaciones desplazadas.

59. En ese ámbito, resulta particularmente importante determinar los derechos de los desplazados internos y los consiguientes

⁷ Véase el documento final de la Cumbre Mundial de 2005 y las resoluciones de la Asamblea General 60/1, párr. 132; 62/153, párr. 10, y 64/162, párr. 11, y las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 6/32, párr. 5, y 14/6, párr. 9.

⁸ La asistencia humanitaria comprende todos los bienes y servicios necesarios para la supervivencia y el bienestar elemental de las personas. También comprende los bienes y servicios que prestan las entidades humanitarias para favorecer la recuperación temprana, como la construcción de locales escolares provisionales, la rehabilitación de las redes de abastecimiento de agua potable o la provisión de ganado, semillas y herramientas.

deberes de los Estados, en su condición de responsables. El objeto de la presente sección es exponer la responsabilidad de los Estados⁹ por lo que atañe a la prestación de asistencia humanitaria, examinar los factores que impiden, con más frecuencia, el acceso humanitario y ofrecer algunas recomendaciones sobre el rumbo que hay que seguir.

A. Factores que obstaculizan la asistencia humanitaria

60. Las situaciones en que los desplazados internos no tienen acceso a la asistencia humanitaria necesaria o en que las organizaciones humanitarias tienen problemas de acceso se deben a factores múltiples y complejos.

61. En ocasiones, las autoridades nacionales y otras instancias pueden querer procurar asistencia a sus propios partidarios y “castigar” u olvidar a otros, como a las poblaciones a quienes consideran vinculadas a opositores políticos o militares o a las minorías religiosas o étnicas. En Nepal, solo los desplazados por los maoístas pudieron inscribirse como desplazados internos durante el conflicto armado interno (véase E/CN.4/2006/71/Add.2, párr. 22). En Colombia, el Representante recibió denuncias de que, en el caso de los desplazados internos que se habían inscrito para beneficiarse de la asistencia del Estado, se esperaba que achacaran su desplazamiento a los insurgentes (véase A/HRC/4/38/Add.3, párr. 31). En otros ámbitos, la asistencia humanitaria está sujeta a unas condiciones que obedecen también a fines políticos pero que no guardan relación con las características a población necesitada. Este fue el caso que se produjo cuando, a raíz del conflicto que estalló en agosto de 2008 en la región de Tskhinvali y Osetia del Sur, el personal humanitario de las Naciones Unidas no tuvo acceso a la región, dado que las partes en el conflicto intentaron reivindicar sus respectivas pretensiones sobre el territorio bloqueando, cada una de ellas, las rutas de acceso humanitario que había permitido la parte adversaria¹⁰.

⁹ La cuestión de la responsabilidad de la comunidad internacional y las instancias internacionales requeriría un estudio aparte, que no puede emprenderse en el presente informe, por razones de espacio.

¹⁰ Véase A/HRC/13/21/Add.3, párrs. 33 a 36. Queda por ver si las enmiendas de la Ley de territorios ocupados de Georgia resolverán esos problemas en la práctica. Véase A/64/819, párr. 26.

62. En situaciones de conflicto armado, las autoridades suelen denegar el acceso humanitario también por otras razones. Tal vez no puedan proporcionar seguridad a las organizaciones humanitarias en territorios que no están totalmente en su poder, o temen que los grupos armados no estatales desvíen la ayuda humanitaria para fines militares. Incluso cuando hay acceso, la independencia de los agentes humanitarios puede verse en peligro debido a la adopción de unas estrategias integradas que conjugan intervenciones militares, políticas, de desarrollo y humanitarias destinadas a ganarse el corazón y la adhesión de la población.

63. Una tercera tendencia, que está ligada a las anteriores, es la del incremento de la violencia contra los trabajadores y las operaciones humanitarias. En un estudio se comprobó que el número de secuestros de trabajadores humanitarios se había triplicado sobradamente en el breve período comprendido entre 2006 y 2009¹¹. Pocos secuestradores llegan a comparecer ante la justicia. Además, mientras la violencia contra los trabajadores humanitarios puede ser, en parte, la mera consecuencia de la inseguridad general que reina en Estados débiles o fallidos, en los que ocurren la mayoría de los conflictos y algunas de las peores crisis humanitarias provocadas por desastres, también aumentan los ataques motivados políticamente¹².

64. En los escenarios de conflictos asimétricos, como en el Afganistán, el Iraq y Somalia, los trabajadores humanitarios se han convertido en blanco de los grupos armados no estatales que consideran que esos trabajadores contribuyen a las campañas militares y políticas destinadas a fortalecer a los gobiernos correspondientes. A causa de ello, en ocasiones dichos trabajadores se convierten

¹¹ Abby Stoddard, Adele Harmer y Victoria DiDomenico, "Providing Aid in Insecure Environments: 2009 Update. Trends in violence against aid workers and the operational response". Humanitarian Policy Group, Policy Brief num. 34 (Londres, Instituto de Desarrollo de Ultramar, 2009). Véase también S/2009/277, anexo, párr. 31.

¹² En el mismo estudio del Instituto de Desarrollo de Ultramar se comprobó que el porcentaje de ataques motivados políticamente subió del 29% en 2003 al 49% en 2008.

en blanco estratégico a los ojos de quien pretenda desestabilizar el país. Esos ataques deliberados también afectan a la delincuencia ordinaria, dado que ya no se considera a los trabajadores humanitarios como personas que gozan de protección especial sino como blancos lucrativos. En Somalia, por ejemplo, el Representante se enteró de que los secuestros de trabajadores humanitarios habían sido cometidos por bandas de delincuentes ordinarios que luego habían pedido rescate y que, cuando no lo habían recibido, habían vendido a sus víctimas, por conducto de intermediarios, a grupos armados con un programa político. En el Chad, la ilegalidad que impera en determinadas zonas del país se ha convertido en el obstáculo principal para el acceso humanitario. En otras situaciones, las declaraciones públicas emitidas por dirigentes políticos, que tienen fines políticos y en las que se vilipendia a los trabajadores humanitarios aumentan la vulnerabilidad de estos.

65. Las situaciones generales de inseguridad también plantean otro grave dilema a los agentes humanitarios. Pueden tener que recurrir a instancias militares internacionales, como las misiones de paz, para garantizar la seguridad de los pasillos humanitarios o defender convoyes e instalaciones. Sin embargo, si esas tropas no tienen un mandato neutral o se considera que apoyan a una de las partes en el conflicto, puede que se considere que las organizaciones humanitarias a las que protegen estén demasiado ligadas a ellas, lo que erosionaría la idea de neutralidad e imparcialidad que forma la base de su trabajo y que tradicionalmente las ha protegido de la violencia. El dilema se agrava cuando no hay fuerzas militares con un mando internacional y los agentes humanitarios tienen que recurrir a fuerzas del Gobierno o a empresas privadas de seguridad que, por lo común, no están desvinculadas de la dinámica política local, para que protejan su integridad física. Esto es lo que ocurre actualmente en casi toda Somalia y puede llegar a ser el caso del Chad y de la República Democrática del Congo, si finalmente llegan a retirarse los cascos azules.

66. En los lugares en que reinan las condiciones de seguridad peores, los agentes humanitarios internacionales se ven obligados, cada vez más, a adoptar un método de gestión remota, a distan-

cia de la zona de la crisis. Este tipo de asistencia remota otorga más responsabilidad al personal nacional y a los asociados en la ejecución locales y los pone en mayor peligro¹³. Aunque este planteamiento funcione por períodos breves, presenta problemas a largo plazo en materia de calidad, efectividad y rendición de cuentas (véase S/2009/277, anexo, párr. 39).

B. La obligación de garantizar la prestación de asistencia Humanitaria

67. Esas tendencias preocupantes deben interpretarse contra el trasfondo de la obligación de garantizar la prestación de asistencia humanitaria a los desplazados internos. El punto de partida de todo debate sobre esa obligación debería ser el reconocimiento de que los derechos humanos imponen a los Estados el deber de adoptar medidas positivas para que esos derechos se ejerzan¹⁴. Los derechos sociales y económicos y, sobre todo, el derecho a unas condiciones de vida dignas, que incluyen la alimentación, el vestido, la vivienda y el derecho a la salud y la educación, entrañan unas obligaciones elementales mínimas que los Estados deben cumplir.

68. El Comité de Derechos Sociales y Económicos es de la opinión de que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto [In-

¹³ Según la información recibida por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, en 2009 aproximadamente el 65% de las víctimas de los ataques más graves contra trabajadores humanitarios había sido funcionarios nacionales; en 2008, el porcentaje había sido del 80%.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párrs. 6 a 8. Un ejemplo concreto de ello se ofrece en la Observación General núm. 6 del Comité: Derecho a la vida, párr. 5 (obligación de adoptar medidas positivas, por ejemplo para eliminar la malnutrición y las epidemias).

ternacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”¹⁵. En otros términos, los requisitos elementales mínimos se extienden a los bienes y servicios propios de la asistencia humanitaria.

69. A fin de cumplir esas obligaciones, el Estado debe tomar las medidas necesarias “tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga”¹⁶. Se considera que un Estado ha lesionado el derecho a unas condiciones de vida dignas, a la salud y a la educación cuando las autoridades supieran o debieran haber sabido acerca de las necesidades humanitarias pero no hubieran tomado medidas para atenderlas, como mínimo, en los niveles más elementales que imponen esos derechos. Así pues, las obligaciones de los Estados comprenden la responsabilidad de hacer un seguimiento de esas situaciones preocupantes y evaluar las necesidades correspondientes de buena fe, así como velar por que se satisfagan las necesidades humanitarias, ya sea que las satisfaga el propio Estado por sí mismo o recurra a la asistencia que le presten entidades u organizaciones humanitarias internacionales¹⁷, en la mayor medida que permitan las circunstancias y con la menor demora posible. El Representante considera que, en situaciones de desplazamiento interno, las solicitudes de asistencia humanitaria constituyen un fundamento, *prima facie*, de que se necesita esa asistencia y deben ir seguidas de una evaluación imparcial y participativa que determine la índole y la magnitud de las necesidades.

70. Además, la asistencia humanitaria debe ser adecuada. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la “adecuación” significa que se pongan a disposición de la población unos bienes y servicios humanitarios cuyas cantidad y calidad sean

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General núm. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 10.

¹⁶ Artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁷ Véanse los Principios Rectores 3 y 25, párr. 1. Véase un análisis de los fundamentos jurídicos en Walter Kälin, *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos: Anotaciones* (edición revisada) (Washington, D.C., The American Society of International Law, 2008).

suficientes; que sean asequibles, es decir, que se ofrezcan a todos los necesitados sin discriminación y que estén al alcance de todos, incluidos los grupos vulnerables y marginados, de manera fácil y segura; que sean admisibles, en el sentido de que sean culturalmente apropiados y tengan en cuenta los factores del género y la edad, y que sean adaptables, esto es, que se proporcionen por medios lo suficientemente flexibles como para ajustarlos a las necesidades variables de los beneficiarios¹⁸.

71. Varios Estados han reconocido sus responsabilidades y las han especificado en leyes, políticas, instrucciones administrativas y manuales militares nacionales. Por ejemplo, en la Ley de la República de Indonesia núm. 24 de 2007, de gestión de desastres, se dispone que “toda persona afectada por un desastre estará legitimada para recibir una asistencia que satisfaga sus necesidades elementales”¹⁹. Asimismo, en la Ley de socorro en casos de desastre del Japón se expone, con sumo detalle, qué asistencia deben prestar los gobernadores de las prefecturas²⁰.

72. El deber de proveer de asistencia humanitaria a los desplazados internos también se reconoce en la Convención de Kampala, en la que se exige a los Estados que les presten “en la medida de lo posible y con el menor retraso posible, brindar a los desplazados internos la asistencia humanitaria adecuada que incluye alimentos, agua, vivienda, atención médica y otros servicios de salud, saneamiento, educación y otros servicios sociales necesarios y, en caso necesario, ampliar dicha asistencia a las comunidades locales y de acogida”²¹.

¹⁸ Véase el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 4: El derecho a una vivienda adecuada (art. 11 1) del Pacto), párr. 8, y Observación General núm. 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), párrs. 7 a 13.

¹⁹ Ley de la República de Indonesia núm. 24 de 2007, de gestión de desastres, artículos 1, párr. 1, y 2b, párr. 2.

²⁰ Ley de socorro en casos de desastre, de 1947 (Ley núm. 108), enmendada el 25 de diciembre de 1984, art. 23.

²¹ Artículo 9, párr. 2 b). Véase también el artículo 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

73. En los casos de desastre natural, la Asamblea General ha reconocido dicha obligación y resolvió que “cada Estado t[enía] la obligación primordial y principal de ocuparse de las víctimas de desastres naturales y otras emergencias que se produzcan en su territorio. Por lo tanto corresponde al Estado afectado el papel principal en la iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio”²².

74. Los Estados deben planificar los recursos necesarios para prestar asistencia humanitaria²³. Varios países, como Costa Rica y Madagascar, exigen a todas las autoridades nacionales que reserven partidas presupuestarias para actividades de preparación y de respuesta en caso de desastre. Etiopía ha creado el Fondo Nacional de Prevención y Preparación en Casos de Desastre y la Reserva de Emergencia para la Seguridad Alimentaria. A fin de ejercer sus responsabilidades de garantizar la supervivencia y el bienestar esencial de su población, los gobiernos pueden, y deben, aprovechar también las capacidades complementarias de agentes locales como las sociedades nacionales de la Cruz Roja o la Media Luna Roja, así como de los agentes humanitarios.

75. En las situaciones de conflicto, el derecho humanitario internacional impone obligaciones adicionales de prestación de asistencia humanitaria. Las partes que ocasionen desplazamiento en conflictos internacionales o no internacionales (por ejemplo, despejando una zona para operaciones militares) deben tomar todas las medidas posibles para procurar a los civiles evacuados unas condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salud, seguridad y nutrición²⁴. Las personas que viven en territorios ocupados, los he-

²² Véanse las resoluciones de la Asamblea General 46/182, anexo, párr. 4, y 43/131.

²³ Véase la resolución 62/153 de la Asamblea General, párr. 12; la Convención de Kampala, art. 3, párr. 2 d), y el Acuerdo de Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental, art. 10, párr. 1.

²⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), norma 131. Véase también el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio de Ginebra), art. 49.

ridos y los enfermos, así como los niños, también se benefician de garantías específicas en materia de asistencia humanitaria²⁵. Esas normas humanitarias internacionales no suprimen, sino que complementan, a los principios de derechos humanos, que se siguen aplicando en situaciones de conflicto armado y de ocupación²⁶. Ambos ordenamientos jurídicos deben interpretarse como solidarios entre sí, a fin de ofrecer el mayor grado de protección posible a la persona.

C. La obligación de no denegar consentimiento Arbitrariamente

76. En varias situaciones, sobre todo en crisis de gran escala o de larga duración, los recursos locales pueden ser insuficientes y las autoridades y los agentes locales pueden estar desbordados en lo que respecta a la satisfacción de las necesidades de asistencia humanitaria y protección. En tales situaciones, los Estados tienen que recurrir a proveedores externos complementarios para cumplir su deber de prestar toda la asistencia humanitaria necesaria.

77. Aunque la Asamblea General haya señalado que la asistencia humanitaria “deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado”²⁷, ello no implica que los Estados tengan derecho a negar su consentimiento en todas las circunstancias. Como ya se ha señalado, en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se exige expresamente a los Estados partes que adopten medidas para lograr la efectividad de los derechos humanos también “mediante la asistencia y la cooperación internacionales”. Cada vez se admite más que la obligación de respetar, proteger y lograr la efectividad de los dere-

²⁵ Véase el Cuarto Convenio de Ginebra, arts. 55 y 56; el Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I), art. 69; el Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo Adicional II), arts. 4, párr. 3, y 7, párr. 2.

²⁶ Véase Corte Internacional de Justicia, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (opinión consultiva de 9 de julio de 2004), párr. 106.

²⁷ Véase la resolución 46/182 de la Asamblea General, anexo, Principio Rector 3.

chos humanos incluye la obligación de invitar, aceptar y facilitar la asistencia humanitaria internacional, sobre todo cuando el Estado sea incapaz de atender efectivamente todas las necesidades humanitarias o no esté dispuesto a atenderlas²⁸.

78. En la Convención de Kampala, por ejemplo, se exige a las autoridades nacionales que soliciten asistencia internacional cuando los recursos disponibles sean insuficientes para proteger y asistir a los desplazados internos²⁹. En el Protocolo de los Grandes Lagos se obliga a los Estados a facilitar el acceso y la asistencia a los desplazados internos de manera rápida y expedita (art. 3, párr. 6). En la Ley de desplazados internos de Colombia se reconoce expresamente el derecho de esas personas a la asistencia y el consiguiente derecho de la comunidad internacional a prestar asistencia humanitaria³⁰.

79. En el párrafo 2 del Principio Rector 25 se dispone lo siguiente: “Las organizaciones humanitarias internacionales y otros partícipes competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado como acto inamistoso ni como injerencia en los asuntos internos del Estado y será examinado de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.”

80. Según el citado principio, que de la cuenta de la postura del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y de las organizaciones regionales³¹, los Estados deben ejercer sus derechos soberanos de buena fe y en consonancia con las responsabilidades que

²⁸ Véase el informe del Secretario General A/64/819, párr. 24, y la Observación General núm. 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), párr. 6, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁹ Véase la Convención de Kampala, art. 5, párr. 6; el Protocolo de los Grandes Lagos, art. 3, párr. 10, y la República del Perú, Ley núm. 28232 relativa al desplazamiento interno (2005), art.4, párr. 2.

³⁰ República de Colombia, Ley núm. 387 (1997), art. 2, párr. 1.

³¹ Véase resolución 1894 (2009) del Consejo de Seguridad, en la que se observa con preocupación la magnitud y prevalencia de las limitaciones del acceso de

entraña la soberanía, incluida la obligación de derechos humanos de garantizar la prestación de la asistencia humanitaria necesaria. Asimismo, según el derecho consuetudinario humanitario internacional aplicable en situaciones de conflicto armado internacional o no internacional, las partes en un conflicto “permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna”³².

81. Los Estados pueden rechazar la asistencia que ofrezcan entidades que se nieguen a respetar los principios humanitarios de humanidad, imparcialidad y neutralidad³³, así como de independencia operativa³⁴, o no los respeten en absoluto, cuando presten asistencia humanitaria³⁵. Además, en situaciones de conflicto armado, a los Estados se les permite restringir temporalmente la libertad de circulación del personal de socorro humanitario acreditado en caso de necesidad militar imperativa³⁶.

la asistencia humanitaria y se destaca “la importancia de que todas las partes en los conflictos armados cooperen con el personal humanitario para permitir y facilitar el acceso” a las poblaciones civiles afectadas.

Véanse también las resoluciones del Consejo de Seguridad 688 (1991), 706 (1991), 822 (1993), 853 (1993) y 874 (1993) y otras en que se pide que no se obstaculice el acceso humanitario en determinadas situaciones de conflicto, y las resoluciones de la Asamblea General A/60/L.1, párr. 169, y 62/153, párr. 15. Véase otro análisis en Walter Kälin, *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos: Anotaciones* (edición revisada) (Washington, D.C., The American Society of International Law, 2008).

³² Comité Internacional de la Cruz Roja, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), norma 25.

³³ Véase la definición de esos principios humanitarios en la resolución 46/182 de la Asamblea General.

³⁴ Véase la resolución 58/114 de la Asamblea General, quinto párrafo del preámbulo.

³⁵ Véase el Principio Rector 24, párr. 1. A fin de dar prueba de imparcialidad, muchos agentes humanitarios también insisten en su neutralidad e independencia con respecto a todo Estado o cualquier otro posible agente que no sea neutral.

³⁶ *Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules*, norma 56.

82. Sin embargo, los Estados incumplen sus obligaciones cuando rechazan la asistencia que se les ofrezca sin aducir razón alguna o aduciendo razones basadas en apreciaciones erróneas (por ejemplo, la negación de que haya necesidades humanitarias sin haber realizado una evaluación apropiada). Asimismo, los Estados obran arbitrariamente cuando nieguen el acceso por razones que no sean acordes con sus obligaciones internacionales, por ejemplo cuando rechacen la asistencia que se les ofrece atendiendo a los principios de humanidad, imparcialidad, neutralidad e independencia a pesar de no poder garantizar la asistencia necesaria por otros medios³⁷.

83. Los Estados deben abstenerse de negar el consentimiento selectivamente a las ofertas de asistencia humanitaria, con la intención o el resultado de discriminar a determinado grupo o sección de la población. En el caso de los desplazados internos necesitados, en los principios rectores se prohíbe tal discriminación por motivos, por ejemplo, de raza, sexo, condición jurídica, confesión religiosa, convicciones políticas o de otra índole, o procedencia étnica o social (véase el Principio Rector 4, párr. 1). Ejemplo de ello sería un gobierno que rechazara sistemáticamente ofertas de asistencia humanitaria a las regiones afectadas por la crisis que estuvieran pobladas por grupos étnicos considerados partidarios de la oposición política.

84. En algunas circunstancias, el derecho humanitario internacional prescribe unas obligaciones más rigurosas en materia de concesión de acceso humanitario. Las Potencias ocupantes deben permitir los planes de socorro y no tienen derecho a bloquear una asistencia humanitaria genuina cuando el territorio ocupado o parte de este se halle mal dotado³⁸.

85. Asimismo, los insurgentes, las autoridades de hecho y otros agentes no estatales que controlen parte del territorio no

³⁷ Por esta razón, el Representante expresó su preocupación por la expulsión de 13 organizaciones humanitarias internacionales importantes que trabajaban en la región de Darfur, en el Sudán. Véase el despacho de prensa del Representante de 13 de marzo de 2009, titulado “World is neglecting major international displacement crises”, que se puede consultar en el siguiente sitio web: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Media.aspx?NewsID=8508&LangID=E.

³⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, art. 59, párr. 4.

pueden negar su consentimiento a la prestación de asistencia humanitaria aduciendo que no tienen derechos soberanos sobre el territorio al que vaya destinada la asistencia³⁹. Por tanto, en el párrafo 5 g) del artículo 7 de la Convención de Kampala se prohíbe a los miembros de los grupos armados “impedir la asistencia humanitaria y los envíos de socorros, equipo y personal destinado a los desplazados internos”.

D. La obligación de coordinar y no impedir ni desviar la asistencia humanitaria

86. El derecho de los desplazados internos de solicitar y recibir asistencia, sumado a las responsabilidades que emanan de la soberanía, impone a los Estados el deber de coordinar la asistencia humanitaria, tanto en el seno de las estructuras estatales como entre el Estado y los proveedores complementarios de asistencia humanitaria local o externa⁴⁰. Muchos países han abierto oficinas especiales para esos fines y las más efectivas son las que se sitúan en una posición central, como la Oficina del Primer Ministro⁴¹.

87. Asimismo, las autoridades nacionales y, en el ámbito del derecho humanitario internacional, las partes no estatales en un conflicto, deben conceder y facilitar el paso libre de la asistencia humanitaria y otorgar a las personas que la presten acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos⁴². Ello guarda relación con la obligación de no desviar la asistencia humanitaria con fines políticos o militares (Principio Rector 24, párr. 2). El deber

³⁹ En el párrafo 2 del artículo 18 del Protocolo Adicional II se menciona exclusivamente el consentimiento de la “Alta Parte Contratante”, es decir, el consentimiento del Estado.

⁴⁰ Véase la Convención de Kampala, art. 2 d); el Protocolo de los Grandes Lagos, art. 3, párr. 2, y la Convención Interamericana para facilitar la asistencia en casos de desastre, art. IV.

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Protecting Internally Displaced Persons: A Manual for Law and Policymakers*, nota 2 *supra*.

⁴² Principio Rector 25, párr. 3. Véase también la Convención de Kampala, arts. 3, párr. 1 g), y 7, párr. 5 g); el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949, art. 70, párr. 2, y *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules* (véase nota 32 *supra*), norma 55. Esta obligación también formaba la base de numerosas resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad, como la resolución 1910 (2010), párr. 17.

de no impedir el acceso a la asistencia externa que acepten el Estado y las autoridades locales y a la asistencia humanitaria que proporcione el propio Estado (por ejemplo, en los casos en que haya desacuerdos entre los organismos humanitarios estatales y los cuerpos de seguridad).

88. Hay una tensión entre la necesidad de coordinar la asistencia humanitaria y la de impedir innecesariamente su prestación o agravar la crisis involuntariamente. Pueden brotar discrepancias acerca de la magnitud de las necesidades humanitarias y de la naturaleza, la calidad y la cantidad de la asistencia humanitaria que se necesita para atenderlas. Mediante la realización de evaluaciones conjuntas en las que participen los receptores, los donantes y las autoridades se obtendrán los datos pertinentes sobre lo que es apropiado y necesario. Las consultas con los receptores titulares de derechos en la prestación de asistencia, así como la participación de estos en dicha prestación, deberían ser amplias e inclusivas para evitar la discriminación y garantizar que determinadas personas no se constituyan en “intermediarios” de la asistencia humanitaria.

89. La flexibilidad, el diálogo con las diversas partes interesadas y la voluntad de contraer compromisos pragmáticos pueden ayudar considerablemente a tratar las tensiones. Por ejemplo, unos meses después del terremoto del 12 de enero del presente año, el Gobierno de Haití pidió que se fuera retirando gradualmente la distribución general de ayuda alimentaria gratuita, por temor a que pudiera agravar la dependencia de los receptores y perjudicar a los mercados locales. A raíz de ello, las Naciones Unidas y otros proveedores importantes de asistencia humanitaria accedieron a modificar su enfoque y, por ejemplo, ofrecieron a los receptores titulares de derechos dinero en efectivo o alimentos a cambio de trabajo comunitario (como el de desescombrar), al tiempo que mantuvieron unos programas de ayuda alimentaria gratuita destinada expresamente a los más vulnerables.

90. En otros casos, los Estados no adaptan unos regímenes reglamentarios concebidos para épocas normales a las situaciones de crisis. La población sufre mientras los bienes humanitarios están retenidos en el puerto, a la espera de las autorizaciones aduane-

ras o técnicas. Puede demorarse injustificadamente la llegada de personal esencial, debido a unos requisitos estrictos en materia de visados. La prevención legislativa y los acuerdos escritos entre las autoridades nacionales y los agentes humanitarios permitirán coordinar la asistencia humanitaria sin estorbar su prestación innecesariamente. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico de Guatemala se prevé la creación de equipos móviles especiales para casos de desastre, compuestos por representantes de diversos ministerios y departamentos del Gobierno e investidos de la autoridad sobre la entrada de personas, bienes y equipo, para garantizar, así, la gestión rápida de la asistencia humanitaria internacional². Asimismo, el objetivo de los comunicados conjuntos de las Naciones Unidas y el Gobierno convenidos entre 2004 y 2007 era instituir unos procedimientos de urgencia, a pesar de lo cual ha habido demoras y obstáculos inexplicables en la aplicación de esos acuerdos⁴³.

91. Al Representante le preocupan los casos en que los Estados gravan con impuestos y aranceles aduaneros la asistencia humanitaria internacional. Insiste en que, de hecho, esa asistencia ahorra a los Estados fondos considerables, ya que los ayuda a cumplir su obligación de brindar asistencia humanitaria. Además, dado que los recursos humanitarios mundiales son limitados y nunca bastan para atender todas las necesidades, los impuestos y aranceles que recauda un Estado de la asistencia humanitaria menguan, en la práctica, los recursos que se necesitan para salvar la vida a las personas necesitadas de otros Estados. La asistencia humanitaria debería estar exenta de impuestos y aranceles vinculados directamente con el socorro y la asistencia propios de la etapa inicial de recuperación, por ejemplo del impuesto sobre el valor añadido y de tasas de aduana⁴⁴.

⁴³ Véase S/2009/277, anexo, párr. 10, y S/2010/213, párr. 71.

⁴⁴ Véanse las “Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial” (documento de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja núm. 301C/07/R4, anexo), aprobadas el 30 de noviembre de 2007, en la 30ª Conferencia Internacional de los Movimientos de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (véase el documento núm. 301C/07/R4), Directrices 17 y 21.

E. La obligación de proteger a las personas que participan en la prestación de asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros

92. Las autoridades nacionales y, en el ámbito del derecho humanitario internacional, los grupos armados tienen el deber de respetar y proteger la asistencia humanitaria y a los agentes humanitarios⁴⁵, lo que entraña la obligación de tomar todas las medidas necesarias y razonables para combatir los ataques y otras formas de violencia, por ejemplo la de investigar esos casos de manera diligente y enjuiciar a los responsables.

93. La línea que separa las medidas razonables para proteger las operaciones de asistencia humanitaria y los impedimentos poco razonables que estorban la labor humanitaria puede ser muy delgada en ocasiones. Además, algunos Estados imponen deliberadamente restricciones al acceso para manipular los envíos de asistencia y mantener a raya a una presencia humanitaria incómoda. El Representante considera que las restricciones de seguridad deben tener un fundamento racional y ser objeto de revisiones. Por otra parte, las autoridades nacionales y otros agentes que imponen restricciones deberían entablar un diálogo con los agentes humanitarios para determinar qué medidas causarían menos trastornos a las operaciones humanitarias permitiendo, al mismo tiempo, un grado de seguridad aceptable. El Representante reitera también la importancia que siguen teniendo los principios humanitarios de humanidad, imparcialidad, neutralidad e independencia, a fin de ganarse la aceptación de todas las partes en un conflicto y obtener su consentimiento y sus garantías de paso libre. [...]

⁴⁵ Véase el Principio Rector 26; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 7, párr. 1; *Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules* (véase nota 32 *supra*), normas 31 y 32, y el Protocolo de los Grandes Lagos, art. 3, párr. 7.

Impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento forzado sobre las mujeres. Facetas de género del desplazamiento forzado

Corte Constitucional

Auto 092/08

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 14 de abril de 2008

SINTESIS DE LA PRESENTE DECISION

a. En la presente providencia, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional adopta medidas comprensivas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país y la prevención del impacto de género desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado; tales medidas consisten, en síntesis, en (i) órdenes de creación de trece (13) programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarresten efectivamente los riesgos de género en el conflicto armado y las facetas de género del desplazamiento forzado, (ii) el establecimiento de dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas, (iii) la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientos (600) mujeres desplazadas en el país, y (iv) la comunicación al Fiscal General de la Nación de numerosos relatos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano.

El presupuesto fáctico de esta decisión es el impacto desproporcionado, en terminos cuantitativos y cualitativos, del conflicto armado interno y del desplazamiento forzado sobre las mujeres colombianas. El presupuesto jurídico de esta providencia es el carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las mujeres desplazadas por mandato de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

b. El análisis y la valoración fácticos y jurídicos realizados por la Corte Constitucional se llevaron a cabo en dos ámbitos principales: (1) el campo de la prevención del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres, y (2) el campo de la atención a las mujeres que son víctimas del desplazamiento forzado y la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

c. En el ámbito de la prevención del desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional ha identificado diez (10) riesgos de género en el marco del conflicto armado colombiano, es decir, diez factores de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres por causa de su condición femenina en el marco de la confrontación armada interna colombiana, que no son compartidos por los hombres, y que explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzoso sobre las mujeres. Estos riesgos son: (i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia; (iv) los riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales -voluntarias, accidentales o presuntas- con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados *a posteriori* por los bandos ilegales enemigos; (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o polí-

ticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado; (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional; (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; (viii) el riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales; (ix) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y (x) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento. Luego de valorar jurídicamente estos diez riesgos desde un enfoque de prevención del desplazamiento forzado, la Corte Constitucional ordena en el presente Auto que el Gobierno Nacional adopte e implemente un programa para la prevención de los riesgos de género que causan un impacto desproporcionado del desplazamiento sobre las mujeres, programa que ha de ser diseñado e iniciar su ejecución en un término breve en atención a la gravedad del asunto – a saber, tres meses a partir de la comunicación de la presente providencia.

De igual forma, en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzoso y al identificar los riesgos de género en el conflicto armado colombiano, la Corte hace hincapié en el riesgo de violencia sexual, constatando la gravedad y generalización de la situación de que se ha puesto de presente por diversas vías procesales ante esta Corporación en este sentido, mediante informaciones reiteradas, coherentes y consistentes presentadas por las víctimas o por organizaciones que promueven sus derechos; y explica que los relatos de episodios de violencia sexual contra mujeres sobre los que ha sido alertada incluyen, según informaciones fácticas detalladas que se reseñan en el acápite correspondiente, (a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura -tales como masacres, tomas, pillajes y

destrucciones de poblados-, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley; (b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliares reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad; (c) la violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades; (d) la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley, violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual; (e) el sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual; (f) actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos *de facto* por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del te-

ritorio nacional; (g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (h) casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o (i) amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes.

Las conductas sobre las cuales se han presentado informaciones detalladas a la Corte que se reseñan en el acápite correspondiente, incluirían, de ser ciertos los hechos, dentro de todas las anteriores categorías: violaciones y abusos sexuales individuales y colectivos, torturas sexuales, mutilaciones sexuales y posteriores homicidios de las víctimas, actos atroces de ferocidad y barbarie de contenido sexual, prostitución forzada, esclavización sexual, desnudez pública forzada, humillación sexual individual y colectiva, sometimiento a violencia sexual como medio para obtener información, o amenazas de violencia sexual, así como el sometimiento de las víctimas a prácticas crueles, inhumanas y degradantes tales como bailes, desfiles, entretenimientos o acompañamientos forzados para complacer a los miembros de los grupos armados, y actos de sevicia cometidos públicamente contra sus cuerpos o cadáveres, a lo largo de todo el país y contra cientos de mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores pertenecientes a la población civil. Algunos de estos crímenes se han cometido en forma aislada, otros con distintos grados de frecuencia, asunto que compete determinar a las autoridades competentes para realizar las investigaciones penales de rigor.

La Corte Constitucional no es competente para verificar fácilmente ni valorar jurídicamente desde la perspectiva penal la ocurrencia de estos crímenes. Sin embargo, al constatar -en virtud de informaciones reiteradas y consistentes que ha recibido- que se trata de un fenómeno cuyas dimensiones no se han valorado en su plena extensión hasta el momento, la Corte comunicará las denuncias de cientos de casos de crímenes sexuales recientes al Fiscal

General de la Nación, para lo de su competencia, y solicitará a la Procuraduría General de la Nación que supervigile el avance de las investigaciones y procesos penales a los que haya lugar.

Advierte la Sala que el traslado a la Fiscalía y la comunicación a la Procuraduría obedece a la necesidad de que los órganos competentes establezcan si se cometieron las conductas de las que se ha informado a la Corte, y cuáles fueron sus autores o partícipes. Al hacer dicho traslado, la Corte no está concluyendo que la Fiscalía no haya adelantado funciones de investigación para superar la impunidad. Además, tales investigaciones pueden haberse desarrollado en el marco de procesos relativos a otros actores violentos, como organizaciones de narcotraficantes, bandas urbanas o rurales de delincuentes y otras manifestaciones de criminal organizada. Por otra parte, la Corte no se refiere al lapso posterior a la desmovilización de grupos armados ilegales, ni a la incidencia que ello pueda tener. Es de esperar que si dicha desmovilización culmina plenamente, ello contribuya a prevenir la realización futura de estos actos.

d. En el ámbito de la atención a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado y de la protección de sus derechos, la Corte Constitucional ha identificado dieciocho (18) facetas de género del desplazamiento forzado, es decir, aspectos del desplazamiento que impactan de manera diferencial, específica y agudizada a las mujeres, por causa de su condición femenina en el marco del conflicto armado colombiano. Estas dieciocho facetas de género del desplazamiento incluyen tanto (1) patrones de violencia y discriminación de género de índole estructural en la sociedad colombiana, preexistentes al desplazamiento pero que se ven potenciados y degenerados por el mismo, impactando en forma más aguda a las mujeres desplazadas, como (2) problemas específicos de las mujeres desplazadas, producto de la conjunción de los factores de vulnerabilidad que soportan, y que no afectan ni a las mujeres no desplazadas, ni a los hombres desplazados. En la categoría (1) se cuentan los riesgos acentuados de las mujeres desplazadas de ser víctimas de patrones estructurales de violencia y discriminación de género tales como (i) la violencia y el abuso sexuales, incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas

con fines de explotación sexual; (ii) la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género; (iii) el desconocimiento y vulneración de su derecho a la salud y especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos a todo nivel, con particular gravedad en el caso de las niñas y adolescentes pero también de las mujeres gestantes y lactantes; (iv) la asunción del rol de jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana, con especiales complicaciones en casos de mujeres con niños pequeños, mujeres con problemas de salud, mujeres con discapacidad o adultas mayores; (v) obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo; (vi) obstáculos agravados en la inserción al sistema económico y en el acceso a oportunidades laborales y productivas; (vii) la explotación doméstica y laboral, incluida la trata de personas con fines de explotación económica; (viii) obstáculos agravados en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación; (ix) los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas; (x) la violencia contra las mujeres líderes o que adquieren visibilidad pública por sus labores de promoción social, cívica o de los derechos humanos; (xi) la discriminación en su inserción a espacios públicos y políticos, con impacto especial sobre su derecho a la participación; y (xii) el desconocimiento frontal de sus derechos como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. La categoría (2) incluye (xiii) los especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas, que se han visto gravemente insatisfechos; (xiv) problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización; (xv) problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada; (xvi) una alta frecuencia de funcionarios no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación; (xvii) el enfoque a menudo “familista” del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de un altísimo

número de mujeres desplazadas que no son cabezas de familia; y (xviii) la reticencia estructural del sistema de atención a otorgar la prórroga de la Atención Humanitaria de Emergencia a las mujeres que llenan las condiciones para recibirla. Luego de valorar constitucionalmente cada una de estas facetas de género y explicar su incidencia sobre el disfrute de los derechos fundamentales de las mujeres afectadas, la Corte imparte las medidas de protección a las que necesariamente debe haber lugar, consistentes en ordenar la creación de doce programas específicos por parte del Gobierno Nacional orientados a resolver estas facetas de género del desplazamiento forzado, dentro de un término breve dada la gravísima magnitud de la situación – a saber, tres (3) meses después de la comunicación de la presente providencia.

e. Finalmente, en respuesta a la situación concreta y particular de seiscientas (600) mujeres desplazadas por la violencia en diversos lugares del país que ha sido puesta de presente por diversas vías ante esta Corporación, la Corte Constitucional impartirá las correspondientes órdenes individuales de protección para cada uno de sus casos específicos, y ordenará que, además de recibir la atención general a la que tiene derecho cualquier persona desplazada, sean vinculadas a los programas relevantes que se habrán de crear en respuesta a las facetas de género del desplazamiento interno, que resulten pertinentes para su situación personal y familiar.

f. Dada la magnitud de las violaciones de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas que han sido demostradas ante la Corte Constitucional y el carácter estructural de los problemas que han de resolverse, la Sala instará en esta providencia al mayor nivel posible de participación por parte de las organizaciones nacionales e internacionales que promueven los derechos de las mujeres desplazadas por la violencia en el país, en el proceso de diseño e implementación de los trece programas que se ordena establecer mediante el presente Auto, y en el seguimiento individual de la situación de cada una de las seiscientas beneficiarias de las órdenes concretas de protección que más adelante se impartirán.

[...] IV. IMPACTO DESPROPORCIONADO Y DIFERENCIAL DEL
DESPLAZAMIENTO FORZADO SOBRE LAS MUJERES.
FACETAS DE GENERO DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO.

Como consecuencia del impacto diferencial y agudizado del conflicto armado colombiano sobre las mujeres, éstas se han visto afectadas en forma manifiestamente *desproporcionada* por el desplazamiento forzado, en términos cuantitativos y cualitativos – es decir, con relación tanto al número de personas desplazadas que son mujeres, como a la profundidad y a la naturaleza diferencial con la que el desplazamiento forzado obstruye o impide el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres afectadas. Al impacto de género diferencial y agudizado del conflicto armado colombiano, se suma el hecho de que las mujeres se encuentran en condiciones de entrada desfavorables para asumir las durezas del desplazamiento forzado, dada su posición estructural marginada y su exposición a todo tipo de violencias. Este factor también explica, como común denominador, las distintas manifestaciones del impacto cualitativamente desproporcionado del desplazamiento sobre las mujeres.

*IV.A. Desproporción cuantitativa en el
impacto de género del desplazamiento forzado*

Numerosas entidades nacionales –públicas y privadas-, así como múltiples organismos internacionales de derechos humanos, han resaltado de manera constante que el desplazamiento forzado en Colombia impacta con especial severidad a las mujeres, quienes representan una proporción numérica excesiva del total de personas desplazadas en el país. Si bien –como es sabido y ha sido resaltado anteriormente por esta Corporación- existen serias discrepancias en cuanto a la medición cuantitativa del fenómeno del desplazamiento interno en el país, especialmente entre los sistemas oficiales y extraoficiales de registro, la mayoría de las fuentes de la información disponible coinciden en el hecho incontrovertible de que la proporción de mujeres, niñas y adolescentes frente al total de la población desplazada es alarmante.

En efecto, unos y otros sistemas están de acuerdo en que (i) las mujeres representan aproximadamente la mitad de la población

desplazada, (ii) entre el treinta y el cuarenta por ciento adicional está constituido por niños y niñas, y (iii) aproximadamente cuatro de cada diez hogares desplazados tienen a una mujer como cabeza monoparental y única proveedora, en un número significativamente alto de casos con hijos menores de 18 años a su cargo. Así lo han confirmado, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer y diversas organizaciones nacionales e internacionales promotoras de los derechos humanos de la población desplazada; tales apreciaciones también coinciden con las cifras gubernamentales sobre desplazamiento forzado.

De acuerdo con los datos más recientes presentados por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, en su informe de febrero de 2008 basado en la Encuesta Nacional de Verificación, *“del total de la población desplazada incluida en el RUPD, el 54.0% son mujeres y el 46.0% hombres, lo que acentúa el nivel mayoritario de las mujeres en comparación con la distribución promedio de la población colombiana: 51.2% son mujeres y el 48.8% hombres”*.

IV.B. Desproporción cualitativa en el impacto de género del desplazamiento forzado: facetas de género del desplazamiento.

El impacto cualitativamente desproporcionado del desplazamiento interno sobre las mujeres y el ejercicio de sus derechos fundamentales se manifiesta en las numerosas *facetas de género* del desplazamiento forzado. Las facetas de género del desplazamiento sobre las cuales se ha alertado a la Sala se pueden agrupar en dos categorías principales: (1) los patrones estructurales de violencia y discriminación de género que de por sí están presentes en la sociedad colombiana y se ven intensificados exponencialmente tanto por (a) las condiciones de vida de las mujeres desplazadas, como por (b) el impacto diferencial y agravado de los problemas del sistema oficial de atención a la población desplazada sobre las mujeres, y (2) los problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas como tales, que no son experimentados ni por las mujeres no desplazadas, ni por los hombres desplazados.

IV.B.1. Patrones estructurales de violencia y discriminación de género presentes en la sociedad colombiana e intensificados por el desplazamiento.

Se ha demostrado ante la Sala que los problemas generales que experimentan las mujeres por su condición de género en una sociedad con las características de la colombiana, se ven seriamente magnificados por el hecho del desplazamiento forzado, lo cual a su turno genera una exposición y una vulnerabilidad inusualmente altas de las mujeres desplazadas a peligros de toda índole. Esta mayor exposición a graves riesgos para el cabal ejercicio de sus derechos fundamentales, se deriva tanto de (a) las precarias y a menudo extremas condiciones materiales de vida a las que se ven expuestas las mujeres desplazadas, como de (b) los problemas propios del sistema oficial de atención a la población desplazada por la violencia, que impactan en forma diferencial y agravada a las mujeres, como se procederá a explicar. El impacto agravado de los factores estructurales de violencia, discriminación y exclusión de género preexistentes en la sociedad colombiana sobre las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas, constituye una de las manifestaciones más preocupantes de la violencia contra la mujer en el contexto del conflicto armado que se desenvuelve en el país, y deben ser objeto de las medidas más enérgicas de protección, prevención, restablecimiento y promoción de los derechos fundamentales afectados por parte de las autoridades colombianas, incluida la Corte Constitucional.

En efecto, ante la Sala ha sido probado con detalle que las mujeres desplazadas sufren un impacto agravado y especialmente profundo de los siguientes patrones estructurales de violencia y discriminación de género de la sociedad colombiana: (1) la violencia y el abuso sexuales, incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual; (2) la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género; (3) el desconocimiento y vulneración de su derecho a la salud y especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos a todo nivel, con particular gravedad en el caso de las niñas y adolescentes pero también de las mujeres gestantes y lactantes; (4)

la jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana, con especiales complicaciones en casos de mujeres con niños pequeños, mujeres con problemas de salud, mujeres con discapacidad o adultas mayores; (5) obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo; (6) obstáculos agravados en la inserción al sistema económico y en el acceso a oportunidades laborales y productivas; (7) la explotación doméstica y laboral, incluida la trata de personas con fines de explotación económica; (8) obstáculos agravados en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación; (9) los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas; (10) la violencia contra las mujeres líderes o que adquieren visibilidad pública por sus labores de promoción social, cívica o de los derechos humanos; (11) la discriminación en su inserción a espacios públicos y políticos, con impacto especial sobre su derecho a la participación; y (12) el desconocimiento frontal de sus derechos como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad y la reparación. [...]

IV.B.2. Problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas.

Existen problemas y necesidades específicos de las mujeres desplazadas como tal, derivados (i) de la conjunción de sus condiciones de género y de desplazamiento forzado, que no son experimentados ni por las mujeres no desplazadas, ni por los hombres desplazados, o (ii) de su posición como mujeres frente al sistema de atención a la población desplazada o frente a las comunidades receptoras.

La Sala ha sido alertada sobre seis tipos de problemas específicos de las mujeres desplazadas, a saber: (1) los especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas, que se han visto gravemente insatisfechos; (2) problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización; (3) problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada; (4) una alta frecuencia de funcionarios

no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación; (5) el enfoque a menudo “familiarista” del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de un altísimo número de mujeres desplazadas que no son cabezas de familia; y (6) la reticencia estructural del sistema a otorgar la prórroga de la Ayuda Humanitaria de Emergencia a las mujeres cabeza de familia o vulnerables que, por sus especiales condiciones de debilidad, tienen derecho a la misma.

IV.B.2.1. Especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial, que se han visto gravemente insatisfechos.

Las mujeres víctimas del conflicto armado que se han visto forzadas a desplazarse, en una alta proporción de los casos desde áreas rurales o marginales del país, además de (1) verse abocadas a situaciones de pobreza y marginación económica en los sitios de recepción, entre otras por haber dejado atrás tanto sus propiedades como sus trabajos, medios de subsistencia y proyectos de vida con ocasión del desplazamiento, (2) deben afrontar a nivel emocional y psicológico tanto (i) el dolor y los traumas derivados de haber sufrido los diversos actos de violencia a los que están expuestas -muchas veces sobre su propia persona, otras veces contra sus familiares cercanos, allegados o conocidos, a menudo en su presencia-, como (ii) los efectos psicosociales derivados de la pérdida de sus estructuras familiares y la ruptura de sus redes comunitarias de sustento, seguridad y protección, de los cambios abruptos en sus responsabilidades y roles familiares como nuevas proveedoras de familias transformadas en monoparentales, así como de los cambios en su lugar geográfico de residencia, y de la erosión de sus factores de identidad personal, y (iii) las angustias y preocupaciones propias de la necesidad de ubicarse y reconstruir sus proyectos vitales y sus medios de subsistencia, en espacios ajenos, a menudo urbanos, que les resultan por completo desconocidos, y en los que no cuentan con redes de apoyo social o económico para sí ni para sus familiares. La precaria situación psicológica derivada de estas circunstancias contribuye a potenciar la situación de mayor vulnerabilidad de las mujeres desplazadas, ya que los diversos traumas

psicológicos que deben enfrentar se transforman en un obstáculo para el adecuado restablecimiento de sus derechos y su reintegración al medio social receptor. En forma simultánea, las necesidades materiales inmediatas suyas y de sus familias obligan a las mujeres desplazadas a postponer la elaboración del duelo necesario para la superación de los distintos traumas psicológicos, la incertidumbre, el temor, la inseguridad y la violencia derivados de su situación, y según explica Amnistía Internacional, les llevan a *“construir una identidad desde la fragilidad y vulnerabilidad: fijada en el miedo y ante el terror del ataque al cuerpo, la sexualidad, la maternidad, hacia sus hogares a través de la amenaza de perder a sus hijos y provocar la separación de las familias. Limitando sus posibilidades para identificar los recursos disponibles y la fortaleza necesarias, que les permitan denunciar y reparar lo vivido.”*

Este es un problema específico de las mujeres desplazadas, en la medida en que el impacto del desplazamiento forzado sobre los hombres surte efectos diferentes sobre su estabilidad psicológica y emocional, principalmente por su mayor preparación social y cultural para la autonomía, la independencia y movilidad en términos económicos y geográficos, así como por sus niveles tradicionalmente mayores de preparación para afrontar los espacios públicos de producción económica y participación social. Según se explica en el Balance de ACNUR, *“las víctimas del desplazamiento interno que más han sufrido la pérdida de su identidad, incluso más que los hombres, son las campesinas tradicionales, en particular las que han quedado viudas debido a la violencia. Pese a su dolor, estas mujeres han salvaguardado la supervivencia física de la familia y han construido una nueva identidad social en un entorno urbano desconocido y hostil. Los hombres desplazados, por el contrario, tienen una mayor movilidad geográfica y más experiencia social y política, por lo que su ruptura con el entorno social y rural es más firme. Los hombres experimentan los efectos del desplazamiento mediante el desempleo que les priva de la función de sostén económico.”* En igual sentido, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) explica que *“por fuerza de las circunstancias, las mujeres desplazadas han tenido que asumir la responsabilidad del sostenimiento económico de sus familias, aprender a conocer y desem-*

*peñarse en el mundo de lo público cuando tienen que acudir a las diversas agencias estatales y privadas para gestionar la asistencia humanitaria consignada en la legislación referida al desplazamiento forzado interno, a participar en diversas organizaciones para reclamar sus derechos y a manejar referentes espacio-culturales diferentes y complejos con relación a aquellos de su lugar de origen.”^{1*2} Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que “para las mujeres y niñas, el desplazamiento implica un cambio radical, traumático y repentino de estructura familiar, geografía, cultura, comunidad y condición socioeconómica, así como posible exposición a amenazas, violencia y discriminación por parte de los actores del conflicto que causaron el desplazamiento o de las poblaciones receptoras.”*

A pesar de existir una clara necesidad de apoyo estatal en materia psicosocial, derivada del impacto sobre la salud mental de la múltiple violación de los derechos de las mujeres desplazadas antes, durante y después del proceso de desplazamiento forzado, no se ha informado a la Corte Constitucional sobre la asignación de un lugar de la mayor prioridad a este cometido a nivel de las autoridades que forman parte del SNAIPD. Ante esta Corporación se ha demostrado por numerosas fuentes que las mujeres desplazadas por la violencia requieren, en forma urgente, oportuna e idónea, atención y acompañamiento psicosocial para superar los diversos traumas inherentes a su situación, reconstruir sus proyectos de vida, cumplir con sus frecuentes obligaciones como proveedoras de núcleos familiares, y adaptarse e integrarse a su nuevo entorno. Tal y como lo sintetiza el Informe de la Mesa Mujer y Desplazamiento, “como efecto del desplazamiento, las mujeres también se ven expuestas a graves traumas generados por la cadena de hechos violentos que ocasionaron su desplazamiento forzado, por haber sido víctimas de abusos sexuales, por la pérdida de sus seres queridos, y por la ruptura de los lazos culturales y familiares. Sin embargo, no se han adoptado las

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer: “Las Mujeres Colombianas en Busca de la Paz: Una aproximación a sus iniciativas y propuestas”, 2004, p. 24.

medidas necesarias para asegurar una oportuna atención psicosocial que favorezca el proceso de adaptación e integración de las mujeres en situación de desplazamiento a un nuevo entorno."

De especial preocupación resulta el hecho de que las adolescentes y niñas desplazadas por la violencia, víctimas a su vez de las violaciones más graves de sus derechos constitucionales preexistentes, tampoco han sido amparadas por programas estatales de atención y acompañamiento psicosocial para superar los graves impactos de su situación sobre su proceso de desarrollo psicoafectivo.

También es consternante que las mujeres indígenas y afrocolombianas desplazadas, quienes son víctimas de una sucesión adicional de violencias, injusticias y discriminaciones en virtud de sus condiciones étnicas y socioeconómicas, así como de las dificultades adaptativas adicionales derivadas de su diversidad sociocultural, no han sido objeto de programas estatales específicos de acompañamiento psicosocial que incorporen el enfoque diferencial exigido por su condición de sujetos de protección constitucional reforzada, a la luz de lo dispuesto por el Decreto 250 de 2005, que exige que el apoyo psicosocial se brinde en concordancia con las características poblacionales de género, edad y etnia de las personas beneficiarias.

IV.B.2.2. Problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización.

En los casos en que se produce una desintegración del núcleo familiar, las mujeres y los niños a menudo resultan desprotegidos, en la medida en que se ha informado a la Corte sobre múltiples casos en los que el hombre que quedó registrado como cabeza de familia, que se ha separado de su mujer e hijos y demás personas incluidas en tal núcleo, reclama las ayudas bien sea para sí o para desviarlas a otros núcleos familiares, y luego las mujeres y menores de edad originalmente registrados con él pero separados de hecho, pierden el derecho a reclamar nuevamente los beneficios que requieren para ejercer sus derechos constitucionales. En forma directamente relacionada con este problema, se ha informado a la

Sala sobre la existencia de serios obstáculos de hecho para efectuar modificaciones en el Registro inicial del núcleo familiar, a pesar de que de hecho se haya presentado una ruptura o reestructuración de la familia correspondiente.

La dificultad en acceder al sistema de registro también se deriva del desconocimiento de los requisitos para ello, así como de frecuentes casos de temor a posibles represalias por parte de sus victimarios.

El proceso de caracterización es insensible a las diversas facetas de género del desplazamiento forzado. Las indicaciones que provee sobre asuntos de género son insuficientes, y se limitan a datos básicos.

La orientación suministrada por los funcionarios encargados de procesar la declaración es insuficiente, y no tiene en cuenta su precaria situación psicológica y social. Según se explica ante la Corte, *“el proceso de toma de declaración es un componente fundamental para avanzar en la garantía de los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento, especialmente para el reconocimiento de su derecho a la personalidad jurídica. De la orientación que brinden los funcionarios encargados de la toma de la declaración depende i) el suministro completo y detallado de la información que –bajo el principio de confidencialidad– permitirá la inclusión del declarante y su núcleo familiar en el Sistema Unico de Registro previa la oportuna y seria valoración de la declaración, ii) la identificación de los requerimientos y necesidades particulares de protección y atención en aspectos tan relevantes como la violencia sexual de la que en particular han sido víctimas las mujeres, y iii) la correspondencia entre el núcleo familiar incluido en el SUR y el número real y características de los miembros que conforman el hogar del declarante. // Este último aspecto resulta trascendental, relacionado particularmente con las garantías de los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento forzado. Es muy frecuente que por falta de orientación, la persona que presenta la declaración incluya bajo la misma a todos los miembros de la familia que se desplazaron con ocasión de los mismos hechos, así estos no formen parte del núcleo familiar del declarante, y en muchos casos conformen núcleos familiares independientes. Cuando esto sucede, la oferta institucional en materia de atención humanitaria*

de emergencia, vivienda, proyectos productivos, etc., se entrega al declarante y no tiene en cuenta que en la declaración se haya registrado más de un núcleo familiar”.

Finalmente, se ha reportado sobre la ocurrencia de casos en los que las mujeres no pueden acceder al sistema de registro por no llevar consigo sus documentos de identificación. Las tasas de indocumentación femenina del país, especialmente a nivel rural, así como el hecho de que con ocasión del desplazamiento es frecuente dejar atrás los documentos de identidad, exigen que los funcionarios encargados del Registro se abstengan de requerir la presentación de la cédula o de otro documento de identificación para proceder a la inclusión de una mujer desplazada y su núcleo familiar en el sistema.

IV.B.2.3. Problemas de accesibilidad al sistema de atención a la población desplazada.

Una significativa proporción de las mujeres desplazadas es analfabeta, lo cual constituye de entrada un obstáculo para su acceso al sistema de atención a la población desplazada, empezando por las dificultades para acceder a la información sobre sus derechos que es suministrada por las autoridades y organizaciones que trabajan en el área, cuando ésta se encuentra en formato escrito.

En forma semejante, la falta de documentos de identidad, de registros civiles y de títulos que acrediten su propiedad se transforma en la práctica en un grave obstáculo de acceso por las mujeres a los distintos componentes del sistema de atención a la población desplazada, así como a la presentación de denuncias sobre los delitos de los que han sido víctimas. Tal y como lo explica la Relatora de las Naciones Unidas, *“las mujeres, en particular las de las zonas rurales, no tienen muy fácil el acceso a la documentación personal o a los registros. En consecuencia tropiezan con más dificultades para conseguir las escrituras de tierras, préstamos, viviendas y servicios de salud y educación. El problema se agrava para las mujeres indígenas o de ascendencia africana debido a las barreras culturales que acentúan la desigualdad.”*

Por otra parte, las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, al llegar a entornos usualmente urbanos y desconocidos, ca-

recen de las competencias, habilidades y conocimientos necesarios para adelantar trámites ante el Estado, que exigen –entre otras- información precisa sobre las autoridades a quienes acudir y su lugar de ubicación, la capacidad de llenar formatos y formularios, etc. Tal y como se explica ante la Corte, *“merecen especial consideración las mujeres en situación de desplazamiento en tanto que se ven expuestas a múltiples limitaciones. En primer lugar, se encuentran frente a un nuevo entorno en la zona receptora que les impone un ambiente institucional –la mayoría de las veces hostil- que las requiere en competencias y habilidades que generalmente no poseen en razón de sus bajos niveles de escolaridad y de su procedencia rural. Para acceder a las instancias institucionales, las mujeres en situación de desplazamiento deben ‘surtir una serie de procedimientos que implican informarse acerca de horarios, direcciones, entidades y funcionarios, diligenciar formularios, elaborar comunicaciones y elevar peticiones, entre muchos otros’ (...).”* Por carecer de estos conocimientos y habilidades, una alta proporción de las mujeres desplazadas deja de acudir a las autoridades para hacer efectivos sus derechos constitucionales; tal y como se indica en la Encuesta de Profamilia, un 20% de las mujeres desplazadas no quiere denunciar su situación o no sabe cómo hacerlo, y de este 20%, el 56% no sabe a dónde acudir.

IV.B.2.4. Una alta frecuencia de funcionarios no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación.

Las mujeres desplazadas reportan una alta incidencia de funcionarios del SNAIPD que, por carecer de entrenamiento y preparación frente a su situación de género, cometen frecuentes atropellos o simplemente no son sensibles a los distintos problemas específicos que las aquejan.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que según indican distintas organizaciones, para las mujeres desplazadas es más fácil comunicarse con mujeres y narrarles a éstas su situación.

IV.B.2.5. El enfoque a menudo “familista” del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de un altísimo número de mujeres que no son cabeza de familia.

El apoyo oficial se ha centrado en asistencia a mujeres gestantes y lactantes, y a mujeres cabezas de familia. Es importante que estos grupos de mujeres reciban atención especial diferenciada del Estado, pero ello no puede conllevar, como de hecho sucede, que las mujeres desplazadas que no son madres o jefas de hogar resulten, de hecho, desprotegidas por el sistema oficial de atención. En este sentido, el enfoque primordialmente centrado en las madres o mujeres cabeza de familia deviene en un obstáculo institucional para las mujeres desplazadas que no tienen dicha condición.

No existen, por ejemplo, programas para la prestación de AHE a mujeres que no son cabeza de familia, o que pierden esta condición por eventuales rupturas familiares.

IV.B.2.6. La reticencia estructural del sistema a otorgar la prórroga de la Ayuda Humanitaria de Emergencia *a las mujeres cabeza de familia o vulnerables que, por sus especiales condiciones de debilidad, tienen derecho a la misma (de conformidad con la doctrina sentada en la sentencia C-287 de 2007)*.

IV.B.3. Respuesta estatal a las facetas de género del desplazamiento interno. [...]

IV.B.4. Valoración constitucional de las facetas de género del desplazamiento interno y de la respuesta estatal a las mismas.

IV.B.4.1. Las dieciocho facetas de género del desplazamiento forzado, tanto individualmente como en su interacción recíproca, constituyen violaciones graves y continuas de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto que deben soportarlas. Este cuadro de desconocimiento masivo de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas, que son –como se indicó– sujetos de protección constitucional reforzada en virtud de múltiples mandatos constitucionales y obligaciones internacionales del Estado colombiano, constituye un detonante fáctico de suficiente gravedad como para justificar la adopción de medidas de protección enérgicas por el juez constitucional.

IV.B.4.2. En términos específicos, cada una de las facetas de género del desplazamiento forzado se erige sobre el desconocimiento manifiesto de varios derechos constitucionales fundamentales, y activa obligaciones de prevención y protección por parte de las autoridades estatales, cuyo cumplimiento inmediato se ordenará mediante la presente providencia. A continuación, la Corte señalará brevemente cuáles son los mandatos constitucionales e internacionales que son vulnerados por las facetas de género del desplazamiento forzado, y las obligaciones estatales correlativas. Son estos mandatos constitucionales e internacionales los que establecen, a su vez, el estándar mínimo de satisfacción de los derechos fundamentales afectados al cual habrán de referirse las autoridades nacionales en cumplimiento de lo ordenado en el Auto presente.

IV.B.4.2.1. La mayor exposición de las mujeres desplazadas a la violencia y el abuso sexuales -incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual- constituye una violación de los derechos fundamentales y de las diversas obligaciones del Estado colombiano señaladas en el acápite III.4.6., en el cual se valoró jurídicamente la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado. Por tratarse de delitos cometidos contra víctimas del conflicto armado -como lo son las mujeres desplazadas-, los actos de este tipo constituyen una especie, post-desplazamiento, del mismo género de violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

La violencia sexual contra las mujeres desplazadas está expresamente proscrita en el Principio Rector No. 11, que al proteger los derechos a la dignidad y a la integridad física, mental y moral de las personas desplazadas, dispone que los desplazados internos serán protegidos en particular contra *“la violación, la mutilación, la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros ultrajes a su dignidad personal, como los actos de violencia contra la mujer, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque a la libertad sexual”*, así como contra *“los actos de violencia destinados a sembrar el terror entre los desplazados internos”*. Por su parte, el Principio 10 protege el derecho a la vida de las personas desplazadas, y ordena proteger a éstas con especial atención contra el homicidio, las ejecuciones sumarias

o arbitrarias y las desapariciones forzadas, delitos que en un alto número de casos son concomitantes a los actos de violencia sexual contra las mujeres desplazadas, o resultan como consecuencia de los mismos. Finalmente, el Principio 19 establece que *“se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole”*; también dispone este Principio que deberá prestarse atención a *“la prevención de enfermedades contagiosas e infecciosas, incluido el SIDA, entre los desplazados internos”*.

Debe resaltarse a este respecto que, según se explicó en la sentencia T-025/04, entre los derechos mínimos de las personas desplazadas por la violencia que *“integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado”* se incluyen varios que resultan directamente lesionados por la violencia sexual ejercida contra las mujeres desplazadas: el derecho a la vida (art. 11, C.P.), los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (art. 12, C.P.) y el derecho a la salud (art. 49 C.P.), *“cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19”*, siempre dando aplicación a los mandatos prevalecientes de los artículos 44 y 50 de la Constitución en los casos de niñas y adolescentes.

Las obligaciones constitucionales e internacionales de las autoridades colombianas frente a esta faceta de género del desplazamiento forzado son, pues, claras, y le obligan a adoptar medidas positivas y enfáticas en los ámbitos del respeto, la prevención y la protección de los derechos lesionados por su ocurrencia.

IV.B.4.2.2. La mayor exposición de las mujeres desplazadas a la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género, es una violación de los derechos y obligaciones constitucionales e internacionales que se reseñaron en el acápite III.4. precedente, por tratarse de manifestaciones específicas de la violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado. Debe recordarse también que estas formas de violencia de género constituyen vio-

laciones de los derechos mínimos de la población desplazada señalados en la sentencia T-025/04, a saber, los derechos a la vida (art. 11, C.P.), a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (art. 12, C.P.) y a la salud (art. 49 C.P.).

Las obligaciones constitucionales e internacionales de las autoridades colombianas frente a esta faceta de género del desplazamiento forzado son, igualmente, precisas; en virtud de las mismas, el Estado está en la obligación de adoptar medidas positivas encaminadas a materializar sus deberes de respeto, prevención y protección de los derechos lesionados por la violencia intrafamiliar y comunitaria por motivos de género contra las mujeres desplazadas.

IV.B.4.2.3. El desconocimiento y vulneración agravados del derecho a la salud y especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos de las mujeres desplazadas, lesionan en forma manifiesta y grave la Constitución Política.

El derecho a la salud, del cual son titulares todas las mujeres en virtud del mandato del artículo 49 de la Constitución Política, cuenta con un sólido refuerzo a nivel internacional en lo dispuesto en el Artículo 12 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de conformidad con el cual el Estado colombiano está en la obligación de adoptar *“todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”*, así como de garantizar a las mujeres *“servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*. Estas obligaciones estatales, claras y precisas, resultan aún más imperiosas frente a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, ya que según dispone el Principio Rector No. 4, *“ciertos desplazados internos, como (...) las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades (...) tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales”*, mandato de atención

especial que se particulariza adicionalmente en el Principio 19 en lo atinente a la preservación del derecho a la salud, el cual dispone que *“se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole”*, y que *“se prestará asimismo especial atención a la prevención de enfermedades contagiosas e infecciosas, incluido el SIDA, entre los desplazados internos”*. En igual medida, en la sentencia T-025 de 2004 se señaló que uno de los derechos básicos de la población desplazada, que integran el mínimo prestacional que ha de ser satisfecho por el Estado en toda circunstancia, es el derecho a la salud.

Como resultado de este marco constitucional de protección reforzada del derecho a la salud de las mujeres desplazadas, éstas tienen derecho a recibir atención diferenciada, que proteja su integridad física y mental durante todas las fases del desplazamiento, y en todos los diversos aspectos de su salud como mujeres, niñas o adolescentes, incluidas sus necesidades especiales en términos sanitarios, su salud sexual y reproductiva, y demás necesidades especiales de salud propias de su género y afectadas por su situación de desplazamiento. En el caso de las niñas y adolescentes desplazadas, se trata de un derecho prevaleciente y de inmediata aplicación que debe sujetarse a lo establecido en los artículos 44 y 50 de la Constitución.

Desde otra perspectiva, existen estándares internacionales sobre los componentes mínimos de atención gratuita e inmediata a las víctimas de la violencia sexual, que incluyen: (a) asistencia médica inmediata para la atención de las heridas y lesiones recibidas por las víctimas, (b) seguimiento médico para la atención de las consecuencias clínicas del acto delictivo; (c) provisión inmediata de anticoncepción de emergencia y tratamiento profiláctico para evitar el contagio de infecciones de transmisión sexual; (d) atención psicológica especializada inmediata para la víctima y su familia; (e) asesoría médico-legal y jurídica; (f) asistencia social; (g) medidas protectivas para prevenir agresiones adicionales a la víctima. Según ha explicado la Organización Panamericana de la Salud, los servicios requeridos por las víctimas de violencia sexual

son los siguientes: *“Brindar una atención integral e interdisciplinaria: esto incluye la atención médica, psicológica y de apoyo a través de los grupos de apoyo autoayuda. Además, los proveedores deben conocer los otros servicios y recursos disponibles en su comunidad para referir a la sobreviviente a servicios de atención que no se proveen en el centro de salud o de otros servicios, como son los legales, de apoyo económico y de protección, entre otros... Contar con una guía de recursos del sector público y privado que brindan asistencia y patrocinio jurídico gratuito para las mujeres que quieran realizar la denuncia judicial”*³.

IV.B.4.2.4. Los alarmantes patrones de jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana que se registran entre las mujeres desplazadas violan abiertamente numerosos mandatos constitucionales. Las condiciones de vida que deben soportar las mujeres cabeza de familia desplazadas junto con sus hogares constituyen una manifestación extrema de las violaciones de los derechos constitucionales que apareja de por sí el desplazamiento forzado y que fueron señalados por la Corte en la sentencia T-025 de 2004, en particular: el derecho a un nivel de vida en condiciones de dignidad, los derechos a la salud y al trabajo, y el derecho a una alimentación mínima, *“que resulta insatisfecho en un gran número de casos por los altísimos niveles de pobreza extrema a los que llegan numerosas personas desplazadas, que les impiden satisfacer sus necesidades biológicas más esenciales y repercuten, por ende, sobre el disfrute cabal de todos sus demás derechos fundamentales, en particular sobre los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud”*. Más aún, esta situación repercute directamente sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales de los menores de edad que dependen económicamente de las mujeres cabeza de familia en situación de despla-

³ OPS en colaboración con el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), Comisión Interamericana de las Mujeres de la Organización de Estados Americanos (CIM/OEA), el Grupo Parlamentario Interamericano sobre Población y Desarrollo (GPI), el Centro por los Derechos Reproductivos (CRR), el IPAS, ISIS Internacional, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM): “Modelo de Leyes y Políticas sobre Violencia Intrafamiliar contra las Mujeres”, Washington, abril de 2004, p. 27.

miento, lo cual hace más severa la violación de los mandatos del Constituyente (art. 44, C.P.) y llama a la adopción de las medidas de resolución más fuertes por parte de las autoridades competentes.

Se ha de tener en cuenta a este respecto que, según dispone el Principio Rector 4, las madres con hijos pequeños y las mujeres cabeza de familia *“tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales”*; y que el Principio Rector 18 establece que *“los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado”*. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004 resaltó, entre los derechos constitucionales que son violados por el desplazamiento, los derechos de las mujeres cabeza de familia en tanto grupo especialmente protegido por la precariedad de las circunstancias de vida que deben afrontar; e incluyó entre los derechos básicos de toda persona desplazada, que forman parte del mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado, los derechos a (i) una subsistencia mínima -como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que *“las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales”*, obligación estatal que *“se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno”*, y (ii) el derecho a la provisión de apoyo para el autosostenimiento (art. 16 de la Constitución) por vía de la estabilización socioeconómica, que activa el deber mínimo del Estado de *“identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado*

laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados." El alcance de este deber mínimo se amplía en el caso de las mujeres desplazadas jefas de hogar, como se detallará más adelante.

Más aún, desde la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional explicó que entre las personas desplazadas que, por sus condiciones especiales, tienen un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al término inicial fijado por la ley –es decir, quienes tienen derecho a prórroga-, se encuentran *"las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad"*, entre otras personas que no están *"en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económico"*, situación en la cual *"se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado –es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello -. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual."*

IV.B.4.2.5. La carga de verse expuestas a obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo representa, para las mujeres desplazadas, un desconocimiento de su derecho a la educación, con dimensiones jurídicas diferentes dependiendo de si afecta a una niña desplazada menor de quince años, o a una joven o mujer desplazada mayor de esta edad.

En el caso de las niñas y jóvenes desplazadas, constituye una violación del derecho mínimo a la educación básica hasta los quince años de edad (art. 67, C.P.), y que debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica; el cual aparece la obligación mínima del Estado de *"garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados"*

es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona". Al tenor del Principio Rector 23, compete a las autoridades asegurarse de que los niños desplazados internos reciban una educación gratuita y obligatoria que sea respetuosa de su identidad cultural, su idioma y su religión.

En el caso de las jóvenes y mujeres desplazadas mayores de quince años, el desconocimiento del derecho a la educación conlleva un desconocimiento de las obligaciones internacionales reflejadas en el Principio Rector No. 23, de conformidad con el cual las autoridades deben esforzarse por *"conseguir la plena e igual participación de mujeres y niñas en los programas educativos"*, y de facilitar, tan pronto como las condiciones lo permitan, *"los servicios de educación y formación a los desplazados internos, en particular adolescentes y mujeres"*. A la vez, estos obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo por las mujeres y jóvenes desplazadas representa un desconocimiento de las obligaciones internacionales impuestas al Estado por la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo artículo 10 obliga a las autoridades a adoptar *"todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación"*⁴. Por otra parte, esta

⁴ En virtud del mismo artículo 10, estas medidas han de orientarse a asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: "a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional; b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad; c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza; d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios; e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda di-

violación del derecho a la educación repercute sobre las posibilidades que tienen las mujeres desplazadas de acceder a oportunidades de autosostenimiento dignas en el mercado laboral, las cuales inciden directamente sobre el disfrute de su derecho al mínimo vital.

IV.B.4.2.6. La presencia de obstáculos agravados en la inserción de las mujeres desplazadas al sistema económico y en su acceso a oportunidades laborales y productivas constituye la base de la violación de su derecho a un nivel de vida adecuado en condiciones de dignidad, o mínimo vital. A su turno, representa una violación de su derecho al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, con incidencia inmediata sobre el disfrute de los derechos fundamentales de los menores de edad que dependen económicamente de ellas. También constituye el fundamento de la perpetuación de patrones de inserción laboral basados en nociones patriarcales y machistas sobre los trabajos y ocupaciones propias de la mujer, que les relegan a ocupaciones sub-remuneradas y marginales con menores posibilidades de proveer un nivel de ingresos digno para ellas y su familia – en consecuencia, provee la base para la perpetuación de patrones discriminatorios, con violación del derecho a la igualdad. En esta medida, dichos obstáculos no solamente configuran violaciones de los artículos 11, 13, 16, 44 y 53 Superiores, sino también de las obligaciones internacionales plasmadas en el Principio Rector 18 -que consagra el derecho de los desplazados internos a un nivel de vida adecuado-, así como de las obligaciones derivadas del artículo 11 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -que obliga a las autoridades a adoptar *“todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos”*⁵.

ferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres; f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente; g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física; h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.”

⁵ El mismo artículo 11 de la Convención establece que entre los derechos cuyo disfrute en igualdad de condiciones deben asegurar los Estados se incluyen:

En la sentencia T-025 de 2004 se estableció que el deber mínimo del Estado frente a las personas desplazadas en relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento por vía de la estabilización socioeconómica es el de *“identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados”*. A este respecto, la Sala precisa que el nivel mínimo de satisfacción del derecho de las mujeres desplazadas a recibir apoyo para su autosostenimiento y estabilización socioeconómica exige incorporar un enfoque diferencial específico dentro del nivel mínimo de satisfacción trazado en la sentencia T-025 de 2004, por cuanto las mujeres en situación de desplazamiento forzado son sujetos de protección constitucional reforzada que, por lo mismo, ameritan un trato diferencial. En esa medida, las mujeres desplazadas tienen un derecho fundamental constitucional a recibir los beneficios derivados de acciones afirmativas por parte del Estado orientadas a realizar materialmente la igualdad de oportunidades laborales y productivas para ellas y sus familias, en tanto medio para asegurar el goce efectivo de múltiples derechos fundamentales cuya concreción depende de tal inserción laboral en igualdad de condiciones.

“a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; ...f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”

IV.B.4.2.7. La mayor exposición de las mujeres desplazadas a la explotación doméstica y laboral, incluida la trata de personas con fines de explotación económica, es un desconocimiento frontal de sus derechos a la dignidad, a la libertad y al trabajo en condiciones dignas y justas, que incide sobre el disfrute de sus demás derechos fundamentales. La Sala recuerda que las mujeres desplazadas son titulares de la totalidad de las garantías laborales establecidas en los artículos 25 y 53 Superiores, cuya lectura a la luz de los artículos 1 y 13 de la Carta –que consagran los principios de dignidad humana e igualdad- se traduce en un deber estatal inmediato de adoptar medidas para atacar las condiciones de fondo que generan una mayor vulnerabilidad de dichas mujeres a la explotación laboral y a la trata con fines de explotación económica. Se recuerda en este sentido, también, lo dispuesto por el Principio Rector No. 11, en el sentido de que los desplazados internos deben ser protegidos, en particular, contra *“la esclavitud o cualquier forma contemporánea de esclavitud”*.

IV.B.4.2.8. Los obstáculos agravados que deben afrontar las mujeres desplazadas en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación, constituyen un desconocimiento de las obligaciones estatales codificadas en el Principio Rector No. 29, de conformidad con el cual *“las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.”* Esta disposición, leída a la luz de lo dispuesto en el Principio 4 sobre el trato especial del que han de ser objeto las mujeres desplazadas dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, en particular frente a la propiedad inmueble, se traduce en un deber particularmente apremiante en cabeza del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las mujeres desplazadas sean objeto

de protección de su patrimonio inmueble hacia el futuro, garantizando su acceso a la propiedad en condiciones de igualdad con los hombres dentro de los planes de retorno y reubicación mediante acciones afirmativas que combatan los obstáculos de fondo que les impiden acceder a tal igualdad.

IV.B.4.2.9. Los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas constituyen violaciones palmarias de numerosas disposiciones de la Carta Política, que repercuten sobre el disfrute de sus derechos constitucionales fundamentales más esenciales. La gravedad y profundidad de esta vulneración de los mandatos constitucionales ameritan que la Corte Constitucional dé aplicación fuerte a lo dispuesto en el artículo 13 Superior, de conformidad con el cual *“el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados”*, y *“el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*. En igual sentido, es pertinente aplicar en tanto fundamento constitucional de la protección que se ordenará impartir a las mujeres desplazadas indígenas o afrodescendientes, lo dispuesto en el artículo 7º Superior, en virtud del cual *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*: las repercusiones de la crítica situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas sobre la integridad material y cultural de sus respectivos grupos étnicos, dados los roles que culturalmente les corresponde cumplir dentro de sus grupos familiares y sociales, son una afrenta al mandato de protección de la diversidad cultural del país, además de reñir con un nivel básico de respeto por la dignidad humana. Por otra parte, la gravedad de estos cuadros de discriminación aguda, con los componentes de violencia y marginación que les son implícitos, les hace equivalentes a una forma de discriminación racial, proscrita internacionalmente por normas que vinculan a Colombia.⁶

⁶ En este sentido, ha explicado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que “determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos

IV.B.4.2.10. Los patrones acentuados de violencia contra las mujeres desplazadas líderes o que adquieren visibilidad pública por sus labores de promoción social, cívica o de los derechos humanos también constituyen violaciones de varias disposiciones constitucionales, y su ocurrencia activa numerosas obligaciones constitucionales e internacionales de las autoridades colombianas. En primer lugar, del derecho a la vida de las mujeres desplazadas víctimas de homicidio por su participación en la esfera pública; el derecho a la vida no solo es el primero de los derechos básicos de la población desplazada, sino el fundamento obvio para el ejercicio de los demás derechos constitucionales protegidos por la Constitución (art. 11, C.P.). En este sentido el Principio Rector No. 10 dispone que los desplazados internos habrán de ser protegidos en particular contra el homicidio, las ejecuciones sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas, así como contra las amenazas de cometer este tipo de actuaciones, y contra todo tipo de ataques directos u otros actos de violencia, incluidos aquellos destinados a sembrar terror entre la población desplazada. Por otra parte, dado su impacto sobre el ejercicio del derecho a la participación en condiciones de igualdad, no sólo de las mujeres desplazadas víctimas de violencia por su visibilidad pública sino de las mujeres en situación de desplazamiento en general, esta situación activa, entre otras, las obligaciones estatales derivadas de los deberes de (i) proteger la vida y la integridad personal de las personas en riesgo, (ii) combatir la violencia contra la mujer, y (iii) eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país –garantizando, entre otras, el derecho de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres a “participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas”, así como a “participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país” (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 7)-.

en detención o durante conflictos armados”. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación General No. 25, *“Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género”*, aprobada durante el 56 período de sesiones – doc. A/54/18, anexo V, 2000.

IV.B.4.2.11. La mayor exposición de las mujeres desplazadas a ser discriminadas en su acceso a espacios públicos y políticos, no solamente es una forma grosera de violación del derecho a la igualdad (art. 13, C.P.), sino una vulneración del principio de democracia participativa (art. 1, C.P.) y del derecho fundamental a la participación (art. 40, C.P.), que desconoce obligaciones internacionales de Colombia tales como las que se derivan de la Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo artículo 7 dispone que los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación de género en la vida política y pública, garantizando a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, los derechos a “participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas”, y a “participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país”.

Esta forma de discriminación acentuada contra las mujeres desplazadas adquiere dimensiones más graves cuando se tiene en cuenta que, en el marco de la superación de los conflictos armados, de la atención a sus víctimas y de justicia transicional, las mujeres juegan un rol crucial que ha sido subrayado por diversas instancias internacionales. En este sentido el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su Resolución 1325 de 2000, reafirmó *“el importante papel que desempeñan las mujeres en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz”*, y subrayó *“la importancia de que participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos”*; por ello instó a que los Estados parte de las Naciones Unidas fuesen orientados en cuanto a *“la importancia de la participación de las mujeres en la adopción de todas las medidas de mantenimiento de la paz y consolidación de la paz”*, y pidió a *“todos los que participen en la negociación y aplicación de acuerdos de paz que adopten una perspectiva de género, en que se tengan en cuenta y se incluyan, entre otras cosas: (a) Las necesidades especiales de las mujeres y las niñas durante la repatriación y el reasentamiento, así como para la rehabilitación, la reintegración*

y la reconstrucción después de los conflictos; (b) Medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales y los procesos autóctonos de solución de conflictos y para hacer participar a las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz; (c) Medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, particularmente en lo relativo a la constitución, el sistema electoral, la policía y el sistema judicial (...)". En reconocimiento de la importancia de su rol como facilitadoras del goce efectivo de los derechos de las demás víctimas del conflicto armado, el Principio Rector No. 18 afirma que "se tratará en especial de garantizar que las mujeres participen plenamente en la planificación y distribución" de los suministros básicos necesarios para garantizar el mínimo vital de las personas en situación de desplazamiento. Habida cuenta de la importancia del papel que juegan las mujeres en estos ámbitos y procesos, es indudable que la persistencia de patrones reforzados de discriminación en el acceso de las mujeres desplazadas a la esfera pública y política cercena su potencial de catalizar la construcción de la paz luego de un conflicto armado, desconociendo así las obligaciones internacionales y constitucionales del Estado colombiano en la materia.

En respuesta a esta situación, las autoridades están en el deber de adoptar medidas de acción afirmativa para garantizar que las mujeres desplazadas gocen del derecho a la participación y a la inserción en las esferas de lo público y lo político en igualdad de condiciones desde el punto de partida con los hombres. El criterio a seguir en este sentido es el que se consagra en la Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos ("La igualdad de Derechos entre hombres y mujeres"), adoptada en 2000 en tanto interpretación del Artículo 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la cual se explica: "*los Estados Partes deberán (...) adoptar medidas eficaces y positivas, incluida las medidas necesarias de discriminación inversa, para promover y asegurar la participación de la mujer en los asuntos públicos y en el ejercicio de cargos públicos.*" En igual sentido resulta aplicable, en tanto criterio guía, lo dispuesto en la Recomendación General No. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre "Participación de

la mujer en la vida política y pública”, en el cual se señala que el alcance de la vida política y pública del país, al cual las mujeres tienen derecho a acceder en igualdad de condiciones, es amplio, y abarca –entre muchos otros aspectos- *“la formulación y ejecución de la política a los niveles internacional, nacional, regional y local”*, así como *“muchos aspectos de la sociedad civil, entre ellos, las juntas públicas y los consejos locales y las actividades de organizaciones como son los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales o industriales, las organizaciones femeninas, las organizaciones comunitarias y otras organizaciones que se ocupan de la vida pública y política”*. En la misma Recomendación se establece que *“los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se determine cuáles son los obstáculos a la plena participación de la mujer en la formulación de la política gubernamental y de que se superen”*.

IV.B.4.2.12. La vulneración abierta de los derechos de las mujeres desplazadas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, en tanto víctimas del conflicto armado, es lesiva de los numerosos mandatos constitucionales e internacionales que proveen el fundamento de estos derechos. A este respecto, la Sala considera relevante remitirse a las extensas consideraciones sobre el alcance, contenido y consagración jurídica de estos derechos que se realizó en la sentencia C-370 de 2006.

IV.B.4.2.13. Las necesidades apremiantes e insatisfechas de acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas hacen nulatorio el ejercicio de su derecho fundamental a la integridad psicológica y moral (art. 12, C.P.) –que es uno de los derechos básicos de las personas desplazadas que forman parte del mínimo prestacional del Estado-, así como de su derecho a la salud psicológica (art. 49, C.P.) y, por consecuencia, del principio de dignidad humana (art. 1, C.P.). Se recuerda a este respecto que el Principio Rector No. 19 establece que *“cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales”*, y que *“se prestará especial atención (...) al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole”*.

IV.B.4.2.14. Los problemas de las mujeres desplazadas ante los sistemas oficiales de registro y caracterización, así como sus pro-

blemas de accesibilidad al sistema de atención a la población desplazada y la alta frecuencia de funcionarios insensibles y no capacitados para responder a su situación, constituyen en su conjunto barreras de acceso al sistema oficial de protección por parte de las mujeres en situación de desplazamiento, quienes en su condición de sujetos de especial protección constitucional ameritan un trato preferencial y más benéfico, que les facilite en vez de obstruirles la posibilidad de acceder a los distintos componentes del sistema. En igual medida, la implementación de un enfoque exclusivamente “familista”, que deja por fuera del sistema de protección a las mujeres desplazadas que no son cabeza de familia, es una barrera para el goce efectivo de los derechos fundamentales de quienes se ven excluidas injustamente del ámbito de cobertura de la política de atención estatal.

IV.B.4.2.15. Finalmente, la reticencia estructural del sistema a otorgar la prórroga de la Ayuda Humanitaria de Emergencia a las mujeres cabeza de familia o vulnerables que, por sus especiales condiciones de debilidad, tienen derecho a la misma, es una violación de su derecho básico a recibir asistencia humanitaria mientras duren sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión. Se recuerda a este respecto que en la sentencia T-025 de 2004, la Corte explicó que el derecho básico a recibir asistencia humanitaria para cubrir las necesidades del mínimo vital, se extiende en el tiempo en los casos de quienes no pueden asumir su propia manutención por circunstancias fácticas debidamente probadas, casos en los cuales *“se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado –es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello-.”* En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-278 de 2007, al afirmar con toda claridad que la atención humanitaria de emergencia se debe prestar hasta que la persona esté en condiciones de asumir su autosostenimiento. [...]

Fundamentos constitucionales e internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, de los afrodescendientes y de las personas con discapacidad desplazadas de manera forzada

Corte Constitucional

Auto 004/09

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 26 de enero de 2009

[...] VALORACION JURIDICO-CONSTITUCIONAL DE LA SITUACION

La situación que se ha descrito en la presente providencia conlleva una violación severa y simultánea de múltiples disposiciones constitucionales, que afectan tanto los derechos fundamentales individuales de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas afectados por el conflicto armado y el desplazamiento forzado, como los derechos fundamentales colectivos de estas etnias. Ello implica, así mismo, un incumplimiento grave de los deberes de prevención y protección del Estado colombiano, y activa obligaciones de actuación inmediata en los ámbitos preventivo y de atención.

1. Derechos constitucionales individuales y colectivos vulnerados por la situación descrita ante la Corte.

En primer lugar, el conflicto armado *per se*, por la manera como golpea a los pueblos indígenas del país, afecta en forma grave los derechos fundamentales de las personas que los conforman, espe-

cialmente sus derechos a la vida (art. 11, C.P.), a la integridad personal y a verse libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art.12, C.P.), a la dignidad personal (art. 1, C.P.) y a la seguridad personal. Esta afectación es tan grave que, por lo menos en relación con algunas de las etnias cuya situación se ha descrito en la presente providencia, se debe evaluar, por parte de las autoridades judiciales competentes, la posible comisión de violaciones serias del Derecho Internacional Humanitario que conlleven consecuencias penales para sus perpetradores. La Corte Constitucional no es el organismo judicial llamado a efectuar esta calificación jurídica, pero dada la gravedad de la información que ha sido allegada al presente proceso, debe alertar a las autoridades judiciales sobre la necesidad de estudiar la posible comisión de estos crímenes, para lo cual se le comunicará la presente providencia al Fiscal General de la Nación.

En segundo lugar, el impacto del conflicto armado como presión para el desplazamiento, como causa del confinamiento o como generador de desplazamientos individuales y colectivos, también representa una violación grave de los derechos colectivos de las etnias mencionadas en la presente providencia a la autonomía, la identidad y el territorio.

El desplazamiento forzado, una vez tiene lugar, genera por su parte graves violaciones de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros. En relación con las personas indígenas afectadas por el desplazamiento, resulta aplicable la enunciación de los derechos fundamentales violados por este fenómeno, tal y como se efectuó en la sentencia T-025 de 2004:

“1. El derecho a la vida en condiciones de dignidad dadas (i) las circunstancias infrahumanas asociadas a su movilización y a su permanencia en el lugar provisional de llegada, y (ii) los frecuentes riesgos que amenazan directamente su supervivencia.^{1,2} Los Prin-

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Por ejemplo en la sentencia SU-1150 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes, precitada, donde la Corte dijo: “Cuando mujeres, niños y ancianos se ven precisados a dejar sus hogares y recorrer grandes distancias desafiando toda clase de peligros, viendo sufrir y aún morir a sus compañeros, como les ha ocurrido a los colonos de la hacienda Bellacruz, la explicable huida no es un problema de

cipios Rectores del Desplazamiento Forzado que contribuyen a la interpretación de este derecho en el contexto del desplazamiento forzado interno son los Principios 1, 8, 10 y 13, que se refieren, entre otras cosas, a la protección contra el genocidio, las ejecuciones sumarias y prácticas contrarias al derecho internacional humanitario que pongan en riesgo la vida de la población desplazada.

orden público propiciado por quienes desean seguir viviendo sino un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado. No puede una autoridad local calificar a los desplazados como agentes perturbadores por el solo hecho de tratar de salvar la vida.” Ver también, las sentencias T-1635 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo. A raíz de la falta de atención de sus solicitudes, los desplazados, especialmente los menores de edad se encontraban en deficiente estado nutricional, presentaban afecciones tanto físicas como síquicas y las condiciones de salubridad de dicho lugar eran muy precarias; además su educación se había visto afectada. A pesar de haber sido atendidos en diferentes centros hospitalarios, no había sido posible que se les suministraran las drogas recetadas ni que se les prestara la atención de salud que requerían. Tampoco habían logrado cupos en las escuelas distritales, ni se les había dado una solución definitiva sobre su reubicación o sobre proyectos que generaran condiciones de sostenibilidad económica y social. Adicionalmente, solicitaron un lugar temporal para su reubicación en condiciones de dignidad; T-327 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra donde la Corte resuelve la situación de una persona desplazada por paramilitares en el departamento del Chocó, quien se encontraba inscrita en el registro de desplazados que llevaba el personero municipal de Condoto, pero a quien se le niega tres veces su inscripción en el Sistema Único de Registro de Población desplazada, por no aportar pruebas de su condición y, por ende, el acceso a toda la ayuda que requerían el desplazado y su familia; T-1346 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, en donde la Corte ampara los derechos de una mujer cabeza de familia y de sus hijos, quienes hacían parte del grupo de personas desplazadas que ocupaban un predio de propiedad del municipio de Villavicencio e iban a ser desalojados del mismo, sin ofrecerles una reubicación alternativa en el corto plazo; y T-268 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, donde la Corte protegió los derechos de un grupo de 65 núcleos familiares que había huido de sus viviendas en la Comuna 13 de Medellín, a raíz de los enfrentamientos entre distintos grupos armados que operaban en dicha zona. La Red de Solidaridad les había negado la inscripción en el Sistema Único de Registro de Población Desplazada y el consiguiente otorgamiento de ayudas por tres razones: 1) por considerar que *“no se concibe el desplazamiento forzado cuando la víctima no ha abandonado su localidad”*, asimilando el término localidad al de municipalidad; 2) porque varios de los núcleos familiares desplazados ya habían recibido ayuda cuando se desplazaron por primera vez; y 3) por no haberse remitido al Ministerio del Interior copia de las declaraciones obtenidas a raíz de los hechos violentos ocurridos en la Comuna 13, para que éste decidiera si el hecho constituía desplazamiento.

2. Los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos “en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse”³. La interpretación de estos derechos deberá hacerse de conformidad con lo que establecen los Principios 2, 4 y 9 sobre protección especial a ciertos grupos de desplazados.

3. El derecho a escoger su lugar de domicilio, en la medida en que para huir del riesgo que pesa sobre su vida e integridad personal, los desplazados se ven forzados a escapar de su sitio habitual de residencia y trabajo⁴. Los Principios 5, 6, 7, 14 y 15 contribuyen a la interpretación de este derecho, en particular, a la determinación de prácticas prohibidas por el derecho internacional que impliquen una coacción al desplazamiento de las personas, o su confinamiento en lugares de los cuales no puedan salir libremente.

4. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, “dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos”⁵ y las consecuencias que dichas migraciones surten sobre la materialización de los proyectos de vida de los afectados, que necesariamente deberán acoplarse a sus nuevas circunstancias de desposeimiento. En la interpretación de estos derechos en el contexto del desplazamiento forzado interno son pertinentes los Principios 1 y 8.

³ Ver, por ejemplo, las sentencias T-215 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño, en donde la Corte tutela los derechos de 14 menores de edad a quienes se les niega el cupo para estudiar en el Colegio Sol de Oriente de la Comuna Centro Oriental de Medellín, por razones de edad, ausencia de cupos disponibles e imposibilidad de asumir los costos generados; T-419 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra, donde la Corte concede el amparo de los derechos a dos mujeres cabeza de familia desplazadas y a sus hijos, a quienes en un caso, no se le había dado la ayuda humanitaria a la que tenían derecho, y en el otro, la ayuda humanitaria recibida resultaba claramente insuficiente dadas las urgentes necesidades de la familia.

⁴ Ver, por ejemplo, las sentencias T-227 de 1997, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte adoptó medidas para proteger a la población desplazada contra actos discriminatorios y de intolerancia cometidos por las autoridades de Cundinamarca, quienes alegando que se generaba una alteración grave del orden público, intentaban impedir la reubicación de éstas personas en el territorio de ese departamento.

⁵ Sentencia SU-1150 de 2000, precitada.

5. Por las características propias del desplazamiento, quienes lo sufren ven sus derechos económicos, sociales y culturales fuertemente afectados.⁶ El alcance mínimo de estos derechos ha sido interpretado de conformidad con los Principios 3, 18, 19, y 23 a 27, que se refieren a condiciones para garantizar un nivel de vida digna, y el acceso a la educación, la salud, el trabajo, entre otros derechos.

6. En no pocos casos, el desplazamiento implica una dispersión de las familias afectadas, lesionando así el derecho de sus miembros a la unidad familiar⁷ y a la protección integral de la familia⁸. Los Principios 16 y 17 están dirigidos, entre otras cosas, a precisar el alcance del derecho a la reunificación familiar.

7. El derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, no sólo porque el acceso de las personas desplazadas a los servicios esenciales de salud se ve sustancialmente dificultado por el hecho de su desplazamiento, sino porque las deplorables condiciones de vida que se ven forzados a aceptar tienen un altísimo potencial para minar su estado de salud o agravar sus enfermedades, heridas o afecciones preexistentes.⁹ Los Principios 1, 2 y 19 precisan el alcance de este derecho en el contexto del desplazamiento forzado interno.

8. El derecho a la integridad personal¹⁰, que resulta amenazado tanto por los riesgos que se ciernen sobre la salud de las personas desplazadas, como por el alto riesgo de ataques al que están expuestos

⁶ Ver por ejemplo, la sentencia T-098 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde la Corte protege los derechos de 128 núcleos familiares, compuestos principalmente por mujeres cabeza de familia, menores, ancianos y algunos indígenas, cuyas solicitudes de atención en salud, estabilización económica y reubicación, no habían sido atendidas por la Red de Solidaridad, por falta de recursos suficientes.

⁷ Sentencia SU-1150 de 2000, precitada.

⁸ Sentencia T-1635 de 2000, precitada.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-645 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra, en este fallo, la Corte tutela el derecho a la salud de una mujer cabeza de familia desplazada del Municipio de San José de Guaviare y ubicada en Villavicencio, quien padecía de un tumor en el brazo que le causaba mucho dolor y le impedía trabajar. La actora, quien se encontraba inscrita en el Sistema Único de Registro de Población Desplazada, acude a la Red de Solidaridad que la remite a la UAO y posteriormente al Hospital de Villavicencio para valoración y programación de cirugía, el cual se negó a atenderla porque el carné que portaba correspondía al Sisbén de San José de Guaviare y no al de Villavicencio.

¹⁰ Sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001 y T-1346 de 2001.

por su condición misma de desposeimiento.¹¹ A este derecho se refieren los Principios rectores 5, 6 y 11,

9. El derecho a la seguridad personal¹², puesto que el desplazamiento conlleva riesgos específicos, individualizables, concretos, presentes, importantes, serios, claros y discernibles, excepcionales y desproporcionados para varios derechos fundamentales de los afectados. Para la interpretación del alcance de este derecho en el contexto del desplazamiento forzado interno son pertinentes los Principios rectores 8, 10, 12, 13 y 15.

10. La libertad de circulación por el territorio nacional¹³ y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir¹⁴, puesto que la definición misma de

¹¹ Ver, por ejemplo, la sentencia T-327 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, donde la Corte resuelve la situación de una persona desplazada por paramilitares en el departamento del Chocó, quien se encontraba inscrita en el registro de desplazados que llevaba el personero municipal de Condoto, pero a quien se le niega tres veces su inscripción en el Sistema Único de Registro de Población desplazada, por no aportar pruebas de su condición y, por ende, el acceso a toda la ayuda que requerían el desplazado y su familia.

¹² Ver por ejemplo, las sentencias T-258 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynnett, donde la Corte protege el derecho a la vida de un docente amenazado por las FARC, que es obligado a desplazarse a Manizales junto con su familia y a solicitar su traslado como docente a otro municipio dentro del mismo departamento. La única oferta que había recibido fue para reubicarse en un lugar donde operaba el mismo frente que le había amenazado inicialmente; T-795 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández. Dado que el servicio de educación está descentralizado, la Corte deniega la tutela para ordenar el traslado de los docentes, debido a la falta de desarrollo de la Ley 715 de 2001 en lo concerniente al traslado y reubicación de docentes amenazados, pertenecientes a distintas secretarías de educación departamentales.

¹³ Sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-268 de 2003, precitadas.

¹⁴ Sobre el derecho de permanencia en la sentencia T-227 de 1997, precitada, dijo la Corte lo siguiente: "Los campesinos tienen derecho a su permanencia en la parcela que poseían, por eso el INCORA inició el proceso de adjudicación de tierras, por ello su primer lugar de refugio fue la casa campesina en el municipio. (...) Era un derecho de esas personas a permanecer en paz en su propio hogar, en su propia tierra, algo que ha sido reconocido por las Naciones Unidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (...) Sólo el legislador puede restringir ese derecho de las personas a permanecer o a circular y la restricción sólo puede tener los objetivos allí señalados, es decir, que la ley restrictiva no puede alejarse de los parámetros fijados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)

desplazamiento forzado presupone el carácter no voluntario de la migración a otro punto geográfico para allí establecer un nuevo lugar de residencia. Los principios 1, 2, 6, 7 y 14 resultan relevantes para la interpretación del alcance de estos derechos en relación con la población desplazada.

11. El derecho al trabajo¹⁵ y la libertad de escoger profesión u oficio, especialmente en el caso de los agricultores que se ven forzados a migrar a las ciudades y, en consecuencia, abandonar sus actividades habituales. Para la interpretación de estos derechos resultan relevantes los principios 1 a 3, 18, 21, 24 y 25, que establecen criterios para garantizar medios para la obtención de un nivel de vida adecuado y la protección de sus propiedades o posesiones.

12. El derecho a una alimentación mínima¹⁶, que resulta insatisfecho en un gran número de casos por los altísimos niveles de pobreza extrema a

Esta doble faz, permanecer y circular, y la única posibilidad restrictiva: Limitación establecida por la Ley, está también recogida en nuestra Constitución Política. (...) Es finalidad del Estado garantizar la efectividad de esos derechos, luego, tratándose de desplazados, a quienes se les afecta su derecho primario a residir en el lugar que deseen dentro de la República, es inhumano a todas luces afectarles también la posibilidad de circular para salvar sus vidas propias y las de sus familiares.”

¹⁵ Ver por ejemplo, la sentencia T-669 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, donde la Corte examina el caso de una mujer cabeza de familia desplazada, madre de cinco hijos menores de edad y con un nieto, analfabeta, a quien no se le da acceso a los programas de estabilización económica al omitir una respuesta efectiva a su petición. La Corte analiza la política estatal en materia de proyectos productivos para la población desplazada y concluye que la petición para ser incluida en un proyecto productivo no ha sido respondida por la Red de solidaridad, violando con ello los derechos de petición y trabajo. Ver también las sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001, T-1346 de 2001, y T-268 de 2003, precitadas.

¹⁶ En la sentencia T-098 de 2002 precitada, la Corte señala la necesidad de precisar las órdenes teniendo en cuenta la normatividad y programas existentes. Así, en cuanto a la protección de menores desplazados, la Corte resaltó entre otros derechos los siguientes: i) a mantenerse unido con su grupo familiar; ii) a la atención gratuita por parte de las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, para los menores de un año (Artículo 50, CP), iii) a recibir un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del ICBF y con cargo a éste; iv) a la protección en jardines y hogares comunitarios; v) a tener acceso a los programas de alimentación que provee el ICBF con el apoyo de las asociaciones de padres, de la empresa privada o los Hogares Juveniles campesinos; vi) en materia de atención de salud, los hijos menores de desplazados tienen derecho a atención prioritaria, rápida e inmediata de salud.

los que llegan numerosas personas desplazadas, que les impiden satisfacer sus necesidades biológicas más esenciales y repercuten, por ende, sobre el disfrute cabal de todos sus demás derechos fundamentales, en particular sobre los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud. Ello es especialmente grave cuando el afectado es un menor de edad. Para la interpretación del alcance de este derecho son pertinentes los Principios 1 a 3, 18 y 24 a 27, relativos al nivel de vida adecuado que se debe garantizar a la población desplazada y a la asistencia humanitaria.

13. El derecho a la educación, en particular el de los menores de edad que sufren un desplazamiento forzado y se han visto obligados, por ende, a interrumpir su proceso de formación.¹⁷ En relación con este derecho, resultan relevantes los Principios 13 y 23.

14. El derecho a una vivienda digna¹⁸, puesto que las personas en condiciones de desplazamiento tienen que abandonar sus propios hogares o lugares habituales de residencia y someterse a condiciones inapropiadas de alojamiento en los lugares hacia donde se desplazan, cuando pueden conseguirlos y no tienen que vivir a la intemperie. En relación con este derecho, los Principios 18 y 21 establecen criterios mínimos que deben ser garantizados a la población desplazada a fin de proveerles vivienda y alojamiento básicos.

¹⁷ Sentencia T-215 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño, precitada.

¹⁸ Ver, por ejemplo, la sentencia T-602 de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería. La actora, una mujer desplazada de 73 años de edad, quien solicitaba que dado su edad avanzada, la vinculación a un proyecto productivo se hiciera a través de su hija, quien no estaba inscrita como desplazada. La actora también solicitaba a la Red que se le otorgaran subsidios de vivienda, pero la Red le contestó que debía dirigirse al INURBE a fin de tramitar el formulario de postulación e informarse de las diferentes modalidades de vivienda a las que puede aplicar el subsidio. La Corte analiza la política de vivienda y de proyectos productivos existente para la población desplazada, y luego de confrontar el diseño de política pública, la Constitución y los Principios Rectores del Desplazamiento Interno con las acciones concretas adoptadas por las entidades en el caso concreto, concluye que hubo “vulneración de los derechos a la vivienda digna y al mínimo vital de la actora por parte de las entidades demandadas, las cuales se han limitado a entregar información a la demandante sin acompañarla en el proceso de restablecimiento, es decir, sin asesorarla para que logre acceder efectivamente a los servicios que prestan las distintas entidades que constituyen el SNAIPD.”

15. *El derecho a la paz*¹⁹, cuyo núcleo esencial abarca la garantía personal de no sufrir, en lo posible, los efectos de la guerra, y mucho menos cuando el conflicto desborda los cauces trazados por el derecho internacional humanitario, en particular la prohibición de dirigir ataques contra la población civil²⁰. Para la interpretación de este derecho son pertinentes los Principios 6, 7, 11, 13 y 21 que prohíben el desconocimiento de las normas de derecho internacional humanitario que protegen a los no combatientes.

16. *El derecho a la personalidad jurídica*, puesto que por el hecho del desplazamiento la pérdida de los documentos de identidad dificulta su registro como desplazados y el acceso a las distintas ayudas, así como la identificación de los representantes legales, cuando se trata de menores de edad que son separados de sus familias.²¹ El alcance de este derecho en el contexto del desplazamiento forzado interno se encuentra expresamente consagrado en el Principio rector 20.

17. *El derecho a la igualdad*²², dado que (i) a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio colombiano es precisamente su situación de desplazamiento, en virtud de ésta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos fundamentales que se acaban de reseñar, y también a discriminación y (ii) en no pocas oportunidades, el hecho del despla-

¹⁹ Ver, por ejemplo, la sentencia T-721 de 2003, MP: Álvaro Tafur Galvis. En esta tutela, además de reiterar la línea jurisprudencial en materia de protección de los derechos de la población desplazada, la Corte se refiere a dos temas adicionales: (i) la perspectiva de género en la atención a la población desplazada, en particular el impacto especialmente grave del conflicto armado sobre las mujeres; y (ii) la sensibilidad de las autoridades para evaluar las circunstancias que afectan a la población desplazada, en particular cuando se examine una posible temeridad en la interposición de la acción de tutela.

²⁰ Sentencia C-328 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ En la sentencia T-215 de 2002, la Corte rechaza que las autoridades hubieran exigido que el registro de los menores lo hicieran sus padres o representantes legales, pues ese tipo de condiciones dificultan el acceso a los programas de atención a la población desplazada. “Con esa lógica, aquellos menores que en razón del conflicto armado han perdido a sus padres y allegados y que se ven forzados a abandonar el lugar en el que se encuentran radicados para no correr la misma suerte, no podrían ser incluidos en el registro nacional de desplazados por no tener quién los represente. Es claro que con tales exigencias, las instituciones concebidas para apoyar a los desplazados y para proyectarles un nuevo horizonte, se convierten en un obstáculo para el reconocimiento, al menos, de sus más elementales derechos.”

²² Sentencia T-268 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, precitada.

miento se produce por la pertenencia de la persona afectada a determinada agrupación o comunidad a la cual se le atribuye cierta orientación respecto de los actores en el conflicto armado y por sus opiniones políticas, criterios todos proscritos como factores de diferenciación por el artículo 13 de la Carta. Lo anterior no excluye, como se ha visto, la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de quienes se encuentren en condiciones de desplazamiento, lo cual de hecho constituye una de las principales obligaciones reconocidas por la jurisprudencia constitucional en cabeza del Estado.²³ Los alcances de este derecho han sido definidos por los Principios 1 a 4, 6, 9 y 22, que prohíben la discriminación a la población desplazada, recomiendan la adopción de medidas afirmativas a favor de grupos especiales dentro de la población desplazada y resaltan la importancia de que a los desplazados se les garantice un trato igualitario.”

Por otra parte, el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas surte consecuencias especialmente graves sobre el goce efectivo de sus derechos fundamentales colectivos a la autonomía, la identidad, y el territorio. Entre los distintos factores del desplazamiento forzado que conllevan una violación de estos derechos colectivos se encuentran la pérdida o el abandono del territorio tradicional, el desarraigo que rompe las pautas culturales directamente asociadas al territorio, el desplazamiento especialmente agudo de los líderes y autoridades tradicionales con sus necesarias secuelas sobre la in-

²³ Ver, por ejemplo, la sentencia T-602 de 2003, precitada, donde la Corte enfatizó que “siempre que no sea posible el retorno al lugar de origen de los desplazados en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, la respuesta estatal debe articularse en torno a acciones afirmativas (...) que garanticen (i) el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación, (ii) la promoción de la igualdad, y (iii) la atención a minorías étnicas y a grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos, así como tampoco puede olvidarse que dentro de la población afectada un gran porcentaje son mujeres y, bien sabido es que éstas padecen todavía una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales. Para expresarlo en otros términos, la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual. Las medidas positivas, entonces, deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores o las personas discapacitadas.”

tegridad cultural, y en general la ruptura del tejido social causada por este crimen. Tal y como se explicó en el Auto 218 de 2006, *“el desplazamiento forzado es particularmente gravoso para los grupos étnicos, que en términos proporcionales son los que sufren un mayor nivel de desplazamiento en el país, según se ha informado reiteradamente a la Corte y lo han declarado distintos analistas del fenómeno. El impacto del conflicto como tal se manifiesta en hostigamientos, asesinatos, reclutamiento forzado, combates en sus territorios, desaparición de líderes y autoridades tradicionales, bloqueos, órdenes de desalojo, fumigaciones, etc., todo lo cual constituye un complejo marco causal para el desplazamiento. El desplazamiento de los grupos indígenas y afrocolombianos conlleva una violación grave de los derechos constitucionales específicos de los que son titulares, incluyendo sus derechos colectivos a la integridad cultural y al territorio. Más aún, la relación de los grupos étnicos indígenas y afrocolombianos con su territorio y los recursos presentes en él transforma el desplazamiento forzado en una amenaza directa para la supervivencia de sus culturas.”*

2. Deberes estatales frente a la afectación severa de los pueblos indígenas por el conflicto armado y el desplazamiento forzado.

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 requiere.

En el ámbito de la prevención, es claro que el Estado no ha dado cumplimiento a sus obligaciones constitucionales. Si bien se ha acreditado ante la Corte que existen dos documentos orientadores de la respuesta estatal en este ámbito –la “Directriz para la Prevención y Atención Integral de la Población Indígena en Situación de Desplazamiento y Riesgo, con enfoque diferencial”, y el “Plan Integral de Apoyo a Comunidades Indígenas en Alto Grado de Vulnerabilidad y Riesgo de Desaparición”–, los cuales han sido objeto de talleres de capacitación y desarrollo adicional en distintas regio-

nes del país, es difícil ver cómo estos documentos se han traducido, en la práctica, en acciones concretas de prevención de la afectación desproporcionada del conflicto armado sobre los pueblos indígenas colombianos, de prevención del desplazamiento forzado causado por el conflicto armado, o de atención material diferencial y oportuna a sus víctimas.

En esa medida, dado que la respuesta estatal a la situación de los pueblos indígenas ha sido meramente formal y se ha traducido en la expedición de documentos de política sin repercusiones prácticas, la Corte Constitucional concluye que el Estado colombiano ha incumplido sus deberes constitucionales en este ámbito, en forma grave. [...]

Corte Constitucional

Auto 005/09

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 26 de enero de 2009

[...] II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, DE DERECHOS HUMANOS Y DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE LA PROTECCIÓN PRIORITARIA QUE DEBEN RECIBIR LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES Y SUS MIEMBROS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN, EN EL MARCO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE ATENCIÓN AL DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO

El punto de partida y el fundamento común de la presente providencia es el carácter de sujetos de especial protección constitucional que tienen las comunidades afro descendientes. Esta condición de sujetos de especial protección impone a las autoridades estatales a todo nivel, respecto de la población afro colombiana víctima de desplazamiento forzado, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia. Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica, como se indicó en la sentencia T-025 de 2004, la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos.

El carácter de sujetos de especial protección constitucional tiene su fundamento en múltiples mandatos constitucionales, así como en diversas obligaciones del Estado Colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 constitucional, como se precisa brevemente a continuación.

Mandatos constitucionales específicos.

El artículo 2 de la Constitución Política dispone que entre los fines esenciales del Estado se incluyen los de “servir a la comunidad”, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Acto seguido dispone el mismo mandato constitucional que las autoridades estatales han sido instituidas “para 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”. Más adelante, el artículo 5º Superior ordena que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

Por su parte, distintos artículos constitucionales enfatizan en el amparo reforzado del que deben gozar no sólo las personas afrodescendientes como individuos, sino las comunidades a las que pertenecen. Es decir, que de acuerdo con la Constitución, hay una protección especial tanto individual, como colectiva, en relación con los afrodescendientes.

Por un lado, del artículo 1º y 7º se deriva el reconocimiento y protección de la identidad e integridad cultural y social de estas comunidades. En el artículo 1º se hace énfasis en el carácter pluralista del Estado colombiano, y en el artículo 7º se dice expresamente que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.” Por el otro, en virtud de los artículos 13 y 70 Superiores se reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la que deben gozar las comunidades afrodescendientes y sus miembros. Puntualmente, el artículo 13 establece que: “Todas

las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, y obliga al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como a adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. El artículo 70, por su parte, reconoce que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”, y obliga al Estado colombiano a “reconocer la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país”.

Ahora bien, la Constitución hace referencia explícita a las comunidades afrodescendientes, en el artículo 55 transitorio. En dicha disposición se ordena al Congreso, expedir “una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...)” y que establezca “mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.” Precisa este artículo, en el párrafo 1°, que lo dispuesto “podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista”.

En desarrollo de este mandato constitucional se expidió la Ley 70 de 1993, que contempla diferentes disposiciones en favor de las comunidades negras, las cuales se definen como aquellas conformadas por “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campopoblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos” (art. 2, numeral 5).

Entre muchas otras garantías, en esta Ley se reconoce la propiedad colectiva de las comunidades negras (arts. 3 a 18), se con-

templán mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (arts 19 a 25), así como la protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación y expropiación de recursos naturales no renovables (art. 26 a 31).

De igual forma, la Ley contempla diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros, “el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales (art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar “todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras (...)” (art. 33); la exigencia de que se adopten “medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes” (art. 37); el derecho de disponer de “medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos”, los cuales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras” (art. 38); el deber del Estado de apoyar “mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural” (art. 41).

La protección reforzada de las comunidades afro colombianas y de sus miembros en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en diversas decisiones ha garantizado los derechos de los afrocolombianos. Por un lado, ha insistido en que en virtud del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, las diferenciaciones fundadas en la identidad étnica o el origen racial, que generan una exclusión o restricción en el acceso a beneficios o servicios a las personas que las ostentan, se presumen inconstitucionales²⁴. Por otro lado, ha insistido en que dada la si-

²⁴ Por ejemplo, en la sentencia T-1095 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional concedió la tutela a una mujer a quien se le había negado el acceso a una discoteca por motivos raciales, y reiteró que la iden-

tuación de histórica marginalidad y segregación que han afrontado los afrocolombianos, éstos deben gozar de una especial protección por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 superior.²⁵

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido en diversas oportunidades el carácter de grupo étnico de las comunidades afrocolombianas y ha resaltado la importancia de tal reconocimiento para asegurar su *“adecuada inserción en la vida política y*

tividad étnica o el origen racial se entienden como “criterios sospechosos” de diferenciación. En la sentencia T-375 de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte protegió el derecho a la igualdad y a la educación de una aspirante a ingresar al programa de medicina de una universidad, a la que le había sido negado el ingreso por su condición de afrodescendiente. En dicha decisión, la Corte recordó que en virtud del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, existe un mandato claro de promoción del acceso a la educación de los miembros de las comunidades afrodescendientes, que no puede ser negado ni obstaculizado, por parte de las autoridades encargadas de la ejecución de programas que desarrollen los propósitos educativos enunciados. En igual sentido, y reiterando lo anterior, la Corte en la sentencia T-586 de 2007. MP. Nilson Pinilla Pinilla, concedió la tutela por violación al derecho a la igualdad y a la educación de una mujer afrocolombiana que aspiraba a ser beneficiaria de un cupo para minorías étnicas en la Universidad del Tolima, pero que le fue negado con el argumento de que en la ciudad de Ibagué no existían comunidades afrocolombianas. Por su parte en la sentencia T-422 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte garantizó el derecho a la igualdad de un hombre afrocolombiano, y de la comunidad negra residente en el Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, ante la renuencia del Director del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta de designar un representante de la comunidad negra ante la Junta Distrital de Educación del Distrito de Santa Marta, de conformidad con el artículo 160 de la Ley 115 de 1995.

²⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-1095 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-169 de 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz y T-422 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta última decisión, en relación con el tratamiento especial que se debe brindar a los afrocolombianos, la Corte expresó: *“La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.”*

económica del país”²⁶ Ha precisado la Corte que la definición de los miembros de las comunidades afrodescendientes, no puede fundarse exclusivamente en criterios tales como el ‘color’ de la piel, o la ubicación de los miembros en un lugar específico del territorio, sino en “(i) un elemento ‘objetivo’, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.”²⁷

En tanto grupo étnico, en la jurisprudencia constitucional se ha insistido en que las comunidades afrocolombianas son titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.²⁸ En este sentido la Corte ha adoptado importantes decisiones para garantizar a las comunidades afrodescendientes sus derechos constitucionales. Así, entre otras, en la sentencia C-461 de 2008²⁹ condicionó la exequibilidad de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, al “*entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o*

²⁶ Sentencia C-169 de 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz. En esta decisión la Corte revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria N° 25-S/99 y 217-C/99 “*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política, en relación con la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior*”.

²⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-169 de 2001, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-586 de 2007. MP Nilson Pinilla Pinilla y T-375 de 2006. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁸ Sentencia C-461 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. A este respecto, en la sentencia T-549 de 2006. MP. Jaime Araujo Rentarías, puntualmente se expresó: “*Por consiguiente, no cabe duda en relación con que las comunidades negras reconocidas y protegidas especialmente por el propio Constituyente en el artículo 176 de la Constitución Nacional, lo mismo que en la ley 70 de 1993, expedida en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 55 transitorio de la Carta Política, son titulares calificadas de una serie de derechos fundamentales, derivados directamente de la obligación estatal de respetar y garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación*”.

²⁹ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional. En la sentencia C-030 de 2008³⁰ este Tribunal declaró inconstitucional la Ley 102 de 2006 “Por la cual se expide la ley forestal”, porque en la discusión y aprobación de la misma no se había consultado previamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar de que sus disposiciones afectaban directamente a estas comunidades.³¹ En la sentencia T-955 de 2003³² la Corte tuteló los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades afrocolombianas de la Cuenca del Río Cacarica, amenazados por la indiscriminada explotación forestal en el territorio colectivo de los accionantes. Por su parte, en la sentencia T-574 de 1996³³, la Corte concedió la tutela a los miembros de una comunidad afrocolombiana, dedicada al oficio de la pesca, frente a la contaminación generada por vertimientos de petróleo en el mar. En dicha providencia la Corte insistió en que la explotación de los recursos naturales no puede hacerse en desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades afro e indígenas.

Obligaciones internacionales a favor de las comunidades afrodescendientes y de sus miembros

³⁰ MP. Rodrigo Escobar Gil.

³¹ A este respecto, señaló la Corte: “En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida.

A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6° del convenio 169 de la OIT.”

³² MP. Álvaro Tafur Galvis.

³³ MP. Alejandro Martínez Caballero.

Los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, también obligan a las autoridades a adoptar un enfoque de prevención del desplazamiento forzado que sea lo suficientemente diferenciado y específico como para incidir sobre las causas de fondo de este fenómeno y su impacto desproporcionado sobre las comunidades afrodescendientes y sus miembros.

En relación con las obligaciones internacionales aplicables, se encuentran tratados generales, como i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos que enfatiza en que *toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color (...) origen nacional o social*" (Art. 2), y *"todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"* (Art. 7); ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que entre otras disposiciones, establece que *"en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (Art. 26)*³⁴ y iii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reitera la obligación de los Estados Partes de comprometerse *"a respetar los derechos y libertades reconocidos en*

³⁴ Así mismo dispone el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que *"la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables"*, los cuales *"se derivan de la dignidad inherente a la persona humana"* (Preámbulo); que los Estados Partes *"se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"* (Art. 2) y que *"todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado"*. (Art. 25).

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 (...), origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Ar. 1.) y el derecho de toda persona, “ sin discriminación, a igual protección de la ley” (Art. 24).

De igual forma, dentro instrumentos internacionales aplicables, merece ser resaltado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, que hace parte del bloque de constitucionalidad. Dicho Convenio establece una serie de garantías y derechos de los pueblos indígenas y tribales, al igual que distintas obligaciones de los Estados para asegurarlos. Entre otras, consagra que *“la conciencia de su identidad tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio; (Art.1)”*; instituye la obligación de los gobiernos de *“asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*, tomando medidas que: *“a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas (...)” (Art. 2).*

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en virtud del Convenio 169 de la OIT deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del mismo, los cuales *“enfatan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a ‘... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a*

las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural'.³⁵

Sumado a esto, el Convenio establece otros deberes de los Gobiernos frente a las comunidades tribales, entre otros los de: (i) “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”; (ii) asegurar “los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos (...)”; (iii) brindar “protección contra la violación de sus derechos (...) (Ar.12); (iv) “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios” (...) (Art. 13) y que exige, entre otras acciones, que los Gobiernos “tomen las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.” (Art. 14); (v) adoptar “medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo” (Art. 20); (vi) poner a disposición de los mismos medios de formación profesional que consulte a sus intereses (Art. 21 y 22); (vii) garantizar el acceso a servicios de salud adecuados (Art. 24 y 25); y (viii) asegurar el derecho a la educación (Art. 26), en condiciones que permitan responder a “sus necesidades particulares (...) abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales (Art. 27).

Adicionalmente, el Convenio 169 de la OIT consagra una serie de disposiciones para garantizar el respeto de los territorios de los pueblos indígenas y tribales, y establece que en caso de que estos excepcionalmente sean trasladados se deberán, siempre que sea posible, adoptar las medidas para que estos pueblos puedan regresar a sus tierras tradicionales “*en cuanto dejen de existir la causa que motivaron sus traslado y reubicación*” y si el retorno no es factible, “*dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad*

³⁵ Convenio 169, artículo 7.

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 (...)” (Art. 16).

En todo caso, las autoridades están en la obligación de desplegar las acciones necesarias para impedir “que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos” (Art. 17) y deberán prever “sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos” (Art. 18)

De otra parte, el Derecho Internacional Humanitario, cobija directamente a los miembros de las comunidades afrodescendientes. De manera general, impone una obligación internacional al Estado colombiano de atender las necesidades especiales de las víctimas del conflicto. Así mismo, los miembros de las comunidades afrodescendientes quedan cobijadas bajo dos de los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, a saber, a) el *principio de distinción* —que prohíbe, entre otras, dirigir ataques contra la población civil, la prohibición de utilizar métodos de combate o armas de efectos indiscriminados, así y los actos destinados a sembrar terror entre la población civil, que usualmente preceden y causan el desplazamiento, y en otras oportunidades tienen lugar después de que el desplazamiento ha tenido lugar-, y b) el *principio de trato humanitario* —que cobija a los afrodescendientes, en tanto varias garantías fundamentales les son directamente aplicables a la situación de riesgo que padecen en virtud del conflicto armado interno.³⁶

³⁶ Entre ellas (i) la prohibición de la discriminación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, (ii) la prohibición del homicidio, (iii) la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes —que es en sí misma una norma de *ius cogens*-, (iv) la prohibición de los castigos corporales y los suplicios —norma de *ius cogens* como tal-, (v) la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas —la cual de por sí es una norma de *ius cogens*-, (vi) la prohibición de violencia sexual, de la prostitución forzada y de los atentados contra el pudor; (vii) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos —norma con rango propio de *ius cogens*-, (viii) la prohibición del trabajo forza-

Por su parte, de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, las cuales se basan en disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, merece resaltarse, en función de la protección de los miembros de las comunidades afrodescendientes, el Principio 4 según el cual: “1) *Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar*”; el Principio 6° que prohíbe los desplazamientos arbitrarios incluyendo aquéllos “a) *basados en políticas de apartheid, “limpieza étnica” o prácticas similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada*”; y el Principio 9, de conformidad con el cual “*los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella.*”

En síntesis, conforme a los instrumentos internacionales reseñados es claro que el Estado tiene unos compromisos y deberes especiales frente a las comunidades afro colombianas, que lo obligan no sólo a evitar eventuales discriminaciones, sino también a desarrollar acciones tendientes a garantizar que éstas comunidades y los individuos que las componen puedan gozar de todos los derechos constitucionales, individuales y colectivos, en igualdad de condiciones. [...]

do no retribuido o abusivo, (ix) la prohibición de las desapariciones forzadas, (x) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, (xi) la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual, (xii) la prohibición de los castigos colectivos, (xiii) la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado –norma igualmente revestida del carácter autónomo de *ius cogens*–, y (xiv) la prohibición de los actos de terrorismo. En términos generales, ver la sentencia C-291 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional
Auto 006/09
Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
Bogotá, 26 de enero de 2009

[...] I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES DE LA PRESENTE DECISION

I.1. Persistencia del estado de cosas inconstitucional en el campo del desplazamiento forzado.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el campo del desplazamiento forzado en el país, e impartió varias órdenes complejas encaminadas a asegurar su superación y a avanzar hacia la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales de los desplazados. Según se constató en el Auto 218 de 2006, y según lo han reconocido posteriormente diversas autoridades gubernamentales ante la Corte Constitucional, a pesar de los avances alcanzados en la política de atención a la población desplazada, el estado de cosas inconstitucional persiste en la actualidad y conlleva la continuidad de la violación masiva, sistemática, profunda y persistente de los derechos fundamentales de millones de personas en el territorio nacional, victimizadas por este complejo fenómeno.

I.2. Competencia de la Corte Constitucional para verificar la superación del estado de cosas inconstitucional.

De conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, “el juez (...) mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”³⁷ La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004, mantiene su competencia para

³⁷ Sobre la competencia de la Corte Constitucional para dictar autos que aseguren que el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia de tutela, siempre que ello sea necesario, ver, entre otros, los Autos 010 y 045 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil. Ver también la sentencia T-086 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

verificar que las autoridades adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas desplazadas en el país.

I.3. La omisión de adelantar acciones específicas en el marco de un enfoque diferencial de desplazamiento y discapacidad es, en sí misma, un agravante de la discapacidad.

I.3.1. El conflicto armado y el desplazamiento forzado son fenómenos que causan y exacerbam la discapacidad. El grado de discriminación, aislamiento y exclusión que sufren a diario las personas con discapacidad, se ve agudizado por el conflicto y por el desplazamiento. Ante estos eventos, las necesidades de la población con discapacidad tienden a ser dejadas de lado, se olvida que, a diferencia de otras víctimas del conflicto armado, ellas enfrentan barreras adicionales, tanto sociales, como de acceso al espacio físico, a la comunicación, a la información, a la participación. En situaciones de conflicto esta población está expuesta a un mayor riesgo de perder la vida, de ser sometida a violencia, de ser víctima de abusos y tratos denigrantes, o de ser abandonada. Muchas personas con discapacidad, por las múltiples barreras y restricciones que enfrentan, ni siquiera tienen la oportunidad de escapar para sobrevivir. Pero incluso, aquéllas que logran hacerlo para garantizar su vida, seguridad e integridad personal, se ven abocadas en un nuevo entorno a un mayor aislamiento y marginación que les hace más difícil recuperarse y recobrar sus medios de subsistencia.

I.3.2. Las personas desplazadas con discapacidad son sin duda uno de los grupos más vulnerables y discriminados del conjunto de población desplazada. Sin embargo, como se pondrá de presente a lo largo de esta providencia, esta mayor vulnerabilidad no ha venido acompañada de acciones decididas para enfrentarla. Ni siquiera hay claridad de cuántas personas con discapacidad se encuentran desplazadas. Mucho menos se conoce cuáles son sus necesidades específicas, teniendo en cuenta, además, que la población desplazada con discapacidad abarca una gran heterogeneidad, en términos del tipo de discapacidad, de la edad, del género, de la adscripción étnica y cultural.

I.3.3. Aunque la Constitución exige que las personas con discapacidad deben recibir una especial protección, el común denominador de la política de atención a la población desplazada es la indiferencia frente sus particulares necesidades en todas las etapas del desplazamiento. Así, lejos de cumplir con su obligación de identificar y remover barreras que generan discapacidad³⁸, el Estado con su indiferencia profundiza la discapacidad y la discriminación que sufre la población desplazada con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La omisión del Estado en la materia conduce a anular o restringir los derechos y libertades de las personas con discapacidad víctimas del desplazamiento y a excluirlas de beneficios y oportunidades necesarios para mejorar sus condiciones de vida.

La omisión del Estado frente a la población desplazada con discapacidad, no tiene en cuenta que la relación entre el conflicto armado, el desplazamiento y la discapacidad no es excepcional, ni puede considerarse intrascendente³⁹. En razón del conflicto armado y del desplazamiento forzado, la población en general corre el riesgo de adquirir una discapacidad y de sufrir, en consecuencia, el impacto desproporcionado que se deriva de la interacción de estas circunstancias. La edad avanzada, la baja escolaridad, la desocupación, la pérdida de roles sociales, la pérdida de familiares y amigos, las condiciones materiales de vida inadecuada, las enfermedades crónicas, son factores que se han identificado como potenciadores de condiciones de discapacidad.⁴⁰ A estos se suman los riesgos de ser víctimas de minas antipersonales o el peligro de ser objeto del fuego cruzado. A todos estos riesgos está sujeta la población desplazada en general, pero de manera acentuada, la población con discapacidad.

³⁸ La discapacidad se entiende como la interacción entre una persona con deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o mentales, con diversas barreras que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

³⁹ Sobre la relación entre el conflicto armado y las condiciones de discapacidad, vid: .International Disability and Development Consortium, *Disability and Conflict: Report of an IDDC Seminar May 29th – June 4th 2000*, IDDC, Surrey, 2003, 31.

⁴⁰ BAYARRE, Héctor. *Prevalencia y factores de riesgo de discapacidad en ancianos*. Ciudad de La Habana y Las Tunas. 2000. Ciudad de La Habana, 2003, p. 5 y 6

I.3.4. La necesidad de que se adopte un enfoque diferencial de discapacidad en todas las fases del desplazamiento es imperiosa. Mientras subsista la falta de comprensión de la particular problemática que enfrentan las personas desplazadas con discapacidad, se siga profundizando la exclusión que sufre esta población frente a los diferentes componentes de atención al desplazamiento y no se supere la carencia de un enfoque de prevención específico que de cuenta de los riesgos en discapacidad, difícilmente se podrá dar por superado el estado de cosas inconstitucional. Para hacer frente a esa ausencia de un enfoque diferencial en discapacidad, la presente providencia dará una serie de órdenes específicas dirigidas a mitigar el impacto cualitativamente diferencial y agravado que el desplazamiento forzado ejerce sobre las personas con discapacidad, al igual que sobre sus familias.

El esquema de esta providencia es el siguiente: primero se reseñarán los fundamentos constitucionales de la presente decisión. En el Capítulo II, sobre constataciones generales, se hará una enumeración general de los hallazgos de la Corte en relación con los diferentes riesgos que enfrenta la población con discapacidad en el marco del desplazamiento forzado y una síntesis de la valoración de la respuesta enviada por el Gobierno con ocasión de la sesión pública de información técnica del 1 de abril de 2008. En el Capítulo III, se explicarán cada uno de los riesgos identificados, se presentará de manera puntual la respuesta del Gobierno y las observaciones de la Corte frente a ésta. Finalmente, en el Capítulo IV, luego de demostrar la severidad con la que el desplazamiento forzado impacta a la población con discapacidad, y la ausencia de un enfoque diferencial de discapacidad que se oriente a superar el estado de cosas inconstitucional en relación con esta población, la Corte entrará a enunciar las medidas que ordenará en la presente providencia.

I.4. Identificación previa, por el juez constitucional, de la especial vulnerabilidad de las personas desplazadas con discapacidad, y de la ausencia de un enfoque diferencial sensible a sus necesidades específicas.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional manifestó que, en términos generales, las personas desplazadas por el

conflicto armado, dadas las circunstancias que rodean el desplazamiento, *“quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad⁴¹, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales⁴² y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: ‘Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado’⁴³.”* Más adelante, al identificar los derechos constitucionales fundamentales específicos que resultan vulnerados por las situaciones de desplazamiento forzado,

⁴¹ Los motivos y las manifestaciones de esta vulnerabilidad acentuada han sido caracterizados por la Corte desde diversas perspectivas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-602 de 2003 se precisaron los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno dentro de los que se destacan *“(i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) el desempleo, (iii) la pérdida del hogar, (iv) la marginación, (v) el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, (vi) la inseguridad alimentaria, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, y (viii) la desarticulación social.”*, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida. Por otra parte, en la sentencia T-721 de 2003 (i) se señaló que la vulnerabilidad de los desplazados es reforzada por su proveniencia rural y (ii) se explicó el alcance de las repercusiones psicológicas que surte el desplazamiento y se subrayó la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el tratamiento de este problema, por la especial fuerza con la que afecta a las mujeres.

⁴² Ver, entre otras, las sentencias T-419 de 2003, SU-1150 de 2000.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1150 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta tutela se acumulan tres demandas. La primera corresponde a un grupo de desplazados por la violencia estaba compuesto por 26 familias que habían ocupado un predio de alto riesgo de propiedad de CORVIDE y que iban a ser desalojados por las autoridades municipales de Medellín, sin que se les hubiera ofrecido atención humanitaria y sin que existiera un plan de atención a la población desplazada. El segundo grupo estaba compuesto por una familia de desplazados que solicitaba ayuda a las autoridades de Cali para tener acceso a los beneficios de vivienda que se otorgaban a personas ubicadas en zonas de alto riesgo, pero a quienes se les niega dicho auxilio con el argumento de que no estaba diseñado para atender población desplazada que sólo podían recibir ayuda de carácter temporal. El tercer grupo, también unifamiliar, interpuso la acción de tutela contra la Red de Solidaridad, pues a pesar de haber firmado un acuerdo de reubicación voluntaria y haberse trasladado al municipio de Guayabal, la Red no había cumplido con la ayuda acordada para adelantar proyectos productivos y para obtener una solución de vivienda definitiva. La ayuda pactada para el proyecto productivo fue finalmente entregada al actor por orden del juez de tutela, pero la ayuda para vivienda no se le dio porque estaba sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos.

la Corte señaló expresamente los derechos de los miembros de los *“grupos especialmente protegidos ‘en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse’⁴⁴”,* entre los cuales se cuentan las personas con discapacidad. La Corte precisó que la interpretación de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional que forman parte de la población desplazada se debe realizar con arreglo a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Nos. 2, 4 y 9, relativos a la protección especial que el Estado debe dispensar a ciertos grupos de desplazados.

Posteriormente, en el Auto 218 de 2006, la Corte Constitucional constató la persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, y entre las áreas críticas de la política pública de atención a la población desplazada que ameritaban una intervención urgente, incluyó la *“falta de especificidad de la política de atención en sus diversos componentes”,* resaltando que no se había demostrado un avance significativo en la adopción de enfoques que respondieran a las necesidades específicas de los sujetos de especial protección constitucional, quienes *“se diferencian del resto [de la población desplazada] en cuanto a la especificidad de sus vulnerabilidades, sus necesidades de protección y de atención, y las posibilidades que tienen de reconstruir sus proyectos de vida digna.”*

No obstante, y sin desconocer los avances efectuados en general por entidades gubernamentales para proteger a los desplazados, esta indicación por parte del juez constitucional no se ha traducido, a la fecha, en acciones integrales, concretas y especialmente diferenciadas orientadas a resolver la situación crítica que enfrenta la población desplazada con discapacidad.

⁴⁴ Ver, por ejemplo, las sentencias T-215 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño, en donde la Corte tutela los derechos de 14 menores de edad a quienes se les niega el cupo para estudiar en el Colegio Sol de Oriente de la Comuna Centro Oriental de Medellín, por razones de edad, ausencia de cupos disponibles e imposibilidad de asumir los costos generados; T-419 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra, donde la Corte concede el amparo de los derechos a dos mujeres cabeza de familia desplazadas y a sus hijos, a quienes en un caso, no se le había dado la ayuda humanitaria a la que tenían derecho, y en el otro, la ayuda humanitaria recibida resultaba claramente insuficiente dadas las urgentes necesidades de la familia.

I.5. Las personas con discapacidad desplazadas por el conflicto armado son sujetos de especial protección constitucional imperativa y prioritaria, en virtud de los mandatos de la Carta Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Las personas con discapacidad gozan de una protección reforzada que se deriva tanto del ordenamiento jurídico interno como del derecho internacional de los derechos humanos. A partir de estas garantías de protección, se desprende un conjunto de deberes en cabeza de las autoridades públicas y de los particulares para garantizar el respeto y goce efectivo de sus derechos.

I.5.1. Mandatos constitucionales específicos a favor de las personas desplazadas con discapacidad

I.5.1.1. El artículo 2 de la Constitución Política dispone que entre los fines esenciales del Estado se incluyen los de *“servir a la comunidad”, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*. Acto seguido dispone el mismo mandato constitucional que las autoridades estatales han sido instituidas *“para 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”*. Más adelante, el artículo 5º Superior ordena que *“el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”*.

Estas cláusulas de la Carta Política son vinculantes en sí mismas, y su contenido obliga claramente al Estado colombiano a adoptar un enfoque preventivo del desplazamiento forzado, que ataque sus causas de raíz con suficiente especificidad como para no subsumirse en una política general de seguridad interna, y que garantice así que la respuesta estatal al desplazamiento forzado no se limite a la atención de las víctimas *a posteriori*, sino que también opere directamente sobre sus factores causales.

Por su parte, distintos artículos constitucionales enfatizan en el amparo reforzado del que deben gozar las personas con discapacidad. Así, el artículo 13 de la Carta, establece que *“el Estado prote-*

gerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” El artículo 47 Superior, señala la obligación del Estado de adelantar *“política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”* El artículo 54 de la Carta dispone que es *“obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”* El artículo 68 de la Carta instituye como obligaciones especiales del Estado la *“erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales”*.

Si bien las expresiones utilizadas por la Carta para referirse a las personas con discapacidad no corresponden a una terminología adecuada de conformidad con los estándares internacionales, lo cierto es que al margen de las imprecisiones terminológicas, como lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, la voluntad del constituyente plasmada en cada uno de estos artículos es inequívoca: *“eliminar, mediante actuaciones positivas del Estado y de la sociedad, la silenciosa y sutil marginación de las personas con cualquier tipo de discapacidad, que se encuentra arraigada en lo más profundo de las estructuras sociales, culturales y económicas predominantes en nuestro país, y es fundamentalmente contraria al principio de dignidad humana sobre el que se construye el Estado Social de Derecho.”*⁴⁵

I.5.1.2. La Corte Constitucional, a través de una vasta jurisprudencia, ha garantizado los derechos de la población con discapacidad, a la luz de las normas constitucionales mencionadas, entre otros: (i) a la vida e integridad personal,⁴⁶ (ii) a la igualdad y la no

⁴⁵ Sentencia T-397 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁴⁶ Entre otras, las sentencias T-560 de 2007 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-003 de 2005 (MP. Jaime Araujo Rentería)

discriminación;⁴⁷ (iii) al libre desarrollo de la personalidad;⁴⁸ (iv) a la locomoción, en especial en relación con la accesibilidad a espacios públicos y privados,⁴⁹ (v) al debido proceso;⁵⁰ (vi) a la libertad religiosa;⁵¹ (vii) al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada;⁵² (viii) a la salud y a la seguridad social;⁵³ (ix) a la educación;⁵⁴ (x) a la personalidad jurídica;⁵⁵ (xi) los derechos sexuales y reproductivos;⁵⁶ y (xii) a la participación ciudadana.⁵⁷

⁴⁷ Entre otras, las sentencias T-1118de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-984 de 2007 (MP. Humberto Sierra Porto), T-061de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-989de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1070de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1639 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-559 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-1015de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-984de 2007 (MP. Humberto Sierra Porto), T-1639de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-285de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-595de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-276de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-285de 2003 (MP. Clara Inés Vargas), C-410de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-823de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁴⁸ Entre otras, la sentencia T-473 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería)

⁴⁹ Entre otras, las sentencias T-1639 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-285 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-595 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-276 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-285 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas), C-410 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-823 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁵⁰ Entre otras, las sentencias T-1103 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-1103 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

⁵¹ Entre otras la sentencia T-473 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería)

⁵² Entre otras, las sentencias T-090 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-602 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-531 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-661 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1031 de 2005 (MP. Humberto Sierra Porto)

⁵³ Entre otras, las sentencias T-321 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T- 282 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-282 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-061 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1070 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-518 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-816 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas)-,

⁵⁴ Entre otras, las sentencias T-170 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Treviño), T-984 de 2007 (MP. Humberto Sierra Porto), T-884 de 2006 (MP. Humberto Sierra Porto), C-559 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-886 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-792 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-443 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-440 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería)

⁵⁵ Entre otras, la sentencia T-909 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería)

⁵⁶ Entre otras las sentencias T-850 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil, T-492 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-988 de 2007 (MP. Antonio Sierra Porto)

⁵⁷ Entre otras la sentencia T-473 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería)

Aunque las decisiones contienen reglas particulares dependiendo del caso de que se trate, en términos generales, la jurisprudencia ha resaltado el deber del Estado de brindar una protección mayor y especial a las personas con discapacidad, para lo cual deberá (i) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad, (ii) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones y (iii) otorgarles un trato especial, pues la no aplicación de la diferenciación positiva contribuye a perpetuar la marginación o la discriminación.⁵⁸

La Corte ha puesto de presente que las personas con discapacidad deben gozar de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en razón de su particular condición de discapacidad.⁵⁹ Esta Corporación ha sido enfática en señalar que por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad: *“Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.”*⁶⁰

I.5.2. Obligaciones internacionales a favor de las personas desplazadas con discapacidad.

I.5.2.1. Los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, también obligan a las autoridades a adoptar un enfoque de prevención del desplazamiento

⁵⁸ Ver Corte Constitucional sentencia T-397 de 2004 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En dicho pronunciamiento se protegió el derecho de una madre invidente a conservar el cuidado de su menor hija, y se realizó un detallado estudio sobre la protección que otorgan los distintos instrumentos internacionales a la población con discapacidad.

⁵⁹ Sentencia T- 826 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes).

⁶⁰ Sentencia C-174 de 2004. Ver las Sentencia T-288de 1995 y T-378 de 1997.

forzado que sea lo suficientemente diferenciado y específico como para incidir sobre las causas de fondo de este fenómeno y su impacto desproporcionado sobre las personas con discapacidad.

En relación con las obligaciones internacionales aplicables frente a las personas con discapacidad, se encuentran tratados generales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que si bien no se refieren explícitamente a las personas con discapacidad, sus garantías les son directamente aplicables.⁶¹ De igual forma, todas las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶² cobijan a los niños con discapacidad. Adicionalmente, esta Convención, contiene en su artículo 23 provisiones específicas en relación con los menores con discapacidad.⁶³

⁶¹ Vid, Sentencia T-826/2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes).

⁶² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

⁶³ Dice el Artículo 23: “1). Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2). Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3). En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4) Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado varios instrumentos particulares en relación con las personas con discapacidad, como la “Declaración de los Derechos de los Impedidos”⁶⁴, que reconoce, entre otros, los siguientes derechos: “(...) el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible”, “(...) a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible”, “(...) a servicios que aseguren el aprovechamiento y máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social” y el “derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de planificación económica y social”(art. 8). Así mismo, es aplicable la “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”⁶⁵ que, entre otras disposiciones, expresa que “(...) el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos ...” y que “(...) tiene derecho a la atención médica y al tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes”. Agrega la citada Declaración que “(...) el retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso (...)”.

A estos instrumentos de la Asamblea General de las Naciones Unidas se suman los “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental”⁶⁶, las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”⁶⁷, las “Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social”⁶⁸ y el “Pro-

⁶⁴ Resolución 3447, 9 de diciembre de 1975.

⁶⁵ Resolución 2856, 20 de diciembre de 1971.

⁶⁶ Resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991

⁶⁷ Resolución 48/96, 20 de diciembre de 1993. Estas normas recogen los estándares más altos en la materia, ya que apelan al contenido de otros documentos como la “Declaración de los derechos del Retrasado Mental” y la “Declaración de los Derechos de los Impedidos”, pero, entre otros hechos, dejan de lado los problemas de orden semántico de dichas declaraciones.

⁶⁸ Resolución 2542, del 11 de diciembre de 1969. En la Parte III, Artículo 19 literal d), puntualmente se establece: “ La institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a permitirles en la mayor medida posibles ser miembros útiles a la sociedad

grama de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”.⁶⁹ Si bien estos instrumentos, como lo ha señalado la Corte, no tienen carácter vinculante, son un importante parámetro interpretativo de los cuerpos normativos que si resultan obligatorios para los estados.⁷⁰

Ahora bien, dentro de las pautas normativas recogidas en varios instrumentos internacionales que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte sobre bloque de constitucionalidad, constituyen criterios relevantes de interpretación, merece resaltarse la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a los derechos de las personas con discapacidad. En esta Observación, se hace explícito el deber de los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, de tomar acciones positivas para que se garanticen, en igualdad de condiciones, los derechos de la población con discapacidad. En términos del Comité:“(...) *En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente.*”⁷¹

Por otra parte, Colombia ratificó la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea

—entre éstas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria— y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos sean objeto de discriminación debida a sus incapacidades.”

⁶⁹ Resolución 3752, del 3 de diciembre de 1982, implementado por la Resolución 38/28 del 22 de noviembre de 1983.

⁷⁰ Sentencia, T-608 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

⁷¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 5, 11° período de sesiones, 1994, Doc. E/1995/22, párrafo 9.

General de la OEA en 1999.⁷² Este tratado define la discriminación contra las personas con discapacidad como toda aquella *“distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”*. Adicionalmente, ordena a los Estados a tomar medidas no sólo para *“eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad”* sino también para *“propiciar su plena integración en la sociedad.”*

También, dentro del ámbito americano, se encuentra el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C-251 de 1997, entre cuyas previsiones se encuentra, en materia de seguridad social, la disposición conforme a la cual *“[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...”*; en relación con la salud, el derecho de toda persona *“... a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...”* y el compromiso de los Estados de adoptar medidas para, entre otras cosas, garantizar *“... la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”*.

En síntesis, conforme a los instrumentos internacionales reseñados es claro que el Estado tiene unos compromisos y deberes especiales frente a las personas con discapacidad, que lo obligan no sólo a evitar eventuales discriminaciones, sino también a desarrollar acciones tendientes a garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar de todos los derechos constitucionales, en igualdad de condiciones.

I.5.2.2. El Derecho Internacional Humanitario, que cobija directamente a las personas desplazadas en situación de discapaci-

⁷² Este tratado fue ratificado por Colombia el 2 de febrero de 2004, después de que fuera aprobada por la Ley 762 de 2003 y declarada exequible por la Sentencia C-401 de 2003.

dad, también provee garantías de distintos grados de especificidad para estos sujetos de especial protección. De manera general, impone una obligación internacional al Estado colombiano de atender las necesidades especiales de las víctimas del conflicto. Así mismo, las personas con discapacidad quedan cobijadas bajo dos de los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario, a saber, a) el *principio de distinción* –que prohíbe, entre otras, dirigir ataques contra la población civil, utilizar métodos de combate o armas de efectos indiscriminados, y realizar actos destinados a sembrar terror entre la población civil, que usualmente preceden y causan el desplazamiento, y en otras oportunidades tienen lugar después de aquél, y b) el *principio de trato humanitario* –que cobija a las personas con discapacidad, en tanto varias garantías fundamentales les son directamente aplicables a la situación de riesgo que padecen en virtud del conflicto armado interno.⁷³

Por su parte, los Principios Rectores de la Organización de Naciones Unidas sobre desplazamientos internos, que concretan las obligaciones internacionales de Colombia en relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado, contienen una provisión general que consagra el deber de protección y atención

⁷³ Entre ellas (i) la prohibición de la discriminación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, (ii) la prohibición del homicidio, (iii) la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes -que es en sí misma una norma de *ius cogens*-, (iv) la prohibición de los castigos corporales y los suplicios -norma de *ius cogens* como tal-, (v) la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas -la cual de por sí es una norma de *ius cogens*-, (vi) la prohibición de violencia sexual, de la prostitución forzada y de los atentados contra el pudor; (vii) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos -norma con rango propio de *ius cogens*-, (viii) la prohibición del trabajo forzado no retribuido o abusivo, (ix) la prohibición de las desapariciones forzadas, (x) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, (xi) la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual, (xii) la prohibición de los castigos colectivos, (xiii) la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado -norma igualmente revestida del carácter autónomo de *ius cogens*-, y (xiv) la prohibición de los actos de terrorismo. En términos generales, ver la sentencia C-291 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

especial a las personas con discapacidad. En efecto, el Principio 4 dispone: “1) *Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.* 2) *Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.*” Por su parte, el Principio 19 señala: “1. *Los desplazados internos enfermos o heridos y los que sufran discapacidades recibirán en la mayor medida posible y con la máxima celeridad la atención y cuidado médicos que requieren, sin distinción alguna salvo por razones exclusivamente médicas. Cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales.*” (destacado fuera de texto). [...]

El derecho internacional humanitario: definición, ámbito de aplicación y composición

Corte Constitucional

Sentencia C-291/07

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 25 de abril de 2007

[...] III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE [...]

1. El Derecho Internacional Humanitario: definición y ámbito de aplicación.

El Derecho Internacional Humanitario es el derecho aplicable a los conflictos armados. El objetivo fundamental del Derecho Internacional Humanitario, al decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es *“restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades”*^{1*2}. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que *“en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados”*³, para efectos de lo cual se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario.

¹ * La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. En tanto ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el Derecho Internacional Humanitario regula tanto el desarrollo de las hostilidades –limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición– como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados.⁴ La jurisprudencia internacional –en particular la de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para

⁴ En este sentido, según lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo unifica los regímenes anteriormente conocidos como “Derecho de la Haya” –relativo a las limitaciones o prohibiciones sobre métodos y medios específicos de guerra– y “Derecho de Ginebra” –relacionado principalmente con la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, los civiles y los no combatientes–, especialmente desde la adopción de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 en 1977. En términos de la Corte Internacional de Justicia: *“Las ‘leyes y costumbres de la guerra’ –como se les conocía tradicionalmente– fueron objeto de esfuerzos de codificación en La Haya (incluidas las convenciones de 1899 y 1907), y se basaban parcialmente en la Declaración de San Petersburgo de 1868, así como en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874. Este ‘Derecho de La Haya’ (...) establecía los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y limitaba las opciones de métodos y medios para herir al enemigo en un conflicto armado internacional. A esto se debe añadir el ‘Derecho de Ginebra’ (las Convenciones de 1864, 1906, 1929 y 1949), que protege a las víctimas de la guerra y busca proveer salvaguardas para el personal inhabilitado de las fuerzas armadas y las personas que no toman parte en las hostilidades. // Estas dos ramas del derecho aplicable al conflicto armado han llegado a estar tan íntimamente interrelacionadas, que se considera que han formado gradualmente un sistema unitario complejo, conocido hoy en día como Derecho Internacional Humanitario. Las disposiciones de los Protocolos Adicionales de 1977 expresan y acreditan la unidad y complejidad de ese derecho”*. [Traducción informal: *“The ‘laws and customs of war’ — as they were traditionally called — were the subject of efforts at codification undertaken in The Hague (including the Conventions of 1899 and 1907), and were based partly upon the St. Petersburg Declaration of 1868 as well as the results of the Brussels Conference of 1874. This ‘Hague Law’ (...) fixed the rights and duties of belligerents in their conduct of operations and limited the choice of methods and means of injuring the enemy in an international armed conflict. One should add to this the ‘Geneva Law’ (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities. // These two branches of the law applicable in armed conflict have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the unity and complexity of that law”*. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996].

Ruanda, así como la de la Corte Internacional de Justicia- ha sido clara y prolija al explicar, entre otras, los siguientes postulados básicos sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario: (1) su definición, en particular la de los conflictos armados internos, (2) las condiciones de tipo temporal, geográfico y material que delimitan su ámbito de aplicación, (3) su carácter vinculante para todas las partes en conflicto, y (4) su independencia del reconocimiento de la legitimidad de las razones de fondo del conflicto, así como del status de los grupos enfrentados ante el Derecho Internacional Público. Por tratarse del entorno jurídico básico en el cual se han de interpretar las disposiciones acusadas en el presente proceso, la Corte explicará brevemente el contenido de cada uno de ellos a continuación.

4.1. Definición de "conflicto armado" para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

El supuesto necesario para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es la existencia de un conflicto armado. La determinación de las condiciones que detonan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario es, por lo mismo, necesaria para establecer el ámbito de aplicación de los tipos penales que se demandan en el presente proceso -ya que todos consagran conductas violatorias del DIH-, en tanto pre-requisito de su adecuada interpretación y, en consecuencia, de la resolución de los problemas jurídicos planteados a la Corte.

La naturaleza voluble de los conflictos armados actuales⁵ ha llevado a la jurisprudencia internacional a definirlos como *"el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado"*⁶. En el caso de los conflictos

⁵ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio de 1999.

⁶ Traducción informal: *"a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a State"*. Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, par. 70. Esta regla ha sido reiterada en numerosas decisiones del Tribunal Penal Internacional para

armados internos, el adjetivo “*prolongada*”⁷ busca excluir de esta definición los casos de meros disturbios civiles, revueltas esporádicas o actos terroristas aislados.⁸ Esta definición se refleja en lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo Adicional II sobre su “*ámbito de aplicación material*”, en el cual se dispone:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo.

2. El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene un test similar para la determinación de la existencia de un conflicto

la Antigua Yugoslavia, entre las cuales se cuentan los casos de Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio de 1999; Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005; Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000; Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004; Fiscal vs. Anto Furundzija, sentencia del 10 de diciembre de 1998; Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003; Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001; Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones 12 de junio de 2002; Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

⁷ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia usa el término “*protracted*”, en la versión inglesa de las sentencias.

⁸ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos del Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia de la Sala de Apelaciones del 17 de diciembre de 2004; Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005; y Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

armado no internacional, a efectos de determinar la ocurrencia de crímenes de guerra. De conformidad con el artículo 8(2)(f) de este tratado, *“el párrafo 2(e) del presente artículo [que define como crímenes de guerra las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados no internacionales] se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, específicamente de las garantías provistas por el Artículo 3 común, es necesario que la situación en cuestión haya trascendido la magnitud de un mero disturbio interior o tensión interna⁹, para constituir un conflicto armado de carácter no internacional:

⁹ Explica la Comisión Interamericana: *“Las normas legales que rigen un conflicto armado interno difieren significativamente de las que se aplican a situaciones de disturbios interiores o tensiones internas (...)”*. Estos son ejemplificados por la Comisión siguiendo un estudio elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, con los siguientes casos no taxativos: *“motines, vale decir, todos los disturbios que desde su comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada; actos de violencia aislados y esporádicos, a diferencia de operaciones militares realizadas por las fuerzas armadas o grupos armados organizados; otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión política”*. En este orden de ideas, la Comisión señala que *“el rasgo principal que distingue las situaciones de tensión grave de los disturbios interiores es el nivel de violencia que comportan. Si bien las tensiones pueden ser la secuela de un conflicto armado o de disturbios interiores, estos últimos son ‘...situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia...En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplazan fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno’ . // El derecho internacional humanitario excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las situaciones de disturbios interiores y tensiones internas, por no considerarlas como conflictos armados. Éstas se encuentran regidas por normas de derecho interno y por las normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos”*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

“En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define ‘un conflicto armado sin carácter internacional’. No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular. Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible. // El problema más complejo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 3 común no se sitúa en el extremo superior de la escala de violencia interna, sino en el extremo inferior. La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel “inferior”, conforme al artículo 3, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto.”¹⁰

En consecuencia, la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las

¹⁰ Id.

características de cada caso particular¹¹. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes.¹² Al apreciar la intensidad de

¹¹ Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha explicado que “la definición de un conflicto armado *per se* se formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un “conflicto armado” que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”. [Traducción informal: “*The definition of an armed conflict per se is termed in the abstract, and whether or not a situation can be described as an “armed conflict”, meeting the criteria of Common Article 3, is to be decided upon on a case-by-case basis.*”] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso del Fiscal vs. Rutaganda, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

¹² El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado en este sentido: “Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso Tadic, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario’ [sentencia del caso Tadic, par. 562]. (...) En consecuencia, *un cierto* grado de organización de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado. (...) Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema. Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos; el término ‘conflicto armado’ presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida; debe haber oposición por las fuerzas armadas, y una cierta intensidad de los combates.(...)’”. [Traducción informal: “*Under this test, in establishing the existence of an armed conflict of an internal character the Chamber must assess two criteria: (i) the intensity of the conflict and (ii) the organisation of the parties. [See Tadic Trial Judgement, para 562.] These criteria are used “solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law.” [Tadic Trial Judgement, para 562.] (...) Therefore, some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict. (...) This position is consistent with other persuasive commentaries on the matter. A study by the ICRC submitted as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC noted that: The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the*”

un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas¹³, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo¹⁴, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas¹⁵. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.¹⁶

Otros criterios más exigentes para establecer la existencia de un conflicto armado han sido invocados con frecuencia por algunos sectores de la doctrina, pero la jurisprudencia internacional ha descartado expresamente que se trate de requisitos necesarios para clasificar una determinada situación en esta categoría. Así, se ha sugerido que es necesario (a) que haya un reconocimiento explícito de los grupos enfrentados como insurgentes o como beligerantes, (b) que la disputa haya ingresado a la agenda del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas, (c) la existencia de una organización semi-estatal a nivel de los grupos armados que

subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria; the term 'armed conflict' presupposes the existence of hostilities between armed forces organised to a greater or lesser extent; there must be the opposition of armed forces and a certain intensity of the fighting. (...)]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹³ Ver, entre otros, los casos Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Zejnir Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998.

¹⁴ Ver, entre otros, los casos Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹⁵ Ver, entre otros, los casos Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Zejnir Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998.

¹⁶ Ver, entre otros, el caso Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

enfrentan a las autoridades *de jure*, o (d) el ejercicio de autoridad estatal de facto sobre determinadas porciones del territorio por los grupos armados en cuestión. Sin embargo, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, basándose en un cuidadoso estudio del estado del Derecho Internacional Humanitario, afirmó expresamente que no es necesario que estén presentes estos factores para efectos de considerar que una confrontación armada determinada está sujeta a las leyes de la guerra.¹⁷

¹⁷ Dijo el Tribunal: “La historia de la redacción del Artículo 3 Común provee una guía adicional. Varias propuestas en borrador de lo que más tarde sería conocido como el Artículo 3 Común buscaban hacer que su aplicación dependiera, *inter alia*, de condiciones tales como un reconocimiento explícito de los insurgentes por el gobierno *de jure*, la admisión de la disputa a la agenda del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas, la existencia de una organización semi-Estatal de los insurgentes, y de autoridades civiles ejerciendo poderes de facto sobre personas en determinados territorios. Sin embargo, ninguna de estas condiciones fue incluida en la versión final del Artículo 3 común que fue objeto de acuerdo por los Estados Parte en la Conferencia Diplomática. Ello provee una clara indicación de que los redactores de las Convenciones de Ginebra no quisieron incluir tales requisitos explícitos para la aplicación del Artículo 3 Común. // La Sala también es consciente del Artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (...). Un comentario al Estatuto de la CPI sugiere, más aún, que factores adicionales tales como el involucramiento de las fuerzas gubernamentales de un lado, o el ejercicio de control territorial por las fuerzas rebeldes, no son indispensables para la determinación de un conflicto armado. (...)” [Traducción informal: “*The drafting history of Common Article 3 provides further guidance. Several proposed drafts of what later became known as Common Article 3 sought to make its application dependant, inter alia, on conditions such as an explicit recognition of the insurgents by the de jure government, the admission of the dispute to the agenda of the Security Council or the General Assembly of the United Nations, the existence of the insurgents’ State-like organisation, and civil authority exercising de facto authority over persons in determinate territory. However, none of these conditions was included in the final version of Common Article 3, which was actually agreed by the States Parties at the Diplomatic Conference. This provides a clear indication that no such explicit requirements for the application of Common Article 3 were intended by the drafters of the Geneva Conventions. // 87. The Chamber is also conscious of Article 8 of the Statute of the International Criminal Court (...). A commentary on the ICC Statute further suggests that additional factors, such as the involvement of government forces on one side or the exercise of territorial control by the rebel forces, are not indispensable for the determination of an armed conflict. (...)*]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

Es claro, en fin, que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados.¹⁸ También cabe subrayar que la existencia de un conflicto armado “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico” de los grupos armados (Art. 3 Común). Una condición para el reconocimiento de insurgencia o beligerancia es que el grupo armado irregular haya aceptado y aplicado el DIH.

1.2. Ámbito de aplicación temporal, geográfico y material del Derecho Internacional Humanitario.

El DIH se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole *temporal, espacial y material*; tales condiciones hacen que “*el ámbito temporal y geográfico tanto de los conflictos armados internos como de los internacionales se extienda más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades*”¹⁹; que “*una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal. (...) el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos,*

¹⁸ “Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos (...)’”. [Traducción informal: “*A study by the ICRC submitted as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC noted that: The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria (...)*”]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹⁹ Traducción informal: “*the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995.

*temporal y geográficamente, de los combates como tales*²⁰; y que *“las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste”*.²¹

1.2.1. En términos temporales, *“el derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico”*²².

1.2.2. En términos geográficos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica tanto a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates u hostilidades armados, como a la totalidad del territorio controlado por el Estado y los grupos armados enfrentados, así como a otros lugares en donde, si bien no ha habido materialmente una confrontación armada, se han dado hechos que se relacionan de cerca con el conflicto armado. Así lo ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia al precisar que *“no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra”*.²³

²⁰ Traducción informal: *“A violation of the laws or customs of war may therefore occur at a time when and in a place where no fighting is actually taking place. As indicated by the Trial Chamber, the requirement that the acts of the accused must be closely related to the armed conflict would not be negated if the crimes were temporally and geographically remote from the actual fighting.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

²¹ Traducción informal: *“The laws of war may frequently encompass acts which, though they are not committed in the theatre of conflict, are substantially related to it.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

²² Traducción informal: *“International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. Reiterado en los casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001; y Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²³ Traducción informal: *“There is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war”*. Tribu-

La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario “no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios”²⁴; que “no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del Derecho Internacional Humanitario”²⁵; que “no es necesario probar que hubo un conflicto armado en todas y cada una de las pulgadas cuadradas del área en general. El estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, sino que existe a lo ancho de todo el territorio bajo control de las partes en guerra”²⁶; y así mismo, que en el caso específico de los conflictos armados internos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica desde su iniciación hasta el logro de un arreglo pacífico, en “todo el territorio bajo el control de una de las partes, sea que allí se desarrollen los combates como tales o no”²⁷. De tal manera, cuando

nal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

²⁴ Traducción informal: “It is not necessary to establish the existence of an armed conflict within each municipality concerned. It suffices to establish the existence of the conflict within the whole region of which the municipalities are a part.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000. Reiterado en el caso del Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006.

²⁵ Ibid.

²⁶ Traducción informal: “the Prosecutor did not have to prove that there was an armed conflict in each and every square inch of the general area. The state of armed conflict is not limited to the areas of actual military combat but exists across the entire territory under the control of the warring parties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

²⁷ Traducción informal: “International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995. En igual sentido, ha afirmado este tribunal que “el marco geográfico y temporal de este test también es jurisprudencia consolidada: los

se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en lugares donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario *“sería suficiente (...) que los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto”*²⁸.

1.2.3. En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto²⁹. Así, no todos los hechos ilícitos que

crímenes cometidos en cualquier lugar del territorio bajo el control de una parte del conflicto, hasta que se logre un arreglo pacífico del conflicto, caen bajo la jurisdicción del Tribunal” [Traducción informal: *“The geographic and temporal framework of this test is also settled jurisprudence: crimes committed anywhere in the territory under the control of a party to a conflict, until a peaceful settlement of the conflict is achieved, fall within the jurisdiction of the Tribunal.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.] Regla reiterada en los casos de Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²⁸ Traducción informal: *“it would be sufficient (...) that the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. Igual regla fue aplicada en los casos de Fiscal vs. Dusko Tadic, anteriormente citado; Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004; Fiscal vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic, sentencia del 31 de marzo de 2003; Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

²⁹ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha considerado que la “relación requerida” se satisface cuandoquiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” [“closely related to the hostilities”; Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995], cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos [“an obvious link”; caso del Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998], un “nexo claro” entre los mismos [“a clear nexus”; id.]; o un “nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo” [“evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”; caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000].

ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; *“solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión”*.³⁰ La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *“en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–”*³¹. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes³². También ha precisado la jurisprudencia, en ca-

³⁰ Traducción informal: *“Not all unlawful acts occurring during an armed conflict are subject to international humanitarian law. Only those acts sufficiently connected with the waging of hostilities are subject to the application of this law. (...) It is necessary to conclude that the act, which could well be committed in the absence of a conflict, was perpetrated against the victim(s) concerned because of the conflict at issue.”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio de 1999.

³¹ Traducción informal: *“Such a relation exists as long as the crime is ‘shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed.’”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que *“lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido – el conflicto armado–”* [Traducción informal: *“What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

³² Traducción informal: *“59. In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the*

sos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “*el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado*”³³, y que “*el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió*”³⁴.

victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que “al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador” [Traducción informal: “*In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

³³ Traducción informal: “*the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

³⁴ Traducción informal: “*the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: “No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo” [Traducción informal: “*The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit that crime.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

1.3. *Obligatoriedad del Derecho Internacional Humanitario para todas las partes enfrentadas en un conflicto armado interno.*

1.3.1. La obligación estatal de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario.

Los Estados, entre ellos el Estado colombiano, tienen la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario. A nivel internacional, esta obligación se deriva de fuentes convencionales y consuetudinarias, y forma parte del deber general de los Estados de respetar el Derecho Internacional y honrar sus obligaciones internacionales. A nivel constitucional, esta obligación encuentra su fuente en diversos artículos de la Carta Política.

A nivel internacional, la obligación estatal de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se encuentra consagrada en el Artículo 1° común de las Convenciones de Ginebra de 1949³⁵, y ha adquirido el rango de norma de derecho consuetudinario.³⁶

La Corte Internacional de Justicia ha destacado este deber básico de los Estados en varios pronunciamientos. En el fallo de fondo sobre el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares En y Contra Nicaragua de 1986, la Corte Internacional señaló que en virtud del Artículo 1° Común de las Convenciones de Ginebra de 1949, los Estados tienen la obligación *“de ‘respetar’ las Convenciones e incluso de ‘asegurar el respeto’ de las mismas ‘en toda circunstancia’, ya que tal obligación no se deriva solamente de las Convenciones en sí mismas, sino de los principios generales de derecho humanitario a los que las Convenciones meramente dan expresión específica.”*³⁷ En igual sentido, en

³⁵ Artículo 1° Común: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

³⁶ La cuidadosa sistematización del derecho internacional humanitario consuetudinario emprendida por el CICR en 2005 establece el contenido consuetudinario de esta norma así: *“Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección y control”* [Sistematización CICR, Norma 139].

³⁷ Traducción informal: *“The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to ‘respect’ the*

su orden sobre medidas provisionales en el caso de las Actividades Armadas en el Territorio de la República Democrática del Congo de 2000, la Corte Internacional afirmó que *“ambas partes deben, inmediatamente, adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto, dentro de la zona de conflicto, de ... las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario”*.³⁸

Diversas instancias internacionales han afirmado el carácter vinculante del Derecho Internacional Humanitario y han llamado urgentemente a los Estados a que cumplan y hagan cumplir sus obligaciones en este ámbito. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por ejemplo, en la Resolución 1674 del 28 de abril de 2006 –sobre protección de civiles en casos de conflicto armado–, ha exigido a las partes interesadas que *“cumplan estrictamente las obligaciones que les impone el derecho internacional, en particular las estipuladas en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, así como las decisiones del Consejo de Seguridad”*, y ha llamado a los Estados a *“adoptar medidas apropiadas de orden legislativo, judicial y administrativo para cumplir las obligaciones que les imponen estos instrumentos”*. El Consejo de Seguridad también ha exigido en numerosas oportunidades a las partes de conflictos armados específicos, tanto internos como internacionales, a que cumplan en forma estricta con sus obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario.³⁹ Por su

Conventions and even ‘to ensure respect’ for them ‘in all circumstances’, since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression.” Corte Internacional de Justicia, Caso de las Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua, sentencia de fondo del 27 de junio de 1986, párrafo 220.

³⁸ Traducción informal: “both Parties must, forthwith, take all measures necessary to ensure full respect within the zone of conflict for ... the applicable provisions of humanitarian law”. CIJ, Caso de las Actividades Armadas en el Territorio de la República Democrática del Congo, orden del 1o de Julio de 2000, párrafo 47(3).

³⁹ Ver, entre otros, los pronunciamientos del Consejo de Seguridad sobre los casos de Liberia (Resoluciones 788 del 19 de noviembre de 1992, 985 del 13 de abril de 1995, 1001 del 30 de junio de 1995, 1041 del 29 de enero de 1996, 1059 del 31 de mayo de 1996 y 1071 del 30 de agosto de 1996), Azerbaiján (Resolución 822 del 30 de abril de 1993), Angola (Resoluciones 834 del 1º de junio de 1993,

parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha resaltado la obligación primordial de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario en diversas Resoluciones adoptadas por consenso. Así, por citar solo los más importantes, (a) en la Resolución 2674 de 1970 sobre “Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”, la Asamblea General, afirmó que *“los principios del Protocolo de Ginebra de 1925 y de los Convenios de Ginebra de 1949 deben ser estrictamente observados por todos los Estados y que los Estados que violen esos instrumentos internacionales deben ser condenados y considerados responsables ante la comunidad mundial”*; (b) en la Resolución 2852 de 1971, la Asamblea *“exhorta nuevamente a todas las partes en cualquier conflicto armado a que observen las normas establecidas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y otras normas humanitarias en los conflictos armados”*, e *“insta además a todos los Estados a que (...) adopten todas las medidas necesarias para asegurar la plena observancia, por sus propias fuerzas armadas, de las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados”*; (c) en la Resolución 3102 de 1973, la Asamblea *“encarece a todas las partes en los conflictos armados que reconozcan y cumplan las obligaciones que tienen en virtud de los instrumentos humanitarios y que acaten las normas humanitarias internacionales que sean aplicables”*; (d) más recientemente, en la Resolución 48/30 del 9 de diciembre de 1993, la Asamblea General *“recuerda a todos los Estados su responsabilidad de respetar y de velar por que se respete el derecho humanitario internacional a fin de asegurar la protección de las víctimas de la guerra”*; (e) en la resolución 59/171 del 20 de diciembre de 2004, la Asamblea reafirma *“la importancia fundamental de respetar y aplicar el derecho internacional humanitario”*; y (f) en la resolución 59/36 del 2 de diciembre de 2004, se declara *“convencida del valor inalterable de las normas humanitarias establecidas con respecto a los conflictos armados y de la necesidad de respetar y hacer que se respeten dichas normas en todas las circunstancias que correspondan al ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales*

851 del 15 de julio de 1993, 864 del 15 de septiembre de 1993 y 1213 del 3 de diciembre de 1998), los territorios ocupados palestinos (Resolución 904 del 18 de marzo de 1994), Yugoslavia (Resolución 1034 del 21 de diciembre de 1995), Afganistán (Resolución 1193 del 28 de agosto de 1998).

pertinentes, hasta que se logre la más pronta conclusión posible de esos conflictos”, y subraya “la necesidad de consolidar el régimen existente de derecho internacional humanitario mediante su aceptación universal y de que ese derecho se difunda de manera amplia y se aplique cabalmente en el plano nacional”, adicionalmente “expresando su preocupación por todas las transgresiones de los Convenios de Ginebra y de los dos Protocolos Adicionales”, y afirmando “la necesidad de hacer más efectiva la aplicación del derecho internacional humanitario”. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos también ha exigido en varias resoluciones a los Estados Parte que cumplan con su obligación de promover, respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Así, por citar los ejemplos más recientes, (1) en la Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, la Asamblea General (a) se declara “consternada por las violaciones persistentes del derecho internacional humanitario, que generan sufrimientos a todas las víctimas de los conflictos armados”; (b) recuerda “la obligación que incumbe a todos los Estados Miembros de respetar y hacer respetar los Convenios de Ginebra de 1949 en todas las circunstancias”; (c) afirma que “el derecho internacional humanitario contiene normas que reflejan el derecho consuetudinario internacional que los Estados deben observar”; (d) subraya “la necesidad de fortalecer las normas del derecho internacional humanitario, mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y la adopción de medidas nacionales de aplicación”; (e) destaca “la obligación de los Estados de castigar todas las violaciones del derecho internacional humanitario”; (f) insta “a los Estados Miembros [de la OEA] y a las partes involucradas en un conflicto armado a respetar sus obligaciones bajo el derecho internacional humanitario, incluyendo las destinadas a la protección de la integridad y la dignidad de las víctimas, así como el trato debido a los prisioneros de guerra”; (g) insta “a los Estados Miembros a que den la mayor difusión posible a las reglas del derecho internacional humanitario, en particular, a través de su inclusión en las doctrinas y manuales militares, así como entre toda la población civil”; (h) insta “a los Estados Miembros a que adecuen su legislación penal, a fin de cumplir con sus obligaciones legales, de acuerdo a lo dispuesto por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 en cuanto a la tipificación de los crímenes de guerra, la jurisdicción universal

y la responsabilidad del superior”; e (i) invita “a los Estados Miembros que son Parte en el Estatuto de Roma a cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional y a tipificar en su legislación penal los crímenes de su competencia.” En igual tono, (2) en la Resolución 1944 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003, la Asamblea General de la OEA (i) se declara “consternada por las persistentes violaciones del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el mundo, afectando poblaciones civiles, en particular niños y mujeres”; (ii) afirma que es “consciente de que el derecho internacional humanitario tiene como objetivo la protección de la población civil y de todas las personas afectadas por los conflictos armados, y que establece además que el derecho de las partes en conflicto armado a elegir los métodos y medios para la guerra no es ilimitado”; (iii) reconoce que “el derecho internacional humanitario proporciona normas adecuadas para prevenir y aliviar los sufrimientos humanos en situaciones de conflicto armado”; (iv) reconoce “la necesidad de fortalecer sus normas mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y aplicación, y la importancia de desarrollarlo; (v) recuerda “que es obligación de todos los Estados respetar y hacer respetar, en todas las circunstancias, las normas establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y, de aquellos Estados que son parte, las normas contenidas en sus Protocolos Adicionales de 1977”; (vi) reitera “la necesidad de los Estados de adoptar medidas de naturaleza legislativa, administrativa, educacional o práctica que permitan la aplicación a nivel nacional del derecho internacional humanitario”; (vii) se declara “consciente de la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”; (viii) recuerda “que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que sus Estados parte se comprometen a que no queden sin castigo”; (ix) insta “a los Estados Miembros y a todas las partes en un conflicto armado a respetar sus obligaciones bajo el derecho internacional humanitario, en especial aquellas que se refieren a la protección de la población civil”; (x) insta “a los Estados Miembros a que adopten las medidas necesarias para poner en práctica a nivel nacional las normas contenidas en los instrumentos de derecho internacional humanitario de los que sean parte; (...) y a que den la mayor difusión posible del derecho internacional hu-

manitario entre toda la población, en particular entre las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad, incluyéndolos en las doctrinas, manuales militares y programas oficiales de instrucción”; e (xi) invita “a los Estados Partes del Estatuto de Roma para que tipifiquen en sus legislaciones penales, además de los crímenes que se deben reprimir por otros tratados de derecho internacional humanitario, los previstos en el Estatuto y adopten todas las medidas necesarias para cooperar eficazmente con la Corte Penal Internacional”. Estas dos resoluciones tienen numerosos precedentes redactados en términos similares.⁴⁰

La doctrina especializada en la materia también ha coincidido en afirmar el carácter elemental de la obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, cuya raigambre es tanto convencional como consuetudinaria. Así, el Instituto de Derecho Internacional precisó en 1999 que “todas las partes a los conflictos armados en los que participan entidades no estatales, independientemente de su status legal, así como las Naciones Unidas, y las organizaciones regionales competentes u otras organizaciones internacionales tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario, así como los derechos humanos fundamentales.”⁴¹

Como lo han resaltado las instancias internacionales que se acaban de citar, la obligación general de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se manifiesta en varios deberes específicos. Entre ellos se cuentan: (1) el deber de impartir las órdenes e instrucciones necesarias a los miembros de las fuerzas armadas para garantizar que éstos respeten y cumplan el Derecho Internacional Humanitario, así como de impartir los cursos de for-

⁴⁰ Ver las resoluciones AG/RES. 1270 (XXIV-O/94), AG/RES. 1335 (XXV-O/95), AG/RES. 1408 (XXVI-O/96), AG/RES. 1503 (XXVII-O/97), AG/RES. 1565 (XXVIII-O/98), AG/RES. 1619 (XXIX-O/99), AG/RES. 1706 (XXX-O/00) AG/RES. 1770 (XXXI-O/01), AG/RES. 1771 (XXXI-O/01), AG/RES. 1900 (XXXII-O/02) y AG/RES. 1904 (XXXII-O/02).

⁴¹ Traducción informal: “All parties to armed conflicts in which non-State entities are parties, irrespective of their legal status, as well as the United Nations, and competent regional and other international organizations have the obligation to respect international humanitarian law as well as fundamental human rights.” Institute of International Law, Berlin Session. “Resolution on the Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are parties”, Agosto 25 de 1999.

mación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso; y (2) el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario⁴², pues son éstos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario –sin perjuicio del principio de jurisdicción universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general-; y (3) el deber de adoptar al nivel de derecho interno los actos de tipo legislativo, administrativo o judicial necesarios para adaptar el ordenamiento jurídico doméstico a las pautas establecidas, en lo aplicable, por el derecho humanitario.

Finalmente, la obligación de respetar y de hacer respetar el derecho internacional humanitario no es de carácter sinalagmático o recíproco, es decir, su satisfacción por los Estados no depende del cumplimiento que le otorgan, a su vez, las otras partes enfrentadas en el conflicto. El carácter no recíproco de estas obligaciones se deriva directamente de la naturaleza fundamental de las normas y principios que mediante ellas se busca preservar, así como del hecho de que dichas obligaciones son *erga omnes* y por ende se adquieren frente a la comunidad internacional en su conjunto⁴³ –punto que

⁴² La cuidadosa sistematización del derecho internacional humanitario consuetudinario emprendida por el CICR en 2005 establece el contenido consuetudinario de esta norma, aplicable a conflictos armados internos e internacionales, así: *“Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”*. [Sistematización CICR, Norma 158].

⁴³ Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “como consecuencia de su carácter absoluto, estas normas de derecho internacional humanitario no generan obligaciones sinalagmáticas, v.g. obligaciones del Estado frente a otro Estado. Más bien –según lo afirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction (que se refirió específicamente a obligaciones relativas a los derechos humanos), establecen obligaciones frente a la comunidad internacional como un todo, con la consecuencia de que todos y cada uno

se explicará más adelante-. El carácter no recíproco de la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario adquirido a la fecha rango consuetudinario⁴⁴, habiendo sido reconocido en varias oportunidades por organismos internacionales de derechos humanos⁴⁵ y tribunales internacionales.⁴⁶

de los miembros de la comunidad internacional tienen un 'interés jurídico' en su cumplimiento, y en consecuencia un título jurídico para exigir el respeto de dichas obligaciones" [Traducción informal: "As a consequence of their absolute character, these norms of international humanitarian law do not pose synallagmatic obligations, i.e. obligations of a State *vis-à-vis* another State. Rather -- as was stated by the International Court of Justice in the *Barcelona Traction* case (which specifically referred to obligations concerning fundamental human rights) -- they lay down obligations towards the international community as a whole, with the consequence that each and every member of the international community has a "legal interest" in their observance and consequently a legal entitlement to demand respect for such obligations". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000].

⁴⁴ La cuidadosa sistematización del derecho internacional humanitario consuetudinario emprendida por el CICR en 2005 establece el contenido consuetudinario de esta norma así: "La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no depende de la reciprocidad." [Sistematización CICR, Norma 140].

⁴⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "*las disposiciones obligatorias del artículo 3 común obligan y se aplican expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes. Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte*". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

⁴⁶ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha explicado en el caso Kupreskic: "La Sala de Decisión desea enfatizar en este sentido la irrelevancia de la reciprocidad, particularmente en relación con obligaciones del ámbito del derecho internacional humanitario que tienen un carácter absoluto y no derogable. Se deriva de ello que la excepción *tu quoque* no tiene lugar en el derecho internacional humanitario contemporáneo. Por el contrario, la característica definitoria del derecho internacional humanitario moderno es la obligación de respetar los fundamentos principales de este ordenamiento jurídico independientemente de la conducta de los combatientes enemigos. ...516. Debe señalarse en primer lugar que aunque [la excepción] *tu quoque* fue invocada como defensa en los juicios por crímenes de guerra que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, aquélla fue rechazada universalmente. El Tribunal Militar de los Estados Unidos en el caso de *High Command*, por ejemplo, afirmó categóricamente que, de conformidad con los principios generales de derecho,

un acusado no se puede exonerar a sí mismo de un crimen demostrando que otros han cometido un crimen similar, sea antes o después de la comisión del crimen por el acusado. En efecto, no existe en la realidad ningún fundamento, ni en la práctica de los Estados ni en las opiniones de los doctrinantes, para sustentar la validez de tal excepción. // 517. En segundo lugar, el argumento *tu quoque* está viciado de entrada. Visualiza el derecho internacional humanitario como si estuviera basado sobre un estrecho intercambio bilateral de derechos y obligaciones. Por el contrario, el grueso de este ordenamiento jurídico establece obligaciones absolutas, a saber obligaciones que son incondicionales, o en otras palabras no se basan en la reciprocidad. Este concepto ya se encontraba consagrado en el Artículo 1º común de los Convenios de Ginebra de 1949 (...). La noción general que subyace a dichas disposiciones es que la responsabilidad por las violaciones graves [de las mismas] es absoluta y no puede en ningún caso ser evitada recurriendo a medios jurídicos tales como tratados o acuerdos derogatorios. *A fortiori* dicha responsabilidad, y –en términos más generales– la responsabilidad penal individual por las violaciones serias del derecho internacional humanitario, no se puede evadir recurriendo a argumentos tales como el de reciprocidad. // 518. La naturaleza absoluta de la mayoría de las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario refleja la tendencia progresiva hacia la denominada “humanización” de las obligaciones jurídicas internacionales, que refiere a la erosión general del rol de la reciprocidad en la aplicación del derecho humanitario en el curso del último siglo. Luego de la Primera Guerra Mundial, la aplicación de las leyes de la guerra dejó de depender de la reciprocidad entre los beligerantes, con la consecuencia de que en términos generales, tales reglas comenzaron a ser aplicadas de manera incremental por cada uno de los beligerantes independientemente de su posible desconocimiento por el enemigo. La razón de fondo de este cambio fue que los Estados comprendieron que las normas de derecho internacional humanitario no buscaban proteger intereses estatales; habían sido diseñadas con el objetivo primario de beneficiar a los individuos en tanto seres humanos. A diferencia de otras normas internacionales, tales como las [contenidas en] tratados comerciales que pueden estar basadas legítimamente en la protección de los intereses recíprocos de los Estados, el cumplimiento con las reglas humanitarias no puede hacerse dependiente del cumplimiento recíproco o correspondiente de dichas obligaciones por otros Estados. Esta tendencia marca la traducción, en términos de normas jurídicas, del ‘imperativo categórico’ formulado por Kant en el campo de la moral: se deben cumplir las obligaciones independientemente de que los otros las cumplan o las violen”. Traducción informal: “*The Trial Chamber wishes to stress, in this regard, the irrelevance of reciprocity, particularly in relation to obligations found within international humanitarian law which have an absolute and non-derogable character. It thus follows that the tu quoque defence has no place in contemporary international humanitarian law. The defining characteristic of modern international humanitarian law is instead the obligation to uphold key tenets of this body of law regardless of the conduct of enemy combatants. ...516. It should first of all be pointed out that although tu quoque was raised as a defence in war*

1.3.2. *El carácter vinculante del Derecho Internacional Humanitario también para los grupos armados no estatales que toman parte en conflictos armados no internacionales.*

En los conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario vinculan tanto a los miembros de las fuerzas armadas estatales, como a los de los grupos armados que se les oponen. Así se deduce de la formulación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; también está dispuesto así en otros tratados aplicables a conflictos armados no internacionales, tales como la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes

crimes trials following the Second World War, it was universally rejected. The US Military Tribunal in the High Command trial, for instance, categorically stated that under general principles of law, an accused does not exculpate himself from a crime by showing that another has committed a similar crime, either before or after the commission of the crime by the accused. Indeed, there is in fact no support either in State practice or in the opinions of publicists for the validity of such a defence. // 517. Secondly, the tu quoque argument is flawed in principle. It envisages humanitarian law as based upon a narrow bilateral exchange of rights and obligations. Instead, the bulk of this body of law lays down absolute obligations, namely obligations that are unconditional or in other words not based on reciprocity. This concept is already encapsulated in Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions (...). the general notion underpinning those provisions is that liability for grave breaches is absolute and may in no case be set aside by resort to any legal means such as derogating treaties or agreements. A fortiori such liability and, more generally individual criminal responsibility for serious violations of international humanitarian law may not be thwarted by recourse to arguments such as reciprocity. // 518. The absolute nature of most obligations imposed by rules of international humanitarian law reflects the progressive trend towards the so-called 'humanisation' of international legal obligations, which refers to the general erosion of the role of reciprocity in the application of humanitarian law over the last century. After the First World War, the application of the laws of war moved away from a reliance on reciprocity between belligerents, with the consequence that, in general, rules came to be increasingly applied by each belligerent despite their possible disregard by the enemy. The underpinning of this shift was that it became clear to States that norms of international humanitarian law were not intended to protect State interests; they were primarily designed to benefit individuals qua human beings. Unlike other international norms, such as those of commercial treaties which can legitimately be based on the protection of reciprocal interests of States, compliance with humanitarian rules could not be made dependent on a reciprocal or corresponding performance of these obligations by other States. This trend marks the translation into legal norms of the "categorical imperative" formulated by Kant in the field of morals: one ought to fulfil an obligation regardless of whether others comply with it or disregard it." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000].

Culturales (art. 19-1), en el Segundo Protocolo a la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales (art. 22), y en el Protocolo II (enmendado) a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (art. 1-3). Así también lo han establecido distintos organismos internacionales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha señalado que *“las disposiciones obligatorias del artículo 3 común obligan y se aplican expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes. Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.”*⁴⁷. Los tribunales internacionales han impuesto responsabilidad penal tanto a los miembros de las fuerzas armadas estatales como de los grupos armados organizados no estatales involucrados en conflictos armados internos, por violaciones del Derecho Internacional Humanitario que constituyan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado, o genocidio. Los organismos principales de las Naciones Unidas han llamado en numerosas oportunidades a todas las partes involucradas en conflictos armados internos a que cumplan con su obligación de respetar el Derecho Internacional Humanitario; así lo ha hecho el Consejo de Seguridad en varias ocasiones⁴⁸.

1.4. Independencia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y del reconocimiento de la legitimidad de las razones invocadas por las partes y de su status ante el Derecho Internacional Público.

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario es independiente de las razones de fondo que motivaron el conflicto armado y del *status* de los grupos armados no estatales que en él

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

⁴⁸ Ver en particular las resoluciones del Consejo de Seguridad en los casos de Afganistán (Resolución 1193 del 28 de agosto de 1998), Angola (Resoluciones 834 del 1º de junio de 1993, 851 del 15 de julio de 1993, 864 del 15 de septiembre de 1993 y 1213 del 3 de diciembre de 1998) y Liberia (Resoluciones 788 del 19 de noviembre de 1992, 985 del 13 de abril de 1995, 1001 del 30 de junio de 1995, 1041 del 29 de enero de 1996, 1059 del 31 de mayo de 1996, 1071 del 30 de agosto de 1996 y 1083 del 27 de noviembre de 1996).

participan ante el Derecho Internacional Público. En efecto, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no implica un reconocimiento ni de la legitimidad de las razones o causas invocadas por los grupos armados disidentes que toman parte en los conflictos armados, ni tampoco –desde ninguna perspectiva- un reconocimiento de insurgencia o de beligerancia a la luz del Derecho Internacional Público.⁴⁹ El Instituto de Derecho Internacional precisó en 1999 que “*la aplicación de tales principios y reglas no afecta el status legal de las partes del conflicto, y no depende de su reconocimiento como beligerantes o insurgentes*”.⁵⁰

2. Composición del Derecho Internacional Humanitario.

Como se indicó, en este caso la Corte Constitucional debe hacer referencia al bloque de constitucionalidad en su función integradora, y concretamente a las normas del derecho internacional humanitario relevantes para los distintos temas planteados por los problemas jurídicos a resolver. En la medida en que estos parámetros internacionales están contenidos en normas de distinta naturaleza –tanto convencional como consuetudinaria-, y dado que algunas de las normas aplicables tienen carácter de *ius cogens*, la Sala Plena considera indispensable efectuar algunas precisiones prelimi-

⁴⁹ Así lo ha explicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “... Debe comprenderse que la aplicación del artículo 3 común, o de cualquier otra disposición del Derecho humanitario, también aplicable a las hostilidades en el cuartel de la Tablada, no puede interpretarse como un reconocimiento de la legitimidad de las razones o la causa por la cual los miembros del MTP tomaron las armas. Más importante, las causas del conflicto no condicionan la aplicación de la ley. El principio básico del derecho humanitario está consagrado en el preámbulo del Protocolo Adicional I que establece, en la parte pertinente: *Reafirmando*, además, que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 ... deben aplicarse plenamente en toda circunstancia ... sin distinción adversa alguna *basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas aducidas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas*’ (énfasis añadido)”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

⁵⁰ Traducción informal: “*The application of such principles and rules does not affect the legal status of the parties to the conflict and is not dependent on their recognition as belligerents or insurgents*”. Institute of International Law, Berlin Session. Resolution on the Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are parties, Agosto 25 de 1999.

nares sobre la composición del Derecho Internacional Humanitario y la naturaleza de las normas que lo integran, así como sobre la noción de *ius cogens* y las normas del DIH que tienen este rango.

2.1. Incluye normas de origen tanto convencional como consuetudinario.

Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales⁵¹ y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales⁵², así como la incorporación de las normas consuetudinarias que

⁵¹ En la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se indicó: *“la Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas [Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias]. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1.945, y cuyo artículo 93 dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Dicha enumeración también es obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1.937 [Si bien la declaración colombiana está referida a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por virtud del artículo 36-6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicha declaración vale para someter al Estado colombiano a la jurisdicción de este último tribunal], sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su Estatuto.”*

⁵² Dijo la Corte en la sentencia C-1189 de 2000: *“(...) de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es una de las fuentes “principales” de las obligaciones internacionales,*

reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad⁵³. Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del *corpus* jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.⁵⁴

por oposición a las fuentes "subsidiarias" o "auxiliares" -esto es, las decisiones judiciales, y los escritos de los doctrinantes de mayor importancia. Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad."

⁵³ En la misma sentencia C-1189 de 2000, se explicó que "las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal y como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano."

⁵⁴ Como se señaló en la sentencia C-574/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), "su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional (...). De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios". De igual manera, en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que "el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario." Tal como se señaló anteriormente, en esta última providencia se aclaró expresamente que "el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone

En efecto, el alto nivel de codificación del Derecho Internacional Humanitario en un gran número de tratados internacionales⁵⁵, no obsta para afirmar que el derecho consuetudinario continúa siendo una parte fundamental de esta rama del derecho, que ha sido identificada y aplicada por distintos organismos y tribunales internacionales⁵⁶, y ha merecido cuidadosos trabajos de identificación y sistematización por parte de cuerpos internacionales especializados. Recientes estudios y esfuerzos de codificación doctrinal, particularmente el proyecto de investigación emprendido y culmi-

a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). // Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” Estos efectos se predicán, pues, tanto de las normas convencionales como de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

⁵⁵ El proceso de codificación del derecho internacional humanitario en general ha sido largo y complejo, y data desde el siglo XIX tardío, cuando se inició el movimiento hacia la sistematización de las leyes y costumbres de la guerra. En consecuencia, el Derecho Internacional Humanitario es uno de los ámbitos del derecho internacional más codificados en la actualidad. Ver, en este sentido, CHETAIL, Vincent: “The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”. En: *International Review of the Red Cross*, Vol. 85 No. 850, Junio de 2003.

⁵⁶ Así, por ejemplo, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su Informe presentado de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (en la cual se le solicitó presentar un reporte integral sobre los distintos aspectos atinentes al establecimiento del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia), explicó que el Derecho Internacional Humanitario “*existe tanto en forma de derecho convencional como en forma de derecho consuetudinario. Mientras que existe derecho internacional consuetudinario que no está plasmado en tratados, una parte importante del derecho convencional humanitario ha ingresado al derecho internacional consuetudinario.*” [Traducción informal: “*This body of law exists in the form of both conventional law and customary law. While there is international customary law which is not laid down in conventions, some of the major conventional humanitarian law has become part of customary international law.*” Documento de Naciones Unidas S/25704, presentado el 3 de mayo de 1993.] Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado, en su Resolución 2226 (XXXVI-O/06) de 2006, que “*el derecho internacional humanitario contiene normas que reflejan el derecho consuetudinario internacional que los Estados deben observar.*”

nado entre 1995 y 2005 por el Comité Internacional de la Cruz Roja, han confirmado que el Derecho Internacional Humanitario cuenta con un amplio e importantísimo componente de naturaleza consuetudinaria⁵⁷, no sólo por tratarse del cuerpo normativo que ha contado con un mayor desarrollo a lo largo del tiempo, sino porque proporciona regulaciones del conflicto mucho más detalladas que aquellas incluidas en los tratados internacionales que le codifican, por lo cual constituye un instrumento de interpretación e integración de cardinal importancia, y porque en virtud de su naturaleza consuetudinaria, resulta vinculante para todas las partes en un conflicto armado internacional o interno, independientemente de que hayan ratificado o no el tratado correspondiente.⁵⁸

En este orden de ideas, uno de los principales factores que explican la trascendencia de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario para los conflictos armados internos contemporáneos –tales como el colombiano–, es que éstas regulan con mucho mayor detalle el desarrollo de las hostilidades y la protección de sus víctimas que los distintos tratados aplicables a este tipo de conflictos. Entre los numerosos tratados que codifican el Derecho Internacional Humanitario, son comparativamente pocos los que regulan el desarrollo de conflictos armados no internacionales, a saber, el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977), la Convención sobre Ciertas Armas no Convencionales con sus enmiendas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal, la Convención sobre Armas Químicas, y la Convención de La Haya

⁵⁷ Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja – HENCKAERTS, Jean Marie and DOSWALD-BECK, Louise: “Customary International Humanitarian Law”. Cambridge University Press, 2005. El estudio fue realizado en forma minuciosa por el CICR, a invitación de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), para efectos de reforzar la eficacia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a través del mejoramiento de su conocimiento y difusión. Para identificar las normas consuetudinarias de este ordenamiento, se siguió la metodología establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, es decir, determinando la existencia de los elementos de práctica y *opinio iuris* indispensables, con los requisitos específicos allí enunciados.

⁵⁸ Ver a este respecto la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

para la Protección de los Bienes Culturales con su Protocolo II. La regulación provista por estos instrumentos convencionales es poco detallada, e ignora numerosos aspectos del conflicto armado.⁵⁹ A diferencia de estos tratados, el derecho consuetudinario regula el tema con mayor detalle.

Hoy en día existe consenso en la jurisprudencia y la doctrina internacionales sobre el hecho de que la gran mayoría de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente el artículo 3 común, han ingresado al derecho internacional consuetudinario.⁶⁰ Así mismo, en lo relativo a los conflictos armados no internacionales, un gran número de normas del Protocolo Adicional II han adquirido carácter consuetudinario, dado el impacto que han surtido sobre la práctica de los estados y el desarrollo de los conflictos de las últimas décadas; entre las distintas disposiciones que, según se ha demostrado concienzudamente, han ingresado a la costumbre internacional, se cuentan: *“la prohibición de los ataques contra la población civil; la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios;*

⁵⁹ Ver, en este sentido, HENCKAERTS, Jean-Marie. “Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”. En: *International Review of the Red Cross*, Vol. 87 No. 857, marzo de 2005. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2005, p. 6-7: *“Aunque el artículo 3 común tiene una importancia fundamental, sólo proporciona un marco rudimentario de exigencias mínimas. El Protocolo Adicional II es un complemento útil del artículo 3 común, pero es menos detallado que las normas que rigen los conflictos armados internacionales contenidas en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I.”*

⁶⁰ Así lo han confirmado numerosos tribunales internacionales, como se verá en la sección XXX de la presente providencia. En términos generales, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, fue confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (sentencia de fondo del 27 de junio de 1986, par. 218), en el cual las clasificó como *“los principios generales fundamentales del derecho humanitario”*, y precisó que reflejaban el estado del derecho consuetudinario. En el mismo sentido se ha pronunciado, como se verá, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual afirmó –por ejemplo– en el caso Limaj que *“se ha establecido jurisprudencialmente que el artículo 3 común forma parte del derecho internacional consuetudinario”* [traducción informal: *“it is settled jurisprudence that Common Article 3 forms part of customary international law”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

*la obligación de proteger a la misión médica; la prohibición de hacer padecer hambre; la prohibición de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate; (...) la obligación de proteger a las personas privadas de libertad; la prohibición de los desplazamientos forzados de la población civil; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños.*⁶¹ También han ingresado al derecho consuetudinario *“la Convención (IV) de la Haya sobre el respeto por las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y las regulaciones anexas del 18 de octubre de 1907; la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de Diciembre de 1948; y el Estatuto del Tribunal Internacional Militar [de Nüremberg] del 8 de agosto de 1945”*⁶². Adicionalmente, el derecho internacional consuetudinario tal y como se ha consolidado en la actualidad, trasciende el contenido del Protocolo Adicional II y provee normas mucho más detalladas para una gran cantidad de aspectos del desarrollo de los conflictos armados internos, que incluyen los principios fundamentales de distinción y proporcionalidad, normas sobre respeto de personas y bienes especialmente protegidos y métodos de guerra determinados. La Sala Plena se detendrá en la naturaleza consuetudinaria de distintas normas relevantes para el presente proceso, en los acápites subsiguientes de esta sentencia.

La importancia de las normas consuetudinarias dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional remite directamente a las normas consuetudinarias del DIH al establecer, en el Artículo 8 (“Crímenes de Guerra”) que *“2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (...)”* (destaca la Sala); y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal para

⁶¹ HENCKAERTS, Op. Cit.

⁶² Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993.

la Antigua Yugoslavia otorga competencia a este organismo para investigar y juzgar a los responsables de “*violaciones a las leyes o costumbres de la guerra*”⁶³. Más aún, este último Tribunal en varias sentencias ha deducido la responsabilidad penal individual de los criminales del conflicto yugoslavo exclusivamente con base en normas *consuetudinarias*, y no convencionales, de Derecho Internacional Humanitario. Así lo recomendó el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe⁶⁴, en el cual indicó que este órgano debía aplicar preferentemente, en relación con las “*violaciones de las leyes o costumbres de la guerra*”, las reglas de derecho internacional humanitario que son indudablemente consuetudinarias, para así respetar el principio de *nullum crimen sine lege* y evitar los problemas derivados de la adherencia de sólo algunos Estados a los tratados relevantes.⁶⁵ Desde el caso seminal del *Fiscal vs. Dusko Tadic* y a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, luego de constatar que tanto las Regulaciones de La Haya como el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra forman parte indudable del derecho consuetudinario⁶⁶, ha declarado la responsabilidad individual de varios acusados con base en el conteni-

⁶³ Artículo 3 del Estatuto del Tribunal (“*violations of the laws or customs of war*”, en el texto inglés auténtico).

⁶⁴ Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993. Aprobado por unanimidad por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁶⁵ Dice el Informe: “En criterio del Secretario General, la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique reglas de derecho internacional humanitario que forman parte, sin lugar a duda, del derecho consuetudinario, para que así no se presente el problema de la adherencia de algunos, pero no todos los Estados, a determinadas convenciones específicas. Esto resulta particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que investiga y juzga a las personas responsables de violaciones serias al derecho internacional humanitario.” [Traducción informal: “*In the view of the Secretary-General, the application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law*”. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de Naciones Unidas S/25704, 3 de mayo de 1993.]

⁶⁶ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Fatmir Limaj* y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

do de éstas disposiciones, excluyendo específicamente la necesidad de recurrir al Protocolo I de los Convenios de Ginebra y declarando que “*el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común*”.⁶⁷

⁶⁷ Dijo el Tribunal: “*El derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 común, complementado por otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y por transgredir ciertos principios y reglas fundamentales sobre los medios y métodos de combate durante los conflictos civiles*” [Traducción informal: “customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadić, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; reiterado, entre otras, en el caso del Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003. En el mismo sentido, dijo el Tribunal en el caso Blaskic: “176. La Sala de Decisión recuerda que las violaciones del Artículo 3 del Estatuto que incluyen las violaciones de las Regulaciones de La Haya y las del Artículo 3 común, son por definición violaciones serias del derecho internacional humanitario dentro del sentido del Estatuto. Por lo tanto son susceptibles de generar responsabilidad penal individual de conformidad con el Artículo 7 del Estatuto. (...) La Sala de Decisión opina que, tal como se concluyó en la Sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso Tadić, el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común”. [Traducción informal: “176. The Trial Chamber recalls that violations of Article 3 of the Statute which include violations of the Regulations of The Hague and those of Common Article 3 are by definition serious violations of international humanitarian law within the meaning of the Statute. They are thus likely to incur individual criminal responsibility in accordance with Article 7 of the Statute. (...) The Trial Chamber is of the opinion that, as was concluded in the Tadić Appeal Decision, customary international law imposes criminal responsibility for serious violations of Common Article 3.”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskić, sentencia del 3 de marzo del 2000.]. Ver, así mismo, el caso del Fiscal vs. Dario Kordić y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001; el caso Kunarac, en el cual se afirmó: “Está bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal que el Artículo 3 común contenido en los Convenios de Ginebra ha adquirido el status de derecho internacional consuetudinario. Dado que la aplicación del artículo 3 común sería la misma bajo el derecho convencional y bajo el derecho consuetudinario, y dado que no hay acuerdos obligatorios entre las partes relevantes que pretendan modificar el artículo 3 común para los efectos de este caso, la Sala considera suficiente concentrarse en los requisitos generales para la aplicación del artículo 3 común bajo el derecho internacional consuetudinario. La Sala considera adicionalmente que es innecesario discutir los requisitos adicionales para la aplicación de los cargos por violación sexual basados en el derecho convencional, ya que el artículo 3 común en sí mismo es suficiente

2.2. *Naturaleza de ius cogens de los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario y de las sub-reglas básicas que los componen.*

No todas las normas que conforman el extenso ámbito del Derecho Internacional Humanitario tienen la naturaleza de *ius cogens*. Si bien existe un importante nivel de controversia doctrinal sobre el rango de normas de *ius cogens* que tienen las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, y en anteriores oportunidades la Corte Constitucional ha adoptado pronunciamientos que se han interpretado como una atribución de este rango normativo al Derecho Internacional Humanitario sin distinciones (ver, por ejemplo, las sentencias C-574/92 y C-225/95), la Sala Plena precisa que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango cierto de normas de *ius cogens*, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo, en la misma medida en que se lo ha reconocido a disposiciones cardinales tales como la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura o la prohibición del apartheid. Entre los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario con rango de *ius cogens*, en su aplicación a los conflictos armados internos, tres resultan directamente relevantes para la decisión presente: (i) el principio de

en principio para conformar la base de estos cargos, según se explica más adelante” [Traducción informal: “*It is well established in the jurisprudence of the Tribunal that common Article 3 as set out in the Geneva Conventions has acquired the status of customary international law. As the application of common Article 3 would be the same under treaty law as it is under customary international law, and as there are no binding agreements between the relevant parties which purport to vary common Article 3 for the purposes of this case, the Chamber considers it sufficient to focus on the general requirements for the application of common Article 3 under customary international law. The Chamber further considers that it is unnecessary to discuss any additional requirements for the application of rape charges based on treaty law, since common Article 3 alone is sufficient in principle to form the basis of these charges under Article 3, as is observed below.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia del 22 de febrero de 2001]; y también el caso Limaj: “el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por violaciones serias del artículo 3 común” [Traducción informal: “*customary international law imposes criminal liability for serious violations of Common Article 3.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate.

Lo anterior no obsta para que la Corte determine con total precisión que, tengan o no el carácter de normas de *ius cogens*, la totalidad de disposiciones que integran el Derecho Internacional Humanitario –tanto sustantivas como procedimentales, tanto convencionales como consuetudinarias en su origen o como principios generales de derecho– son *obligatorias* para el Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad. Constituyen, en consecuencia, un parámetro necesario de referencia para el juez constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

Por su importancia y su relevancia directa para la adopción de una decisión de fondo en el presente proceso, la Sala Plena se detendrá en el examen de las razones que la llevan a concluir que estos tres principios esenciales del derecho internacional humanitario, a su vez desarrollados por distintas sub-reglas jurídicas, gozan indubitablemente del rango de *ius cogens*. Estos principios son, a su vez y por mandato de los artículos 9, 44, 93 y 94 Superiores, un referente necesario para la resolución de los problemas jurídicos planteados en la demanda, por lo cual forman parte integral del fundamento de la *ratio decidendi* del presente pronunciamiento.

2.2.1. Normas de *ius cogens* y obligaciones internacionales *erga omnes*: nociones básicas.

Las normas de *ius cogens*, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales. Según su definición generalmente aceptada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, las normas de *ius cogens* son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones; en consecuencia,

solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio.

Los criterios para el reconocimiento de una norma de derecho internacional como una norma de *ius cogens* son estrictos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, dichas normas no solamente deben cumplir con las condiciones para ser reconocidas en primer lugar como normas de derecho internacional, sino también con los requisitos adicionales para ser reconocidas como normas de carácter imperativo o perentorio por parte de la comunidad internacional como un todo –proceso denominado de “doble reconocimiento”-. Estos requisitos exigen el consenso de la mayoría casi unánime de los Estados, independientemente de sus diferencias culturales e ideológicas, respecto de su carácter perentorio. Pocas normas han recibido hasta el presente reconocimiento unánime como normas de *ius cogens*. Es el caso de la prohibición del genocidio⁶⁸, la prohibición de la esclavitud, la prohibición del apartheid, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la piratería, la prohibición de la agresión y el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Los efectos jurídicos de las normas de *ius cogens*, a nivel internacional, son múltiples. Así, en caso de conflicto entre obligaciones internacionales, una de las cuales surge de una norma imperativa de derecho internacional, la norma imperativa debe prevalecer. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional es nulo; a la vez, de conformidad con el artículo 64 de la misma convención, los tratados que entren en conflicto con

⁶⁸ Caracterizada como una norma imperativa o de *ius cogens* por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28 de mayo de 1951, y en el Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (objeciones preliminares) del 11 de julio de 1996.

normas de *ius cogens* posteriores a su celebración, son igualmente nulos. Igualmente, los procesos de interpretación y aplicación de las obligaciones internacionales de los Estados se deben llevar a cabo de conformidad con las normas de *ius cogens*. Por otra parte, los Estados no pueden dispensar a otros Estados de su obligación de cumplir con normas de *ius cogens*. Por ejemplo, un Estado no puede permitir voluntariamente que otro deje de cumplir sus obligaciones cometiendo genocidio o tortura. En el ámbito de la responsabilidad internacional, el artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 dispone que no se admitirá la invocación de causales de exclusión de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito correspondiente surja del desconocimiento de normas imperativas o de *ius cogens*. En otras palabras, las circunstancias que excluyen la responsabilidad internacional –tales como el estado de necesidad o la fuerza mayor– no autorizan, excusan ni justifican la violación de una norma de *ius cogens*; así, un Estado que adopta una contramedida no puede incumplir una norma imperativa de derecho internacional –por ejemplo, la comisión de un genocidio no puede justificar la comisión de otro genocidio en respuesta.⁶⁹

Por último, es relevante tener en cuenta que una importante indicación sobre la naturaleza imperativa o de *ius cogens* de una determinada norma de derecho internacional, está provista por el

⁶⁹ Así lo explicó la Comisión de Derecho Internacional en el comentario al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados de 2001, al explicar que “las circunstancias que excluyen la ilicitud en el capítulo V de la Parte Primera no autorizan ni excusan ninguna derogación de una norma imperativa de derecho internacional general. Por ejemplo, en Estado que adopta contramedidas no puede incumplir una norma tal. Por ejemplo, un Estado que adopta contramedidas no puede desconocer una norma así: por ejemplo, un genocidio no puede justificar un contra-genocidio”. [Traducción informal: “It is however desirable to make it clear that the circumstances precluding wrongfulness in chapter V of Part One do not authorize or excuse any derogation from a peremptory norm of general international law. For example, a State taking countermeasures may not derogate from such a norm: for example, a genocide cannot justify a counter-genocide”. International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001”. Naciones Unidas, 2005.]

hecho de que esa norma consagre garantías de derechos humanos que no son derogables durante los estados de emergencia. Así lo ha explicado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 29, al explicar: *“el hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4º [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6º y 7º).”*⁷⁰ Como se verá, varias de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario reflejan directamente garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que por lo mismo confirman la naturaleza de *ius cogens* de aquéllas.

Una noción distinta a la de “normas de *ius cogens*”, pero conexa, es la de “obligaciones *erga omnes*”. Las obligaciones *erga omnes* son aquellas debidas por un Estado a la totalidad de la comunidad internacional, cuya violación es una ofensa no solo contra el Estado directamente afectado, sino contra todos los demás Estados que la componen. El concepto de obligaciones *erga omnes* fue explicado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, en el cual se señaló que *“se debe trazar una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen frente a otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras deben ser objeto de la atención de todos los Estados. Dada la importancia de los derechos implicados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés legal en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión, y del genocidio, así como también de los principios y reglas relativos a los*

⁷⁰ Ha precisado adicionalmente el Comité en esta Observación general que existen derechos no sujetos a suspensión que no constituyen normas de *ius cogens*, y que las normas de *ius cogens* trascienden el catálogo de los derechos no derogables: “Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4º.”

*derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial.*⁷¹

Algunas normas forman parte simultáneamente de ambas categorías. La prohibición del genocidio, por ejemplo, ha sido categorizada por la Corte Internacional de Justicia como una norma de *ius cogens*⁷², y las obligaciones que impone a los Estados como obligaciones *erga omnes*⁷³, cuyo cumplimiento no está sujeto a recipro-

⁷¹ Traducción informal: *"an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State (...). By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination"*. Corte Internacional de Justicia, caso de Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica vs. España), ICJ Reports 1970.

⁷² Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28 de mayo de 1951. Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia ratificó este postulado en el Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Objeciones Preliminares) de 1996, al afirmar: *"Los orígenes de la Convención demuestran que fue intención de las Naciones Unidas condenar y sancionar el genocidio como 'un crimen bajo el derecho internacional', que implica la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, negación que estremece la conciencia de la humanidad y resulta en graves pérdidas para la humanidad, y que es contrario a la ley moral y al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas (...). La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso sin obligación convencional alguna. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación requerida 'para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso' (Preámbulo de la Convención)".* [Traducción informal: *"The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (...). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)".*]

⁷³ Así se dijo expresamente en el caso de Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica vs. España), ICJ Reports 1970, p. 32, párrafo 33. Posterior-

cidad dados los fines puramente humanitarios y civilizadores que persigue, que constituyen intereses comunes, y no individuales, de los miembros de la comunidad internacional⁷⁴.

2.2.2. *Normas del Derecho Internacional Humanitario que son ius cogens.*

El catálogo de normas de *ius cogens* ha experimentado un proceso de expansión acelerada⁷⁵, el cual se ha acentuado en el curso de la última década, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, en el cual se han presentado desarrollos jurídicos significativos y notorios.

mente se ratificó en el caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (objeciones preliminares) de 1996, en el cual se caracterizaron no solo las obligaciones de allí derivadas, sino también los derechos, como obligaciones y derechos *erga omnes*.

⁷⁴ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 28 de mayo de 1951. En términos de la Corte, “la Convención fue adoptada manifiestamente para un fin puramente humanitario y civilizador. Es, en efecto, difícil imaginar una convención que pueda tener este doble carácter en un mayor grado, ya que su objeto es, por una parte, el de salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos, y por otra, confirmar y endosar los principios más elementales de moralidad. En una convención así, los Estados contratantes no tienen ningún interés suyo propio; simplemente tienen, uno y todos, un interés común, a saber, el logro de esos altos propósitos que constituyen la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, ni del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiraron la Convención proveen, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”. [Traducción informal: “The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interest of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d’être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions.”]

⁷⁵ El hecho de que el proceso de “doble reconocimiento” se ha expandido y acelerado, abarcando nuevas normas dentro de la categoría de *ius cogens*, fue la razón específica por la cual la Comisión de Derecho Internacional se abstuvo de efectuar una enunciación de tales normas en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Ver el Proyecto de Artículos.

En efecto, varias fuentes jurisprudenciales y doctrinales han indicado que los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son actualmente normas imperativas o perentorias de derecho internacional, haciendo referencia a la categoría de “principios fundamentales del DIH”, o a determinadas reglas en particular. Con base en un análisis cuidadoso de los distintos pronunciamientos internacionales que han otorgado este rango preeminente a los principios fundamentales del DIH, la Corte Constitucional de Colombia expondrá en el presente acápite su postura razonada sobre el particular, en el sentido de que los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario han adquirido el rango cierto de normas de *ius cogens* por haberse surtido respecto de ellos un proceso notorio de doble reconocimiento, concretamente en relación con los principios de distinción, precaución y trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales de la persona.

La jurisprudencia internacional ha señalado que distintos principios de derecho internacional humanitario tienen la categoría de *ius cogens*, y ha incluido dentro de este grupo los tres principios de distinción, precaución y trato humanitario que se mencionan. Así, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de las Armas Nucleares de 1996, decidió expresamente no abordar, por razones jurisdiccionales, la resolución de la pregunta general sobre si los principios fundamentales del derecho internacional humanitario tienen o no la naturaleza de normas de *ius cogens*.⁷⁶ No obstante, acto seguido enumeró y caracterizó tres principios básicos del derecho internacional humanitario como “*intransgredibles*”, a saber, el principio de distinción, el principio de proporcionalidad y necesidad, y el principio de trato humanitario, respecto de los cuales afirmó: “[Las] reglas fundamentales [del derecho humanitario] han de ser observadas por todos los Estados independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, puesto que constituyen principios in-

⁷⁶ La Corte afirmó que no era necesario responder a esta pregunta, por cuanto la solicitud de opinión presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas únicamente se había referido al tema de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario frente al uso de armas nucleares, pero no a la naturaleza jurídica de estas normas.

transgredibles de derecho internacional consuetudinario".⁷⁷ En igual medida, en otras opiniones y sentencias –casos del Estrecho de Corfú, de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, de las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y de la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio- la Corte Internacional de Justicia ha resaltado el carácter fundamental, universal y perentorio de estos tres principios cardinales del Derecho Internacional Humanitario. Aunque esta caracterización se ha efectuado con diversa terminología, el sentido de las afirmaciones de la Corte Internacional es claro, en el sentido de resaltar –como se verá- la naturaleza trascendental, fundamental, absoluta, superior y perentoria de estas normas dentro del derecho internacional como un todo, así como de los valores que a través de ellas se preservan.⁷⁸

El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también se ha pronunciado en términos generales sobre el particular, afirmando de hecho que "*la mayoría de las normas de derecho internacional humanitario*" tienen el carácter de normas imperativas o de *ius cogens*⁷⁹. En distintos pronunciamientos, como se verá, este mismo Tribunal ha resaltado la naturaleza imperativa o perentoria de determinadas normas específicas de Derecho Internacional

⁷⁷ Traducción informal: "“[The] fundamental rules [of humanitarian law] are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute *intransgressible principles of international customary law*”".

⁷⁸ Algunos jueces individuales de la Corte Internacional de Justicia, en sus declaraciones concurrentes o salvamentos de voto, han ido más allá y han reconocido explícitamente que, en su criterio, los principios y reglas del derecho internacional humanitario sí tienen la naturaleza de *ius cogens*. Por ejemplo, en la Opinión Individual del juez Bedjaoui a la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares se expresa que la mayoría de normas del Derecho Internacional Humanitario tienen tal rango, al igual que en el salvamento de voto del juez Weeramantry en el mismo caso.

⁷⁹ Dijo el Tribunal que "la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario (...) también son normas perentorias de derecho internacional o *ius cogens*, v.g. de un carácter no derogable y prevaleciente" [Traducción informal: "*most norms of international humanitarian law (...) are also peremptory norms of international law or jus cogens, i.e. of a non-derogable and overriding character.*" Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000.

Humanitario, que integran los principios fundamentales de este ordenamiento, entre las cuales se incluyen los tres principios de distinción, precaución y trato humanitario, y varias de las reglas específicas que los desarrollan.

A continuación, la Corte estudiará el contenido y la naturaleza imperativa de los tres principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario relevantes para el presente proceso de constitucionalidad: el principio de distinción, el principio de precaución, y el principio de trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales. Se hará énfasis en el contenido de cada uno de estos principios, y en su reconocimiento en tanto norma de *ius cogens*, en su aplicación a los conflictos armados internos. Debe resaltarse que cada uno de estos principios tiene una formulación general, cuya naturaleza imperativa es indudable, y se traduce en una serie de sub-reglas, algunas de las cuales tienen carácter autónomo de normas de *ius cogens*. Únicamente se explicará en las secciones siguientes el contenido de las sub-reglas que son pertinentes para la resolución de los cargos planteados en la demanda y configuran, por lo tanto, el fundamento de la *ratio decidendi* de la presente sentencia. [...]

La protección de menores de edad en el marco de un conflicto armado

Corte Constitucional

Sentencia C-240/09

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

Bogotá, abril 1° de 2009

[...] VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS [...]

3. Las garantías de los niños y las niñas en el derecho constitucional colombiano.

Los derechos de los menores en el conflicto armado y la acción punitiva del Estado en la persecución y sanción de las conductas ilícitas relacionadas con el reclutamiento y utilización de niños y niñas en las hostilidades, constituyen el marco teórico del presente análisis constitucional. La Corte Constitucional de manera introductoria, revisará los principios constitucionales pertinentes respecto de la protección de los niños y niñas, a fin de perfilar las bases jurídicas que deben orientar en general la labor de las autoridades legislativas.

3.1. Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional y el principio del interés superior del menor.

3.1.1. La Constitución de 1991, estructurada sobre la noción del Estado social y democrático de derecho, concede una protección integral al menor, fundada en unos principios y garantías constitucionales establecidas para todos los niños y niñas, los cuáles promueven el respeto por su dignidad humana y por sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, la salud, la seguridad

social, la nacionalidad, etc.¹. Tales derechos consagrados en el artículo 44 de la Carta, suponen para el Estado, la sociedad y la familia, el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral².

Teniendo en cuenta entonces el contenido del artículo 44 Superior y de las demás disposiciones constitucionales de protección en la materia, esta Corporación ha considerado en diversas oportunidades que deben resaltarse en favor de los niños y las niñas como elementos relevantes de la protección constitucional dispuesta por la Carta, los siguientes: (1) que sus derechos son *fundamentales*, lo que supone una protección reforzada constitucional y el acceso a la garantía inmediata de la acción de tutela para la protección de sus derechos; (2) que sus derechos son *prevalentes*, lo que supone hermenéuticamente, que “*en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos*”³ prevalezcan los derechos de los menores. A su vez, (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos⁴. Ello supone un com-

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

¹ Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

² Artículo 44 C.P.: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. //La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. //Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

³ Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentarúa

⁴ Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentarúa

promiso constitucional en la persecución y eliminación de dichas conductas en contra de los niños. (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños. Por lo tanto, tal como lo indica el artículo 44 de la Constitución, los niños gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte⁵ (5) Igualmente los infantes y adolescentes⁶ en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional (art. 44 C.P.); lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar. Finalmente, (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años⁷.

Son razones de la especial protección constitucional de los niños y a los adolescentes reconocidas en la Carta, las siguientes según la jurisprudencia de esta Corporación:

*“i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.*⁸

⁵ Sentencia C-157 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Para el caso de los adolescentes, el artículo 45 superior reconoce su derecho a la protección y a una formación integral. Ahora bien, la distinción entre niño y adolescente consagrada en la Carta, no excluye a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino que pretende hacerlos más participativos respecto de las decisiones que le conciernen, como lo manifestó en sentencia C-092 de 2002.

⁷ Ver también sentencias T-415 y T-727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Sentencia C- 318 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería.

En ese sentido, compete al Estado a través de su legislación interna, establecer medidas y mecanismos para que dichos fines constitucionales puedan ser eficazmente cumplidos (Art. 2º C.P.).

3.1.2. La Corte Constitucional también ha señalado que la prevalencia de los derechos de los niños, es desarrollo del principio del *interés superior del menor* consagrado en el mismo artículo 44 Superior al disponer que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*. Este principio, contenido en el numeral 1º del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, reza lo siguiente: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.⁹

Es por esto que el principio que se describe fija una garantía constitucional consistente en asegurar el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor¹⁰. Por ende, las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, quedan limitadas a orientar todas sus decisiones según los derechos de los niños y el principio del interés superior, de forma tal que éste último *“cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño”*¹¹. En ejercicio de tal función hermenéutica, resulta innegable que el interés superior del menor constituye la finalidad de toda política pública pertinente y se erige en referente teleológico de toda decisión de autoridad que implique la preservación de los derechos de los niños¹².

⁹ La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño. Así en la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como “los niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ver Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Sentencia T- 408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹¹ Sentencia C- 273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Sentencia C-157 de 2007. Marco Gerardo Monroy Cabra.

No obstante, según lo determinó la Corte en la providencia T-510 de 2003¹³, “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, deben atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas – las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, como (ii) jurídicas – los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”. Las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan entonces con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés¹⁴.

3.1.3. Dada la vulnerabilidad de los menores frente al conflicto armado, su condición de víctimas exige asegurar para ellos el respeto por sus derechos fundamentales y una toma de decisiones que garantice el interés superior del menor. Como lo señaló la sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda), “*la participación del menor en el conflicto armado, no justifica dejar de aplicar los criterios [constitucionales] mencionados*”. Los principios descritos tienen, pues, una importancia significativa en el tratamiento constitucional de la responsabilidad penal de los infractores de sus derechos¹⁵.

3.2. El bloque de constitucionalidad: reflexiones generales sobre esa figura en la protección de los niños y las niñas vinculados a los conflictos armados.

3.2.1. La Corte Constitucional ha entendido que los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior¹⁶, integran la Carta Política en la medida en que sus dispo-

¹³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴ Sentencia C-205 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Cfr. Sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁶ El artículo 93 superior reza lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden

siones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional¹⁷.

Tales preceptos internacionales en consecuencia, complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado *bloque de constitucionalidad*; que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías, incluyendo el reenvío que la misma Carta realiza a través del artículo 93 superior¹⁸.

La Constitución, de este modo, reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios de derechos humanos debidamente ratificados por Colombia (art. 93), entre los que se incluyen los relacionados con la protección de la niñez. En ese sentido, el bloque de constitucionalidad no solamente está integrado por las normas protectoras de los derechos humanos, sino también en los casos de conflicto interno o externo, por aquellas que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹⁹, por lo que la figura ha logrado conciliar en nuestro sistema jurídico el principio de la supremacía de la Constitución (art. 4) con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales referidos (art. 93 C.P.).

Ahora bien, para que opere la prevalencia de tales instrumentos internacionales en el orden interno²⁰, *“es necesario que se den dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”*²¹. Las reglas del Derecho Internacional Humanitario, tienen plena vigencia durante los denominados Estados de Excepción (Art. 214-2)²².

interno. //Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia».

¹⁷ Cfr. Sentencia SU 256 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández.

¹⁸ Cfr. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ Cfr. Sentencia SU 256 de 1999 José Gregorio Hernández.

²⁰ Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²¹ Sentencia C-295 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz

²² Las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma

Así las cosas, los instrumentos internacionales a los que se hace referencia en el artículo 93 de la Norma Superior y que forman parte del bloque de constitucionalidad, resultan ser, en consecuencia, junto con las demás normas presentes en la Carta Política, parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.

3.2.2. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en diferentes providencias, que forman parte del bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que garantizan y reconocen derechos humanos en favor de los niños y las niñas. Entre otros, esta Corporación ha señalado los siguientes instrumentos internacionales: (i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 25-2 que la *“maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”* y que *“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*²³. (ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –integrado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968-, que establece en su artículo 24 que todos los niños tienen *“derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*²⁴. (iii) La Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992, al reconocer que, por sus condiciones particulares, el niño es un ser humano en estado de inmadurez física y mental que necesita *“protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después*

disposición constitucional. La sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, resalta que ello significa, ni mas ni menos, *“que las reglas del Derecho Internacional Humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias per se, sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta”*.

²³ Según la sentencia C-157 de 2007. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

²⁴ Según la sentencia C-157 de 2007. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Ver la sentencia C-203 de 2005.

del nacimiento”²⁵. (iv) El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶ –Ley 74 de 1968- y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “*protocolo de San Salvador*”, aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 1996²⁷.

3.2.3. En el mismo sentido, la pertenencia del Derecho Internacional Humanitario (DIH) al bloque de constitucionalidad, fue reconocida por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que se dijo lo siguiente:

“Los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y

²⁵ Sentencia C-157 de 2007. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁶ “Art. 10. Num 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

²⁷ “ART. 16. Derecho de la niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer el amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”

como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”²⁸.

“En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional, un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)”²⁹.

3.2.4. En desarrollo de estas consideraciones, y con el fin de analizar los cargos de la demanda con relación a la presunta violación del bloque de constitucionalidad, se recuerda entonces que las disposiciones internacionales que forman parte de él resultan ser parámetros de constitucionalidad para las leyes domésticas. En consecuencia, revisará la Sala a continuación, los compromisos asumidos por Colombia a nivel internacional, con relación a la especial protección de los menores participantes en los conflictos armados.

4. La protección de los niños y niñas vinculados a conflictos armados en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Existe un importante marco normativo a nivel internacional, que prohíbe el reclutamiento y vinculación de niños y niñas tanto

²⁸ Sentencia C-179/94. MP Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ Cfr. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. La Corte Constitucional revisará a continuación, las directrices establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el DIH y el Derecho Penal Internacional en la materia.

4.1. Garantías y prohibiciones establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en cuanto al reclutamiento y participación de los menores en conflictos armados.

4.1.1. La vinculación de menores en los conflictos armados, supone para ellos una amenaza cierta a sus derechos a la vida, integridad, libertad y educación, entre otros. Los niños y las niñas reclutados y utilizados para la guerra, además de ser separados prontamente de sus familias, se ven expuestos al manejo de armas y explosivos; a la práctica de homicidios y secuestros; al abuso sexual, la tortura y el maltrato, así como a todos los demás aspectos perversos de las hostilidades. La degradación del conflicto armado colombiano ha ocasionado que un grupo numeroso de niños, niñas y jóvenes se vean involucrados en ese ambiente hostil, en ese escenario aterrador, ya sea como víctimas de ataques indiscriminados en donde hay masacres, genocidios, mutilaciones, desplazamiento, hambre, pobreza y una triste situación de desprotección, o sea participando activamente en ellos, cuando se vinculan a los grupos armados ilegales³⁰. Como es lógico, estas situaciones afectan significativamente su desarrollo armónico e integral, a la par que dificultan su integración activa en la sociedad.

En ese sentido, los Estados que en el ordenamiento internacional de los Derechos Humanos se han comprometido a la protección de los menores, tienen obligaciones relacionadas con la prevención y garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en las diversas situaciones que se les presentan, incluyendo el caso de conflictos armados. De hecho, los niños y las niñas resultan ser titulares de todos los derechos humanos garantizados en los instrumentos internacionales correspondientes, no sólo en tiempo de paz, sino también en las hostilidades.

³⁰ Cfr. Sentencia C-172 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4.1.2. La *Convención Americana de Derechos Humanos* ha señalado según el artículo 19 de ese instrumento, que todo “niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”³¹. La *Convención sobre los Derechos del Niño*, a su vez, ha establecido que los Estados Parte tienen el deber de adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”³² (Art. 19).

A ese respecto se recuerda que según el artículo 1º de la *Convención sobre los Derechos del Niño* se entiende por *menor*, toda persona con una edad inferior a los “dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Art. 1º). Por lo tanto, los compromisos suscritos en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en la materia, le

³¹ La *Convención Americana de Derechos Humanos* en su artículo 2º reza en cuanto al deber de los Estados de protección de los derechos consagrados en ella, lo siguiente: “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”.

³² El artículo 19 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* reza lo siguiente: // “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. //2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

exigen a los Estados la adopción de mecanismos jurídicos idóneos que propugnen por la efectividad de los derechos de los niños y niñas en sus respectivas jurisdicciones³³, y la adopción de decisiones en los niveles domésticos que aseguren su bienestar y consulten el interés superior del menor³⁴.

4.1.3. En cuanto a la protección concreta relacionada con los niños y niñas vinculados a los conflictos armados, el artículo 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala genéricamente que los “*Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar*” (Art. 36). En lo que respecta al reclutamiento y participación de los menores por la fuerza pública o grupos armados irregulares, la Convención que se cita consagra el deber de los países firmantes de: (i) respetar los preceptos del DIH; (ii) prevenir la participación de los menores en hostilidades; (iii) no reclutar menores de 15 años en las fuerzas armadas estatales y (iv) promover la reintegración social de los niños que participen en conflictos armados. En ese sentido, los artículos 38 y 39 de la Convención que se cita, consagran las siguientes premisas:

³³ La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 4, consagra lo siguiente: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. (Subrayas fuera del original).

³⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3, señala al respecto lo siguiente: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. // 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (...)” (Subrayas fuera del original).

“Artículo 38.

1. Los Estados Partes *se comprometen a respetar* y velar por que se respeten las normas del *derecho internacional humanitario* que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún *no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades*.
3. Los Estados Partes *se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad*. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la *recuperación física y psicológica* y la *reintegración social de todo niño víctima de*: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o *conflictos armados*. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. (Destacado fuera del texto original).

4.1.4. En los últimos años, sin embargo, se ha reforzado la protección de los menores frente a su reclutamiento y participación en grupos armados regulares o irregulares, en el marco jurídico internacional. En el tema de la edad, por ejemplo, se ha extendido la obligación estatal de prohibición del reclutamiento de niños en el marco de los derechos humanos, hasta los 18 años de edad.

En efecto, se destaca que ante la aceptación de la indiscutible vulnerabilidad de niños y niñas en situaciones de conflicto armado y el creciente reconocimiento de que el reclutamiento y participación de menores de 18 años en las hostilidades afecta sus derechos más preciados, la UNICEF y el Grupo de Trabajo de Organi-

zaciones no Gubernamentales para la Convención sobre Derechos del Niño, propuso en 1997 algunas estrategias para poner fin al reclutamiento infantil. El objetivo de esa reunión multilateral en ese momento, fue contar con expertos que permitieran elaborar estrategias de prevención del reclutamiento de los niños y niñas menores de 18 años y proponer medidas para su desmovilización y reintegración en la sociedad. El resultado de esas discusiones, fue la llamada *Declaración de Principios de la Ciudad del Cabo (Sudáfrica)*, que recomendó a los gobiernos y a la comunidad internacional en general, -sin tratarse de disposiciones vinculantes en estricto sentido-, tomar medidas adecuadas para poner fin a esa forma de violación de los derechos de la infancia³⁵.

Uno de los elementos relevantes de esa discusión, fue la caracterización técnica del concepto de “*niño soldado*”, en la que se concluyó que podía definirse bajo tal apelativo a toda persona menor de 18 años que forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, con independencia de las labores que desempeñe, esto es, de que realice labores como cocinero, recadero o mensajero, etc. Se incluyó también en esa categoría a las niñas reclutadas con fines sexuales u obligadas al matrimonio, por lo que la definición no incluye sólo a los menores de edad que porten o hayan portado armas. A su vez, en cuanto a la definición técnica del concepto de *reclutamiento*, en esta Declaración se estimó que ese concepto podía incluir la *vinculación obligatoria* (fuerzas militares), *forzada* o *voluntaria* de los menores, a grupos armados legales o ilegales³⁶.

³⁵ Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños soldados en África (Ciudad del Cabo, 27 al 30 de abril de 1997).http://www.unicef.org/spanish/emerg/index_childsoldiers.html .

³⁶ Traducción no oficial. La definición en inglés es la siguiente: “Child soldier’ in this document is any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms. (...) ‘Recruitment’ includes compulsory, forced and voluntary recruitment into any kind of regular or irregular armed force or armed group”.

4.1.5. Posteriormente, como corolario de las inquietudes anteriores sobre el tema del reclutamiento infantil, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2000 propuso la suscripción del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados*, que entró en vigencia para Colombia el 25 de mayo de 2005³⁷.

La protección a la que alude este instrumento internacional propende por hacer efectivo el principio relacionado con la garantía del interés superior del menor, impulsando, en primer lugar, (i) el aumento en la edad mínima para el reclutamiento *obligatorio* por parte de las fuerzas armadas de los Estados, a los 18 años³⁸. En segundo lugar, (ii) autoriza el reclutamiento *voluntario* en las fuerzas armadas de los países miembros, a menores de 18 años, pero establece medidas de salvaguardia que garanticen que el reclutamiento será efectivamente voluntario³⁹ por parte de los Estados Parte. Y (iii) prohíbe *sin excepción alguna*, el reclutamiento y utilización de *menores de 18 años* en conflictos bélicos por los grupos armados no estatales, resaltando el compromiso de los países de velar porque ello no ocurra en sus respectivas jurisdicciones. Así las cosas, el Protocolo acepta que la vinculación de los niños y niñas en hostilidades genera un efecto perniciosos en el ejercicio de sus derechos, por lo que eleva en general la edad mínima para el reclutamiento de personas establecida en artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño previamente citado, a los 18 años; circunstancia que evita que se trate de una mera consideración propositiva y resulte ser a partir de este Protocolo, una obligación vinculante para los Estados Parte. Las normas relevantes del instrumento internacional en este tema, son las siguientes:

³⁷ Este texto fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000 y entró en vigor el 12 de Febrero de 2002.

³⁸ El artículo 2º del Protocolo Facultativo reza lo siguiente: “Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 año”.

³⁹ Artículo 3 del Protocolo Facultativo.

Artículo 1.

Los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para que *ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años, participe directamente en las hostilidades.*

Artículo 4.

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben *en ninguna circunstancia reclutar o utilizar* en hostilidades a *menores de 18 años.*

2. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.*

3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

Artículo 5.

Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará de manera que impida la aplicación de los preceptos del ordenamiento de un Estado Parte, de instrumentos internacionales o *del derecho humanitario internacional* cuando esos preceptos sean más propicios a la realización de los derechos del niño.

Artículo 6

1. Cada Estado Parte adoptará *todas las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones del presente Protocolo dentro de su jurisdicción.* (...)

3. Los Estados Partes adoptarán *todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con el presente Protocolo sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro modo.* De ser necesario, los Estados Partes prestarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social." (Destacado fuera del original).

4.1.6. Ahora bien, con respecto a los distintos alcances que se le han dado a las expresiones consagradas en las disposiciones anteriores del Protocolo Facultativo mencionado, la UNICEF, en un

texto denominado “Guía del Protocolo Facultativo sobre la Participación de niños y niñas en conflictos armados”⁴⁰, reconoce por ejemplo, en cuanto a la interpretación del concepto de “*participación directa en las hostilidades*”, lo siguiente:

aunque se llegó a un acuerdo para incluir en el texto final la frase “participación directa en las hostilidades”, ni el Protocolo Facultativo no sus *travaux préparatoires* (documentos preparatorios) proporcionan ninguna orientación sobre la definición de “participación directa en las hostilidades”, ni definen la diferencia entre participación “directa” e “indirecta”.

Es posible interpretar la participación directa no sólo como una participación activa en el combate sino también en actividades militares y funciones directas de apoyo. Estas funciones podrían incluir tareas de reconocimiento, espionaje, sabotaje y participación como blancos ficticios, correos, portadores, cocineros o asistentes en puestos de vigilancia militares. También podría incluir la utilización de niñas para actividades sexuales o casarlas por la fuerza.

Esta definición amplia de niños y niñas soldado se refleja en la definición de “niño soldado” empleada en los Principios de Ciudad del Cabo”, cuyo objetivo es evitar la utilización de niños y niñas soldados así como fomentar el desarme, la desmovilización y la reintegración. Esta definición se emplea por motivos programáticos y no es una definición jurídica. Los Principios de la Ciudad del Cabo, aprobados en una conferencia internacional sobre niños y niñas soldados celebrada en Sudáfrica en 1997, han sido ampliamente aceptados por entidades dedicadas a la protección de la infancia, organizaciones no gubernamentales y organismos de las Naciones Unidas, entre ellos la UNICEF y el Banco Mundial.

La definición de “Niño soldado” aprobada dice lo siguiente: (...). Por lo tanto, “niño soldado” no solamente se refiere a un niño o una niña que porta o ha portado armas. *La definición es intencionalmente amplia para que la protección abarque a la mayor cantidad posible de niños y niñas, y asegurar su inclusión en los programas de desmovilización y reintegración.*

⁴⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Nueva York. Mayo de 2004. Tomado de: <http://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf> Julio de 2009.

En ese contexto, es interesante señalar que los *travaux préparatoires* del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ofrecen una interpretación amplia de la participación de los niños y las niñas en las hostilidades⁴¹. (Los destacados fuera del original).

En lo concerniente con la aplicación del artículo 4 del Protocolo Facultativo reseñado, el documento de la UNICEF al que se ha hecho referencia, sostiene que éste refleja el punto de vista tradicional de que sólo los Estados tienen obligaciones bajo las leyes internacionales de derechos humanos y pueden convertirse en firmantes de tratados, por lo que la sanción al comportamiento de las entidades no estatales *depende de la legislación doméstica*⁴².

4.1.7. En el caso colombiano se destaca que el Congreso, con la expedición de la Ley 418 de 1997 (art.13) prohibió el reclutamiento de menores de 18 años. Posteriormente, con la modificación introducida por la Ley 548 de 1999 (art. 2) eliminó, inclusive la opción de que un menor de edad voluntariamente cumpliera con el deber de prestar el servicio militar, de forma tal que en la actualidad existe una prohibición taxativa de vinculación de los menores de 18 años al servicio militar obligatorio⁴³.

Al respecto, en la sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), relacionada con la revisión constitucional del mencionado Protocolo Facultativo, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

El Protocolo objeto de estudio fija la edad mínima de 18 años para el alistamiento obligatorio y eleva la edad mínima para el reclutamiento voluntario por encima de la prescrita en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre Derechos del Niño, no obstante

⁴¹ *Ibidem*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Nueva York. Mayo de 2004. Tomado de: <http://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANIS-Hnw.pdf> Julio de 2009.

⁴² *Ibidem*. Pag. 17.

⁴³ Cfr. Sentencia C-172 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño. El artículo 13 de la Ley 548 de 1999 reza lo siguiente: “Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad. (...)”

Colombia ya determinó como edad mínima la de 18 años. Así mismo, prohíbe a grupos armados no gubernamentales el alistamiento y utilización en los enfrentamientos de menores de 18 años y exige que los gobiernos tomen medidas para desmovilizar, rehabilitar y reinsertar en la sociedad a niños y niñas que hayan estado vinculados a algún grupo armado.

4.3. Para la Corte a través del instrumento internacional se pretende otorgar mayor protección y garantías a los niños, niñas y adolescentes en cuanto no permite su participación directa en hostilidades e *impone a los Estados Partes, comprometiendo a la comunidad internacional en su conjunto, el cometido de cooperar en la aplicación de sus disposiciones*. Sus prescripciones resultan ajustadas a los preceptos constitucionales toda vez que no hacen otra cosa que afianzarlos. Existe una identidad de propósitos con los plasmados por el Constituyente, con los instrumentos internacionales y con las normas inferiores existentes sobre la materia. De otra parte y frente a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al reclutamiento, considera la Corporación que el Protocolo es más garantista y presta mayor atención a los niños, niñas y adolescentes ante el conflicto armado

Una cuestión que resulta de gran trascendencia es la exclusión de la posibilidad de que fuerzas armadas distintas a las de un Estado recluten o utilicen en hostilidades a menores de 18 años y *el compromiso impuesto a cada Estado Parte para que adopte medidas tendientes a impedir ese proceder*". (Destacado fuera del original).

4.1.8. En lo que respecta a los trabajos adelantados frente a esta problemática en el marco de la OIT, en junio de 1999 se aprobó de forma unánime por los países participantes, el *Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil*⁴⁴. En dicho instrumento internacional se pidió la acción inmediata de los Estados Parte para la eliminación y prohibición entre otros, del reclutamiento *forzoso u obligatorio* de niños, para utilizarlos en conflictos armados. En el ar-

⁴⁴ Este convenio fue adoptado el 16 de junio de 1999 y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. La constitucionalidad del convenio fue revisada en la sentencia C-535 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

título 1º de ese Convenio, se establece el deber de todos países firmantes, de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir *la prohibición y la eliminación* de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, reconociendo como niño, a toda persona menor de 18 años. En el artículo 3º del Convenio, se consagró como una de las peores formas de trabajo para los menores, entre otras:

“[T]odas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, *incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados*”⁴⁵. (Los destacados y cursivas fuera del original).

Entre los compromisos adquiridos por los miembros del Convenio, se señaló el deber de elaborar y poner en práctica un programa de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil descritas.

4.1.9. En cuanto a los *estándares y principios* recientemente considerados por las Naciones Unidas en el tema, se destaca que en el año 2007, en la Conferencia Internacional sobre el Drama de los Niños Soldados patrocinada por la UNICEF, la comunidad internacional nuevamente se pronunció sobre la situación de los menores afectados por los conflictos armados y profirió lo que se conoce en la actualidad como los *Principios de París*. El objetivo de esa conferencia internacional fue el de revisar los *Principios de Ciudad del Cabo* sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados. Tales principios, al igual que los anteriores, propenden por fortalecer programas de protección, liberación y reintegración sostenibles para niños y niñas asociados con grupos y fuerzas armadas, a fin de ponerle fin al ilegal e inaceptable uso de los niños y niñas en conflictos armados⁴⁶.

⁴⁵ Subraya fuera del original.

⁴⁶ <http://www.unicef.es/contenidos/591/index.htm> , 2009.

4.1.10. En lo que corresponde a los avances del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁴⁷, se tiene que desde 1999 este organismo ha adoptado diversas resoluciones que condenan la utilización de niños y niñas como soldados⁴⁸. Se resalta en especial la última de ellas, es decir la Resolución No 1612 de 2005⁴⁹, que reconoce que incumbe a los gobiernos nacionales la función primordial de proporcionar protección y socorro eficaz a todos los niños afectados por los conflictos armados así como la responsabilidad de poner fin a la impunidad y llevar ante la justicia a los responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y otros crímenes atroces perpetrados contra los niños

De particular importancia es la consagración de un mecanismo de supervisión y presentación de informes en relación con los niños y los conflictos armados por países⁵⁰, en dicha resolución, en el marco de ese Consejo de Seguridad. Ello exige a los Estados Parte reunir y proporcionar información oportuna, objetiva y fiable acerca del reclutamiento y la utilización de niños soldados en contra-

⁴⁷ En la Carta de las Naciones Unidas, se estipula que las funciones y poderes del Consejo de Seguridad son: mantener la paz y la seguridad internacionales de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas; investigar toda controversia o situación que pueda crear fricción internacional; recomendar métodos de ajuste de tales controversias, o condiciones de arreglo; elaborar planes para el establecimiento de un sistema que reglamente los armamentos; determinar si existe una amenaza a la paz o un acto de agresión y recomendar qué medidas se deben adoptar; instar a los Miembros a que apliquen sanciones económicas y otras medidas que no entrañan el uso de la fuerza, con el fin de impedir o detener la agresión, entre otras funciones. Se recuerda que con base en las funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se establecieron – no sin controversia – los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia.

⁴⁸ Se trata de las resoluciones 1261 (1999) de 25 de agosto de 1999; 1314 (2000) de 11 de agosto de 2000; 1379 (2001) de 20 de noviembre de 2001, 1460 (2003) de 30 de enero de 2003 y 1539 (2004) de 22 de abril de 2004, que establecen un marco general para la protección de los niños afectados por conflictos armados.

⁴⁹ Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5235ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2005.

⁵⁰ La necesidad de este informe ya había sido adoptada en la Resolución 1539 de 2004.

vención del derecho internacional aplicable y de otras infracciones y abusos cometidos contra los niños afectados por los conflictos armados. Se destaca al respecto, que Colombia en diciembre de 2008 aceptó de manera voluntaria la aplicación de este mecanismo de supervisión y presentación de informes, conforme a lo señalado en dicha preceptiva⁵¹.

4.1.11. Así las cosas, del recuento normativo anterior se concluye que para el caso de Colombia, la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁵², el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados*⁵³ y el *Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas de trabajo infantil*⁵⁴ (Ley 704 de 2001) resultan ser instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, que forman parte del Derecho Interno y que incorporan obligaciones para los Estados Parte relacionadas con asegurar la protección de los menores en situación de conflicto armado. Evidentemente estos instrumentos, forman parte del bloque de constitucionalidad y se constituyen en parámetro de constitucionalidad de las normas legales relacionadas.

Son disposiciones que luego de su actualización histórica, garantizan la aplicación de medidas de protección a los niños y niñas menores de 18 años vinculados a los conflictos armados y la adopción por parte del Estado, de disposiciones internas que aseguren el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esas normas

⁵¹ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aplicó medidas selectivas contra personas por el hecho de reclutar y utilizar menores, imponiendo la prohibición de viajar al dirigente de un grupo armado de la República Democrática del Congo.

⁵² La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Colombia al ratificar la Convención, hizo una reserva por la cual considera que la edad mínima para que la persona pueda participar directamente en las hostilidades es de 18 años.

⁵³ Este Protocolo Facultativo fue aprobado por Colombia mediante la Ley 833 del 10 de julio de 2003 y revisado por esta Corporación mediante la sentencia C-172 de 2004.

⁵⁴ Colombia mediante la Ley 704 de 2001 ratificó el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo.

internacionales vinculantes. En consecuencia, se consagra la obligación para los Estados de:

(i) Abstenerse de reclutar *obligatoriamente* en las fuerzas armadas a menores de 18 años salvo el caso del reclutamiento *voluntario* de personas por debajo de esa edad en el caso de las fuerzas armadas del Estado, bajo la premisa de la presentación de salvaguardias debidas (Protocolo Facultativo). Esta consideración como ya se explicó, no aplica para el caso colombiano. Con la Ley 548 de 1999, prohibió taxativamente la vinculación de los menores de 18 años al servicio militar obligatorio.

Se prohíbe *sin excepción* a los grupos armados irregulares, *reclutar* o *utilizar* en hostilidades a menores de 18 años y se propone a los Estados adoptar para el efecto, *las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización*, incluyendo la adopción de las medidas legales necesarias para *prohibir* y *tipificar* esas prácticas (Protocolo Facultativo, art. 4°). Tal prohibición y la tipificación de estas prácticas para el caso de los grupos armados irregulares, es la que se establece en las dos normas penales que son objeto de la demanda de inconstitucionalidad.

Se consagra igualmente, como una de las peores formas de trabajo infantil, *el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados*⁵⁵, por lo que se estimula a los Estados, a tomar acciones prioritarias para el efecto (Convenio 182 OIT).

Por tratarse en todos estos casos de obligaciones de los Estados firmantes, la adopción de medidas internas para el efecto, es la forma de asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Finalmente, en cuanto a los estándares establecidos en los Principios del Cabo y de París, se destaca que aunque esas disposiciones carecen de fuerza vinculante en sentido estricto, son criterios internacionalmente relevantes para guiar a los países miembros de las Naciones Unidas como Colombia, en los objetivos de impedir la vinculación de niños y niñas en las hostilidades, y lograr la consecución de su libertad y la recuperación de sus vidas. También

⁵⁵ Énfasis fuera del original.

contribuyen a generar directrices para afianzar mecanismos para su correcta reintegración en la sociedad.

4.2. Garantías y prohibiciones establecidas en el Derecho Internacional Humanitario (DIH), en cuanto al reclutamiento y participación de menores en conflictos armados.

4.2.1. En los países donde existe algún tipo de conflicto armado, los niños y las niñas se ven generalmente implicados desde muy temprana edad en las hostilidades, no obstante la prohibición existente de reclutar y usar menores en situaciones de esta índole. En ese sentido, aunque la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el *Protocolo Facultativo* de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y la *Convención sobre las peores formas de trabajo infantil* se aplican a los conflictos armados internacionales y no internacionales porque operan en todo momento⁵⁶, ciertamente las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario⁵⁷, por su naturaleza particular,

⁵⁶ La interacción del DIH con los DDHH en el ámbito del conflicto armado ha sido abordada en reiteradas ocasiones por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Así por ejemplo, en la Opinión Consultiva sobre la Construcción de un Muro en los Territorios Ocupados de Palestina de 2004, que se suscitara a consulta de la Asamblea General indagando sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la construcción de un muro construido por Israel en los territorios ocupados de Palestina a la luz de los principios y reglas generales del derecho internacional, la CIJ reiteró la vigencia de los instrumentos internacionales sobre DDHH en caso de conflicto armado, salvando las disposiciones de derogación en situaciones de emergencia". Ver: Elizabeth Santalla Vargas. "Convergencias y divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado". Publicado en el libro de la OEA – Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario, 2007, Washington DC. Tomado de: http://www.observatoriodpi.org/_data/spda/contenido/20080402091155_.pdf Julio de 2009.

⁵⁷ En la Conferencia de Ginebra de 1949 sobre protección a las víctimas de la guerra se adoptaron, las cuatro Convenciones de Ginebra en las que son parte hoy 147 Estados, así: 1. Convención para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; 2. Convención para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; 3. Convención concerniente al trato de los prisioneros de guerra y 4. Convención

tienen un mayor impacto en los conflictos armados, ya que son disposiciones que se aplican a ellos independientemente de si los países se han comprometido o no jurídicamente en la adopción de tales disposiciones, por tratarse de prácticas consuetudinarias de carácter imperativo que responden a presupuestos éticos mínimos y exigibles a todas las partes del conflicto, se trate de un conflicto nacional o internacional. En efecto, el Derecho Internacional Humanitario permite que en los momentos más aciagos de una sociedad, existan algunas reglas mínimas con relación a la actividad bélica que permitan contener, en favor de los seres humanos, sus efectos más devastadores.

Así las cosas, como lo recordó la sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita) , el derecho internacional humanitario *“no es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aún en las más difíciles y hostiles circunstancias, vale decir, precisamente cuando es objeto del más abierto desafío a su vigencia y concreción.”* Les permite a los actores armados en el conflicto, contar con *“la existencia de (...) de normas mínimas de humanidad que rigen y adquieren toda su vigencia en los conflictos armados, como quiera que ellas son también instrumentos de salvaguardia y efectividad de la dignidad humana.”* La sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) que revisó la aprobación del Protocolo II en nuestro país, explicó la obligatoriedad intrínseca de estas disposiciones, de la siguiente forma:

“esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta

sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra. El Protocolo I aplicable a los conflictos armados que tienen carácter internacional fue *aprobado mediante la ley 171/94* revisado por la Corte mediante la sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón). El Protocolo II, aplicable a los conflictos armados que tuvieren el de carácter interno. Fue revisado por la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario”.

“(…) La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario se deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados, y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”.

4.2.2. Los niños y las niñas en los conflictos descritos, en ese sentido, se encuentran protegidos por el DIH desde una doble perspectiva: (i) en *su calidad de civiles* afectados por las hostilidades⁵⁸ y (ii) como *sujetos vinculados a ellas* en conflictos armados internacionales y no internacionales, de acuerdo con los artículo 77 del Protocolo I y al artículo 4º del Protocolo II adicionales a los Convenios de Ginebra, respectivamente.

En el primer caso, la sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), recordó que el Convenio IV de Ginebra de 1949 (relacionado con la protección de personas civiles en tiempo de guerra), otorga una singular protección en favor de la población infantil como personas civiles que no participan en las hostilidades (artículos 14, 17, 23, 24, 38 y 50), y aunque no establece la prohibición

⁵⁸ IV Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 1949 y el Protocolo Adicional I Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 1977, en el caso de un conflicto internacional, o el Protocolo II artículo, 4 – en lo pertinente- y 13 en el caso de un conflicto no internacional.

expresa sobre su reclutamiento e incorporación, “*lo cierto es que de sus disposiciones se desprende que tales conductas no están autorizadas*”.

Ese amparo resulta más efectivo, en los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (Protocolo I Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales⁵⁹ y el Protocolo II Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional⁶⁰).

En efecto en ambos Protocolos se fija en 15 años la edad mínima para el *reclutamiento* o *participación* de niños en conflictos armados. Ese límite de edad se aplica a los distintos grupos armados, tanto si se trata de los gubernamentales como de los no gubernamentales, y si se trata de conflictos armados internacionales o internos. Se destaca que en ambos instrumentos se utilizan las expresiones, *reclutamiento* y *participación* en las hostilidades, como descripción de la conducta proscrita. Lo anterior es entendible desde una perspectiva amplia de protección, en la medida en que el objetivo de estas disposiciones es excluir en cualquier caso la participación de los menores de 15 años en el conflicto y asegurar para ellos el principio de distinción⁶¹. Por ende, en virtud de tales Protocolos, *el reclutamiento y la participación de menores de 15 años en el conflicto, constituye una violación del DIH*. Al respecto, el artículo 77 del Protocolo I -conflictos internacionales-, reza lo siguiente:

“77 Protección de los niños. Los niños serán objeto de un respeto especial. Se los protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesitan por su edad o por cualquier otra razón.

⁵⁹ Fue aprobado el 8 de junio de 1977 y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, pero para Colombia el 1 de marzo de 1994, en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991. Ley 11 de 1992

⁶⁰ Fue aprobado el 8 de junio de 1977 y entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, pero para Colombia el 15 de febrero de 1996, en virtud de la Ley 171 de 1994.

⁶¹ Las obligaciones impuestas por el artículo 3 común y por el Protocolo II respecto a los conflictos no internacionales se sintetizan en el respeto a tres principios básicos: los principios de distinción, de humanidad y de inmunidad de la población civil. El principio de distinción, exige la diferenciación entre

Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos en sus fuerzas armadas. Cuando recluten a adolescentes de quince a dieciocho años, las partes en conflicto procurarán dar la prioridad a los de mayor edad.

Si niños menores de quince años participaran, a pesar de todo, directamente en las hostilidades y cayeran en poder de la parte adversa, seguirían gozando de la protección del presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto cuando los miembros de una misma familia sean alojados juntos.

No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.”

En cuanto al artículo 4° del *Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)⁶², éste prescribe sobre el reclutamiento y utilización de niños en estos conflictos, lo que sigue:

4 Garantías fundamentales.

Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

los combatientes – a quienes se puede atacar en las hostilidades a menos que estén fuera de combate- y los civiles – quienes están protegidos por el DIH. Los combatientes son quienes participan directamente en las hostilidades, por ser miembros operativos de los grupos armados. Las personas civiles están protegidas contra los ataques, pero pierden esta protección y pueden ser objetivo militar, si participan directamente en las hostilidades, y mientras dure tal participación. (Art. 13, num. 3 del Protocolo II).

⁶² El artículo 1° del Protocolo II de 1977, es un desarrollo del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. fue aprobado mediante Ley 171 de 1994. Además, según los artículos 20 y 22, un Estado no puede ser parte del Protocolo II si no ha ratificado los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El artículo 3° común fue aprobado por Colombia por medio de la Ley 5° de 1960, ratificado el 8 de noviembre de 1961.

- a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral;
- b) se tomarán todas las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;
- c) *los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;*
- d) *la protección especial prevista en este artículo seguirá aplicándose a los niños menores de quince años incluso si participan directamente en las hostilidades;*
- e) se tomarán medidas, si procede y si es posible con el consentimiento de los padres o de las personas que tengan la guarda de los niños, para trasladar temporalmente a éstos de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura. (Destacado fuera del original).

Según la sentencia C-172 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) en ambos Protocolos:

“[S]e establece la prohibición de su participación [de los menores] en las hostilidades, *ya sea directa o indirecta*. Allí se compromete a los Estados Partes a adoptar medidas para que los niños y niñas menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades y especialmente a no reclutarlos en sus fuerzas armadas, sin distinguir *si la incorporación es voluntaria u obligatoria*”.

4.2.3. De lo anterior se concluye que de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales ratificados por Colombia, el *reclutamiento y la participación de menores de 15 años de edad* en los conflictos armados, *es una conducta prohibida por el DIH*.

Los Estados Parte en virtud de lo anterior, se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para sancionar a las personas culpables de infracciones graves contra esos Convenios. Asimismo, los Estados están obligados a enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido infracciones graves contra esos tratados o a transferirlos a otro Estado para que los enjuicie. Dicho con otras palabras, los autores de infracciones graves –los criminales de guerra– han de ser enjuiciados en todo tiempo, y esa responsabilidad incumbe a los Estados.

Así, aunque hay interés para que esa edad de protección ascienda a los 18 años por las razones ya expuestas, la prohibición del reclutamiento y participación en las hostilidades propia del DIH, cobija por lo pronto a los menores de 15 años. Con todo, se recuerda que aquellos jóvenes que se encuentran entre dicha edad y los 18 años, y que para los instrumentos internacionales de derechos humanos siguen siendo niños, en el caso de los conflictos armados, cuentan aún con la protección especial aplicable a quienes participan directamente en las hostilidades.

De acuerdo con la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), las normas del DIH forman parte del bloque de constitucionalidad. Son además disposiciones que obligan a todas las partes del conflicto, independientemente de si han dado su consentimiento o no para el efecto, y por consiguiente su aplicación es exigible no sólo al Estado sino a todos los grupos armados irregulares o regulares cobijados por estas normas⁶³. En este sentido y según esa sentencia, *“la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”*.

Ahora bien, cabe resaltar que en cuanto a la distinción que las normas del DIH hacen entre niños y adolescentes en lo que respecta al marco de protección particular a los menores de 15 años reclutados o utilizados en el conflicto, la Corte sostuvo en la sentencia C-157 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que dicha distinción no desvirtuaba la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cobija a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica⁶⁴. Se dijo

⁶³ Se recuerda que el DIH no cobija asuntos relacionados con la delincuencia común.

⁶⁴ En providencia C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón) la Corte había indicado que en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, «menores» (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años), para todos los efectos del Código del Menor.

entonces que el legislador puede establecer diferencias de trato entre sujetos que tienen menos de 18 años, pero que dicha diferencia no puede perjudicar el esquema de protección del menor. No obstante en el derecho interno colombiano están prohibidas tales conductas proscritas, incluso frente a los menores de 18 años. Como lo precisó la sentencia C-203 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda):

“En este sentido, y dado que en el derecho de nuestro país la mayoría de edad se fija en términos generales a los 18 años –de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño-, *ha de entenderse que en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección especial que provee el Derecho Internacional Humanitario se extiende a todos los menores de 18 años que resulten afectados por el conflicto armado*, sin perjuicio de que en cada caso individual se tengan en cuenta los criterios-guía objetivos establecidos en las distintas normas de las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos Adicionales como medios para fijar el grado de protección reforzada de la que es titular un menor en concreto!.

4.2.4. Finalmente debe recordarse que las infracciones más graves del DIH, en todo caso, han sido penalizadas a nivel internacional como crímenes de guerra. Este tema, que reviste toda la importancia de acuerdo a los cargos de la demanda, será revisado a continuación.

4.3. El Derecho Penal Internacional (DPI) y el reclutamiento y vinculación de menores en los conflictos armados.

4.3.1. Colombia hace parte del grupo de países que ha ratificado el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional⁶⁵; institución de carácter permanente y con funciones judiciales, que

⁶⁵ Colombia suscribió el Estatuto de Roma el 10 de Diciembre de 1998, y lo incorporó en su legislación interna mediante Acto legislativo reformativo de la Constitución, aprobado por el Congreso de la República el 16 de mayo de 2002, el cual fue sancionado por el Presidente de la República el 5 de junio del mismo año. Mediante la Ley 742 de 2002 se aprobó el Estatuto el cual fue revisado en la sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda) por la Corte Constitucional, siendo ratificado el 5 de agosto de 2002. Entró en vigor con respecto a Colombia a partir de 1o de noviembre de 2002, en conformidad con el artículo 126.2 del Estatuto. Colombia ratificó el Estatuto, usando la posibilidad establecida en la

tiene como propósito determinar la *responsabilidad penal individual* de las personas que hayan cometido graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario⁶⁶. De esta forma la Corte Penal internacional puede investigar y enjuiciar los crímenes de genocidio⁶⁷, de lesa humanidad, de guerra y el de agresión⁶⁸, cuando los Estados Parte no hayan cumplido con su deber de perseguir, juzgar y castigar a los responsables de dichos crímenes dentro de sus respectivas jurisdicciones⁶⁹.

disposición transitoria del artículo 124 del Estatuto, que le permitía al Estado sustraerse de la competencia de la Corte por crímenes de guerra, por un periodo de siete años a contar a partir de la ratificación del instrumento.

⁶⁶ La Corte no reemplaza la jurisdicción nacional y operará únicamente en los casos en que las jurisdicciones nacionales se hayan abstenido o no hayan podido realizar la investigación correspondiente.

⁶⁷ Este delito es el único de los diferentes delitos de competencia de la Corte Penal Internacional que ha sido definido como *Ius Cogens*.

⁶⁸ En la sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda, se dijo que: “Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber: i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981; iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986; iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968; v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972; vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994; ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987; x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994”.

⁶⁹ <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

4.3.2. El artículo 8 del Estatuto de Roma, tipifica entre los crímenes de guerra que implican responsabilidad penal internacional para los individuos que lo cometen, el *reclutar, alistar o utilizar* menores de 15 años en las hostilidades. Específicamente esa norma reza así:

Artículo 8. Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. // 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: (...)

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los *conflictos armados internacionales* dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)

xxvi) *Reclutar o alistar* a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales *o utilizarlos* para participar activamente en las hostilidades; (...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los *conflictos armados que no sean de índole internacional*, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

vii) *Reclutar o alistar* niños menores de 15 años en las fuerzas armadas *o utilizarlos* para participar activamente en hostilidades; (...). (Destacado fuera del original).

Los preceptos anteriores, tipifica penalmente dos conductas concretas: de un lado, el *reclutamiento o alistamiento* de niños, y del otro, el *utilizarlos* para participar activamente en las hostilidades.

También el Estatuto considera la esclavitud sexual, como un crimen de lesa humanidad según el artículo 7(1) y un crimen de guerra 8(2)(c)(vi), lo que significa igualmente la persecución penal internacional a tales infracciones, en aquellos casos en que los niños y niñas son vinculados a los grupos armados para esos fines específicos o son objeto de ellos.

4.3.3. En cuanto al alcance de las conductas tipificadas en las normas descritas, esto es el significado que se le ha dado en la doctrina a los términos de *reclutamiento o alistamiento* y la *utilización* de

menores de 15 años para participar en hostilidades, debe afirmarse que aunque no hay especificaciones definidas todavía por la jurisprudencia de la CPI sobre el alcance definitivo de estas expresiones, en los documentos preparatorios del texto del Estatuto de Roma en materia de crímenes de guerra, se resaltó sobre esas locuciones lo siguiente:

“Reclutar a niños menores de 15 años para las fuerzas armadas o utilizarlos para que participen activamente en las hostilidades. (Pie de página 12).

“[El pie de página 12, se dice lo siguiente]: Esta variante apunta a incorporar los principios esenciales contenidos en el derecho internacional aceptado, utilizando al mismo tiempo expresiones que reflejen la responsabilidad penal individual en contraposición a la responsabilidad estatal. *Los términos “utilizar” y “participar” se han adoptado a fin de abarcar tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, correos o en controles militares.* No quedarían abarcadas las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de servicio doméstico en el hogar de un oficial. *Sin embargo, la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades en el propio frente, quedaría incluida en esos términos*”⁷⁰. (Destacado fuera del original).

4.3.4. En los casos en que este delito ha sido investigado por la Corte Penal Internacional, se han considerado ciertamente como conductas reprochables y susceptibles de acusación como crímenes de guerra, el *alistamiento, la conscripción (reclutamiento) y la utilización* de niños menores de 15 años en los conflictos, como puede verse, por ejemplo, en el Informe presentado por la Corte Penal Inter-

⁷⁰ A/CONF.183/2/Add.1 Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma del 15 de junio a 17 de julio de 1998. 14 de abril de 1998. Tomado en: www.un.org/spanish/law/icc/docs.htm

nacional a la Asamblea de las Naciones Unidas el 22 de agosto de 2008⁷¹. En la Decisión de Confirmación de los cargos presentados por el Fiscal de la Corte Penal en el caso de Katanga y Ngudjolo, se dijo con respecto a los ciudadanos del Congo acusados de perpetrar crímenes de guerra por tales conductas lo siguiente:

“La Cámara confirma que hay suficiente evidencia para establecer cargos sustanciales para creer que Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui en conjunto, cometieron el crimen de *usar* niños de menos de 15 años para *hacer parte* en las hostilidades, bajo el artículo 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto, *usándolos* a ellos personalmente como guardaespaldas y combatientes durante el ataque contra el pueblo de Bogoro, el 24 de febrero de 2003”⁷². (Énfasis fuera del original).

⁷¹ Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas. A/63/323 del 22 de Agosto de 2008. Tomado de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/60963BCD-D0D7-4DA3-B8CA-BB80EDD49C70/278596/ICCA63323Es.pdf> En ese informe la CPI señala expresamente lo siguiente: “La Sala I de Primera Instancia emprendió los preparativos del juicio del Sr. Thomas Lubanga Dyilo, presunto dirigente de la Unión de Patriotas Congoleños y comandante en jefe de su rama militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo. Al Sr. Lubanga Dyilo se le acusa de cometer crímenes de guerra, en particular el *alistamiento, la conscripción y la utilización* de menores de 15 años para participar activamente en los enfrentamientos. Hasta la fecha, cuatro víctimas han participado en las diligencias judiciales en relación con el asunto incoado contra el Sr. Lubanga. (...) [Por otra parte en otro caso contra unos ciudadanos también del Congo se dijo que]: Los Sres. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui fueron entregados a la Corte por la República Democrática del Congo el 18 de octubre de 2007 y el 7 de febrero de 2008, respectivamente. Cada uno de ellos está acusado de nueve cargos por crímenes de guerra (incluyendo asesinato u homicidio intencional; tratos crueles o inhumanos; *utilización, conscripción y alistamiento de niños*; esclavitud sexual; ataques contra la población civil; pillaje; violación; ultrajes a la dignidad personal y destrucción o incautación de la propiedad del enemigo) y cuatro cargos por crímenes de lesa humanidad (incluyendo asesinato, actos inhumanos, esclavitud sexual y violación), supuestamente cometidos durante un ataque perpetrado contra la aldea de Bogoro el 24 de febrero de 2003”. (Subrayas fuera del original).

⁷² Traducción no oficial. El texto en inglés es el siguiente: “The Chamber confirmed that there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui jointly committed the crime of using children under the age of fifteen to take active part in the hostilities, under article 8(2)(b)(xxvi) of the Statute, by using them

En el caso del señor Thomas Lubanga, también ciudadano de la república democrática del Congo, los cargos por crímenes de guerra de los que fue acusado fueron los siguientes:

“El señor Lubanga es considerado responsable como co-perpetrador, de crímenes de Guerra que consisten en:

- *Alistar y reclutar niños menores de 15 años en las Forces patriotiques pour la libération du Congo [Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo] (FPLC) y de usarlos para participar activamente en las hostilidades en el contexto de conflictos armados internacionales del principio de Septiembre de 2002 al 2 de junio de 2003 (penalizados bajo el artículo 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma. [Igual en el contexto de conflictos armados no internacionales entre el 2 de junio de 2003 y el 31 de agosto de 2003, punibles bajo el artículo 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma.]”.* (Destacado fuera del original)⁷³.

4.3.5. Ahora bien, la posible indeterminación conceptual de algunos de los tipos penales plasmados en el Estatuto de Roma, fue considerada por la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)⁷⁴ que adelantó la revisión constitucional de ese instrumento internacional. En efecto, recordó esa sentencia que en el mismo Estatuto está presente esa eventualidad, así como mecanismo de solución, como sigue:

personally as body guards and as combatants during the attack against the village of Bogoro, on or about 24 February 2003”. Ver, *Decision on the confirmation of charges, issued by Pre Trial Chamber I in the Katanga and Ngudjolo Case* .30.09.2008, ICC-01/04-01/07-717. Tomado de: <http://www.icc-cpi.int/icc-docs/doc/doc571253.pdf>

⁷³ Traducción no oficial. El texto en inglés es el siguiente: “Enlisting and conscripting children under the age of 15 years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities in the context of an armed conflict not of an international character from 2 June 2003 to 13 August 2003 (punishable under article 8(2)(e)(vii) of the Rome Statute)”. *Decision on the Confirmation of the Charges, issued by Pre Trial Chamber I in the Lubanga Case*, ICC-01/04-01/06-803. Fecha de la decisión: 29 Enero 2007, Tomado de la página de la CPI: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>

⁷⁴ En la que la Corte estudió precisamente la compatibilidad constitucional del Estatuto de Roma con la Carta.

“Varios elementos de los crímenes de competencia de la Corte requieren una mayor precisión. Por esa razón, el artículo 9 prevé la adopción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes, el cual contribuirá a precisar la estructura de cada conducta y delimitará su interpretación. *Con el fin de evitar conflictos sobre el alcance de cada uno de los crímenes y las diferentes formas de su tipificación en el derecho penal interno de los Estados, o de su concepción y evolución posterior en el derecho internacional (artículo 10 ER), la definición que prevalecerá para efectos de definición de la competencia y admisibilidad de un caso ante la Corte es la que trae el Estatuto de Roma, junto con los Elementos de los Crímenes que adopte la Asamblea General de Estados Partes*”. (Destacado fuera del original).

En cuanto a los alcances de la regulación penal de estas conductas en el derecho interno, se dijo en la misma providencia que:

“Si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, *existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos*. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero si más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces”. (Destacado fuera del original).

4.3.6. Concluye la Sala, en consecuencia, que en el Derecho Penal Internacional, *el reclutamiento o alistamiento y la utilización de menores de 15 años de edad para participar en los conflictos armados*, es una conducta objeto de reproche internacional, que por ser contraria al

DIH como se dijo, es investigable y enjuiciable por la Corte Penal Internacional por estar tipificada en el Estatuto de Roma.

Ese Tribunal, en consecuencia, tiene competencia para determinar la responsabilidad penal individual de cualquier ciudadano de cualquier País Parte en el que se cometan tales actuaciones ilícitas. Su papel no es el de reemplazar la jurisdicción penal nacional, sino que su competencia en estas materias es residual. Por consiguiente, únicamente puede actuar en los casos en que las jurisdicciones nacionales se hayan abstenido por cualquier causa, de perseguir estos delitos o no hayan podido hacerlo por cualquier razón. Al respecto la sentencia C-578 de 2002, precisó lo siguiente:

“Las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. *Las disposiciones en él contenidas no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana.* Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación”. (Destacado fuera del original).

Con todo, el Estatuto de Roma en sí mismo considerado, es una norma convencional de derecho internacional que obliga exclusivamente a los Estados Firmantes. Por ello, sus disposiciones genéricas no pueden considerarse a priori *ius cogens*, ya que en sentido lógico, las normas exclusivamente convencionales para los Estados no pueden considerarse universalmente imperativas. Sin embargo, tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma sí presentan tal condición, como ocurre por ejemplo con el delito de genocidio⁷⁵. Para el

⁷⁵ Aunque, según la doctrina internacional mayoritaria – que no obstante se encuentra en discusión-, de acuerdo con la lista que Humphrey Waldock

caso colombiano, sin embargo, la vinculación del país a la Corte Penal Internacional está prevista en el artículo 93 superior, en virtud del acto legislativo 02 de 2002. Dicho acto legislativo en su artículo 1º estableció que el Estado puede reconocer jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

5. Conclusiones sobre las consideraciones internacionales en materia de reclutamiento y utilización de los niños, niñas y adolescentes en los conflictos armados.

5.1. Revisado el alcance de las disposiciones internacionales en la materia, recuerda la Sala que los diferentes regímenes descritos responden a normatividades complementarias en el marco del Derecho Internacional, cuyo objetivo común es proteger los derechos básicos de la persona humana. Su diferencia, como lo reseñó la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) radica en su aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados en lo esencial, para situaciones de paz [DDHH], mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado [DIH]. No obstante ambos cuerpos normativos al estar concebidos para proteger los derechos mínimos de las personas, pueden operar simultáneamente al responder al mismo fundamento ético.

No obstante, lo expuesto hasta el momento permite concluir que fuera de las diferencias que se advierten en la redacción de los distintos instrumentos considerados, el reclutamiento y utilización de los niños en el conflicto armado, es una violación de los derechos humanos, una infracción del derecho internacional humanitario y un delito internacional.

anunció a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su segundo informe sobre el derecho de los tratados, las siguientes normas caerían dentro de esa categoría de *ius cogens*: la prohibición del uso de la fuerza, de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la esclavitud y el tráfico de esclavos, el genocidio y la piratería. Ver la Convención Internacional contra el Genocidio.

5.2. En lo que corresponde al derecho internacional de los derechos humanos, las conductas objeto de reproche internacional en la materia son el *reclutamiento y utilización* de menores de 18 años en las hostilidades, por parte de los grupos armados irregulares y el *reclutamiento y participación directa* en las hostilidades, de menores de 18 años por parte de las fuerzas armadas de los Estados (Protocolo Facultativo).

Sobre el posible reclutamiento *voluntario* o *forzoso* de menores de 18 años en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se destaca que el Protocolo Facultativo sólo prevé la posibilidad de evaluar la voluntariedad, en el caso del reclutamiento de menores por parte del Estado y con salvaguardias. En lo que respecta a los demás grupos armados, se resalta que *en ninguna circunstancia* ellos pueden *reclutar* o *utilizar* menores de 18 años en las hostilidades, lo que supone que incluso ante la eventual voluntariedad del niño o adolescente de incorporarse a esas filas, su reclutamiento o utilización estaría proscrito.

Siguiendo entonces el alcance de estas consideraciones, debe concluirse que independientemente de los verbos rectores que sean utilizados en el marco de los derechos humanos para señalar las conductas que deben ser sancionadas en el derecho interno en materia de reclutamiento y participación de menores en los conflictos, de acuerdo a los *Principios de la Ciudad del Cabo*, el objetivo de las disposiciones internacionales en la materia y de la comunidad internacional en su conjunto, es asegurar que la persona menor de 18 años no forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, indistintamente de si dentro del grupo porta armas o no o de si su vinculación ha sido forzada o voluntaria, porque el concepto de "*niño soldado*" es un concepto amplio. La pretensión es que las definiciones abarquen en cuanto a su protección y garantía a la mayor cantidad posible de niños y niñas, para que puedan desmovilizarse y reintegrarse a la sociedad y que las prohibiciones aseguren la efectividad de estos objetivos.

5.3. En el marco del DIH por su parte, el *reclutamiento* y la *participación de menores de 15 años de edad* en los conflictos armados, es una conducta prohibida. En el caso del Protocolo II, las conductas proscritas para las fuerzas o grupos armados, son el *reclutamiento* y

la *participación* en las hostilidades, sin que se distinga si se trata de una participación directa o no. Lo anterior es relevante, teniendo en cuenta que en el artículo 4(d) refuerza de manera concreta, que aún si la *participación es directa* en el conflicto, - esto es si se trata de un combatiente-, la protección especial prevista para los niños menores de quince sigue aplicándose.

En cuanto a si se trata de un reclutamiento forzoso o voluntario, debe señalarse que el DIH no distingue esa calificación y por lo tanto, el reclutamiento *in genere* es una conducta proscrita.

5.4. En el campo del Derecho Penal Internacional, las conductas punibles como crímenes de guerra, son *reclutar o alistar* niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o *utilizarlos para participar activamente* en hostilidades, tanto si se trata de fuerzas armadas o de grupos armados irregulares.

El artículo 9 del Estatuto de Roma prevé, con el fin de evitar conflictos en la tipificación de estas conductas en el derecho penal interno de los Estados, la adopción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes en el que con la participación de los Estados Parte se defina el alcance de las conductas punibles. Por lo tanto, prima facie, la definición de una conducta punible es la que se encuentra en el Estatuto de Roma.

Ahora bien, para concluir, el Estatuto de Roma no incluye ninguna reflexión sobre si se trata de un reclutamiento voluntario o forzado, ni toma en consideración como causales de exculpación o de atipicidad la voluntariedad o no de los menores en el reclutamiento. Por lo tanto, la interpretación pertinente por tratarse de un tema penal, es que el simple reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de 15 años en las hostilidades, tipifica las conductas punibles mencionadas.

5.5. En reconocimiento de estas consideraciones internacionales revisará la Corte a continuación, la regulación que en el derecho interno ha realizado el legislador, para asegurar la protección de los menores que han sido vinculados a los conflictos armados. [...]

La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
Sala Penal Especial
Expediente A.V. 19 - 2001
Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE
Sentencia del 7 de abril de 2009

[...] PARTE III
CAPÍTULO II

LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN
APARATOS DE PODER ORGANIZADOS

1. Concepto. Función. Clases de autoría mediata.

718. ASPECTOS PREVIOS. La acusación fiscal, en el acápite siete¹⁰⁴¹, párrafo final –folio treinta y ocho–, concluyó de la siguiente manera: “...las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados”.

¹⁰⁴¹ El acápite siete lleva por título: “Responsabilidad penal del Ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori por autoría mediata por dominio de la organización” [véase folios veinte a treinta y ocho de la acusación fiscal].

La Fiscalía argumentó que en el proceso ejecutivo del delito el Código Penal distingue tres formas de comisión del mismo en la condición de autor; que una de ellas –la denominada *autoría mediata*– se concreta cuando el hecho punible se realiza por medio de otro; que uno de los supuestos de expresión de la autoría mediata se presenta cuando el hombre de atrás se aprovecha de los sujetos que se encuentran subordinados a otros en un aparato organizado de poder, de tal suerte que por esa vía el primero mantiene un dominio objetivo del hecho –autoría mediata por dominio de la organización–; que esta última se sustenta en dos elementos esenciales: existencia de un aparato de poder estructurado y la predisposición de los ejecutores; que el acusado tuvo una intervención vertical en los delitos imputados –ejecutados materialmente por efectivos de inteligencia militar en torno al Grupo Colina y al SIE–, en los que se dio una división de funciones y una línea jerárquica en la organización, en cuya cúspide se encontraba.

Por lo expuesto, establecidos los hechos que este Tribunal consideró probados, corresponde con pleno respeto al principio acusatorio, y conforme al objeto procesal y del debate, determinar en clave normativa la naturaleza jurídico penal de la intervención de Alberto Fujimori Fujimori en tales hechos, para lo cual debe tenerse presente la pretensión acusatoria y la resistencia de la defensa. Lo relevante y problemático de esta última perspectiva estriba en que nuestro Código Penal no sigue un criterio unitario de autor, sino que asumió una concepción diferenciadora de la intervención punible¹⁰⁴². Ello obliga a determinar si la intervención delictiva atribuida al acusado fue principal o secundaria, y dentro de éstas qué forma es la legalmente procedente –el Fiscal asume que intervino como autor mediato, posición que rechaza la defensa–. La concepción dogmática

¹⁰⁴² A partir de esta concepción legal, es oportuno mencionar con Vives Antón que cuando el delito es producto de la actividad concurrente de varias personas, se suscita una doble problemática: en primer lugar, la representada por la *naturaleza material de la aportación al delito* de cada uno de los concurrentes; y, en segundo lugar, la constituida por la *clase de responsabilidad* contraída por ellos [Cobo Del Rosal, M./Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal Parte General*, Quinta Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 733].

que se asume desde la perspectiva de la intervención delictiva es la de autoría mediata, como una forma de autoría principal. La justificación de esta opción integra este capítulo de la sentencia.

719°. LA AUTORÍA MEDIATA. Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión ‘instrumento’¹⁰⁴³, aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según algunos autores nacionales como HURTADO POZO¹⁰⁴⁴ y VILLAVICENCIO TERREROS¹⁰⁴⁵.

Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces.

La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que

¹⁰⁴³ Al respecto en la doctrina penal nacional: Villa Stein, Javier: *Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 317 y ss. García Cavero, Percy: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 566 y ss. Urquiza Olaechea, José: *El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su Recepción en el Código Penal peruano*. En: *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2007, páginas 581–610. BRAMONT – Arias Torres, Luis Miguel: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2002, página 405 y ss.

¹⁰⁴⁴ Hurtado Pozo, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, páginas 864 y 865.

¹⁰⁴⁵ Villavicencio Terreros, Felipe: *Derecho Penal. Parte General*, Primera Edición, Editorial GRIJLEY, Lima, 2006, página 471.

debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita¹⁰⁴⁶.

720°. FORMAS DE AUTORÍA MEDIATA. En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, *“el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito”*¹⁰⁴⁷.

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

- (1) La primera provenía del *“dominio por error”*, ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.
- (2) La segunda modalidad era la del *“dominio por coacción”*. Aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar.

En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.

- (3) La tercera modalidad es conocida como *“autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”*, cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de un análisis posterior¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Aclara Stratenwerth, Günter, que la *autoría mediata* es una figura jurídica que desde mediados del siglo XIX fue desprendida del concepto de causalidad, sobre todo para cubrir las lagunas de punibilidad, que derivaban de que se exigiera un hecho principal cometido culpablemente para el caso de una instigación [*Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible*, Cuarta Edición (traducción Cancio Meliá, Manuel / Sancinetti, Marcelo A.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001, página 379].

¹⁰⁴⁷ Hurtado Pozo, José: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, obra citada, página 865.

¹⁰⁴⁸ En una perspectiva más específica, autores como Bacigalupo Zapater, entendiendo correctamente que lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento [o, mejor dicho, ejecutor] iden-

Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales¹⁰⁴⁹ y extranjeros¹⁰⁵⁰ que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas¹⁰⁵¹. Esta interpretación discrepante sobre la posición dogmática del nivel superior estratégico, también se ha proyectado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la

tifica seis supuestos de autoría mediata; a saber: 1. Instrumento que obra sin dolo. 2. Instrumento que obra coaccionado. 3. Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma. 4. Instrumento que no obra típicamente. 5. Instrumento que obra de acuerdo a derecho. 6. Instrumento que obra dentro de un aparato de poder [*Principios de Derecho penal Parte General*, Quinta Edición, Editorial Akal/Iure, Madrid, 1998, páginas 369 - 372].

¹⁰⁴⁹ Caro Coria, Dino Carlos: *Informe Nacional sobre el Perú*. En: Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. KAI AMBOS y otros (editores), Montevideo, 2008, pág. 302. Barreto Guzmán, Marco: *Responsable de Escritorio y Ejecutor Material en la Criminalidad Organizada*. En: AA.VV.: *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Editorial IDEM-SA, Lima, 2007, página 120 y ss.

¹⁰⁵⁰ García Vitor, Enrique: *La Tesis del "Dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder"*. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001. página 342 y ss. Jakobs, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, páginas 783 y 784. Hernández Plasencia, José Luis: *La Autoría mediata en Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, página 276.

¹⁰⁵¹ Conforme: Roxin, Claus: *Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión*, 1988. En: *Problemas actuales de la dogmática penal* (traducción: Abanto Vásquez, Manuel A), ARA Editores, Lima, 2004, páginas 213 y 214. Stratenwerth refiriéndose a la tesis de la coautoría indica que en estos casos el subordinado al dominio de la organización a lo sumo puede decidir (...) acerca de si él mismo (o bien otro) ejecutará el hecho, mientras que el coautor tiene que tener en sus manos la decisión de si el hecho se cometerá en sí o no (Stratenwerth, Günter: *Derecho Penal Parte General I El Hecho punible, obra citada*, página 394]. El dominio del hecho delictivo del hombre de atrás por medio de otro, su rol central o poder de configuración permite diferenciarlo nítidamente de la coautoría. La autonomía de actuación del ejecutor para cometer el hecho típico no es relevante para descartar la autoría mediata del hombre de atrás, en tanto éste tiene una posición de mando de un aparato de poder organizado.

Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –caso Abimael Guzmán Reynoso– del catorce de diciembre de dos mil siete un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría¹⁰⁵². Al respecto el propio ROXIN ha aclarado que con relación a la coautoría *“falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier ‘comisión conjunta’ en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta”*¹⁰⁵³. Y con referencia a la instigación ha sostenido que *“la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato”*¹⁰⁵⁴.

2. La autoría mediata en el Código Penal peruano.

721°. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y TEXTO VIGENTE. El Código Penal peruano de mil novecientos veinticuatro no incluía en su artículo 100° una definición legal de autor mediato. Sin embargo, el Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres en el inciso 2), de su artículo 12°, aludía, aunque en términos no muy precisos, que también podían ser considerados como autores del delito *“los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros”*.

Los Proyectos de Reforma del Código Penal de mil novecientos veinticuatro que se sucedieron desde octubre de mil novecientos

¹⁰⁵² Meini Mendez, Iván: *El dominio de la organización en Derecho Penal*. 7 Colección Derecho PUCP. Monografías, Palestra Editores, Lima, 2008. página 162 y ss.

¹⁰⁵³ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, página 233.

¹⁰⁵⁴ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la Organización*. En: *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, página 236.

ochenta y cuatro hasta enero de mil novecientos noventa y uno, y que precedieron al Código vigente, incorporaron expresamente una fórmula legal alusiva a la autoría mediata. No obstante, en su secuencia evolutiva describieron esta forma de autoría utilizando expresiones diferentes. Así, por ejemplo, los Proyectos de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (artículo 28°), agosto de mil novecientos ochenta y cinco (artículo 40°) y de abril de mil novecientos ochenta y seis (artículo 40°) precisaban que también era autor el que realizaba el delito *"sirviéndose de otro"*. En cambio, los Proyectos de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (artículo 28°), de julio mil novecientos noventa (artículo 28°) y de enero de mil novecientos noventa y uno (artículo 23°) optaron por identificar como autor mediato a quien cometía el delito *"por medio de otro"*. Esta última redacción es la que ha recepcionado la legislación vigente. Efectivamente, el Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en su artículo 23°, correspondiendo la segunda a la autoría mediata. Según esta disposición será autor *"El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente..."*.

722°. POSICIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. La doctrina y la jurisprudencia nacionales han coincidido en aceptar que dicha fórmula normativa da cabida y legitimidad a las distintas formas de autoría mediata. En ese sentido, se han pronunciado HURTADO POZO¹⁰⁵⁵, VILLAVICENCIO TERREROS¹⁰⁵⁶, BRAMONT ARIAS y BRAMONT – ARIAS TORRES¹⁰⁵⁷ y VILLA STEIN¹⁰⁵⁸. Igualmente, los Tribunales nacionales han aplicado la doctrina de la autoría mediata, sobre todo al resolver casos vinculados a organizaciones criminales¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ Hurtado Pozo, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal*, obra citada, página 864 y ss.

¹⁰⁵⁶ Villavicencio Terreros, Felipe: *Derecho Penal – Parte General*, obra citada, página 470 y ss.

¹⁰⁵⁷ Bramont Arias, Luis y Bramont – Arias Torres, Luis Alberto: *Código Penal Anotado*, Cuarta Edición Reimpresión Actualizada, Editorial San Marcos, Lima, 2003. página 69 y ss.

¹⁰⁵⁸ Villa Stein, Javier: *Derecho Penal – Parte General*, obra citada, página 317 y ss.

¹⁰⁵⁹ Véase la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado número 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

Por consiguiente, la discusión del caso *sub judice* a partir de los contenidos dogmáticos y político criminales de la autoría mediata resulta admisible, legal y justificada.

3. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

1. Antecedentes y desarrollos de la dogmática penal.

723°. ORIGEN. Fue el jurista alemán CLAUS ROXIN quien a partir de mil novecientos sesenta y tres¹⁰⁶⁰ comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó “*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*”. De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían, programaban y planificaban. Según la tesis central de su reflexión era posible identificar en estos casos un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción y el error¹⁰⁶¹.

724°. El surgimiento de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los *casos Eichmann*¹⁰⁶² y *Staschyns-*

¹⁰⁶⁰ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 223 y ss.

¹⁰⁶¹ Roxin, Claus: *Voluntad de Dominio de la Acción mediante aparatos organizados de poder*. En: Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Revista Trimestral, Año ocho, número veintinueve a treinta y dos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985. página 399 y ss.

¹⁰⁶² Adolf Eichmann era un funcionario administrativo alemán que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar a los judíos establecidos en Europa, para luego trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero que directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se refugió en la Argentina, país donde vivió con una identidad falsa, y en el que fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a ese país en el que fue condenado como autor de los homicidios cometidos. Al respecto léase: Castillo Alva, José Luis: *Autoría mediata por do-*

*ki*¹⁰⁶³. La evaluación de estos procesos judiciales demostró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el *dominio de la organización*. Es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya que *“el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata”*¹⁰⁶⁴.

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el

minio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización. En: AA.VV.: Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto Aniversario, ARA Editores, Lima, 2003. página 626 [nota 181].

¹⁰⁶³ El agente “STASCHYNSKI”, por encargo de un servicio secreto extranjero, eliminó a tiros, en la vía pública, a dos altas personalidades políticas exiliadas. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante. Ver: Roxin, Claus: *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*. En: AA.VV.: Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, página 56.

¹⁰⁶⁴ Roxin, Claus: *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. En: REJ. Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. página 15.

fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la “*persona interpuesta*”, ya que ésta finalmente “*es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones*”¹⁰⁶⁵. El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor¹⁰⁶⁶.

725°. RECEPCIÓN JUDICIAL DE LA TESIS DE ROXIN. La concepción de ROXIN fue invocada judicialmente por primera vez en mil novecientos ochenta y cinco y mil novecientos ochenta y seis, en las sentencias que pronunciaron los Tribunales argentinos que tuvieron a cargo el juzgamiento y la revisión de la condena de las Juntas Militares que gobernaron Argentina entre los años mil novecientos setenta y seis y mil novecientos ochenta y tres –sentencias de nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, y de treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y seis dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respectivamente–¹⁰⁶⁷. Los magistrados de la primera instancia llegaron a la conclusión que los mandos militares eran responsables penalmente en calidad de autores mediatos. Así, en el punto VII.6 de la sentencia de instancia, subtítulo “*El camino a seguir*”, se hizo hincapié en que los proce-

¹⁰⁶⁵ Pariona Arana, Raúl: *Autoría mediata por organización*, Editorial Grijley, Lima, 2009, página 59.

¹⁰⁶⁶ En este sentido se precisa en el AMICUS presentado por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú –ver tercera conclusión– que “...*las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad al hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual*” [página 30].

¹⁰⁶⁷ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 226. Lascano, Carlos Julio: *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*. En: AA.VV.: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, página 349 y ss.

sados habían mantenido siempre el dominio sobre los ejecutores y, por consiguiente, debían responder como autores mediatos de los delitos cometidos¹⁰⁶⁸. Dicha decisión fue luego debatida por la Corte Suprema de Justicia y en un fallo dividido la mayoría de sus integrantes aplicaron también la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización¹⁰⁶⁹.

Posteriormente, fue el Tribunal Supremo Federal alemán –en la sentencia del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro (BGHSt, Tomo cuarenta, páginas doscientos dieciocho/doscientos cuarenta)– quien recurrió a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, para responsabilizar penalmente a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana, por los homicidios cometidos mediante disparos o a través de la colocación de minas con cargas explosivas mortales, en las inmediaciones del Muro de Berlín¹⁰⁷⁰. En esta ocasión se declaró autores mediatos de estas muertes a los tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa. De esta manera se modificó la sentencia de primera instancia que sólo los había considerado instigadores de tales ilícitos¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁸ Para mayor detalle sobre el tema, léase: Bertoni, Eduardo Andrés: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica*. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos, IDEHPUCP, Lima, 2007, páginas 25 – 36.

¹⁰⁶⁹ Lascano, Carlos Julio: *Obra citada*, pág. 368 y ss. Los votos de los Magistrados Supremos Enrique S. Petrachhi y Jorge A. Bacqué son claros al respecto –considerando Décimo Quinto–, al igual, según creemos, del Magistrado Supremo Carlos S. Fayt –considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo–. Los Magistrados Supremos José S. Caballero y Augusto C. Belluscio expresamente, con mayor énfasis en la parte dispositiva de sus votos, optaron por la imputación a título de cooperador necesarios de los miembros de la Junta Militar Argentina – considerando vigésimo octavo respecto del primero, y considerando vigésimo sexto del segundo–.

¹⁰⁷⁰ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, *Obra citada*, página 227. Cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania, del veintidós de marzo de dos mil uno, convalidó la condena que el *Bundesgerichtshof* –BGH– dictó contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la Ex República Democrática Alemana.

¹⁰⁷¹ Bolea Bardón, Carolina: *Autoría mediata en Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 343.

En nuestra jurisprudencia también se ha atribuido tal modalidad de autoría mediata al líder del grupo terrorista Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso. Tanto la sentencia de la Sala Penal Nacional del trece de octubre de dos mil seis, como en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –voto de la mayoría de dicho Tribunal–, del catorce de diciembre de dos mil siete, lo responsabilizaron por los homicidios y atentados ejecutados por los niveles operativos de dicha organización ilegal. En estas decisiones de la judicatura nacional, a los ejecutores materiales se les consideró autores directos de tan execrables hechos, mientras que a Guzmán Reynoso se le imputaron tales delitos al haber tenido el dominio de la organización, por ejercer el control político y militar de Sendero Luminoso desde su posición y jerarquía en el Comité Central o Dirección Central.

Actualmente a la tercera modalidad de autoría mediata propuesta por ROXIN, se le han aportado desde la doctrina penal alterna o derivada nuevos enfoques y denominaciones, siendo las más utilizadas las siguientes: “*autoría a través del poder de mando*”, “*dominio de la organización*” o “*dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder*”¹⁰⁷².

La doctrina penal nacional también ha analizado la posibilidad de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados¹⁰⁷³, por lo que la discusión de sus alcances y aplicación en el presente caso es pertinente.

2. El Presupuesto General: La existencia de la organización.

726°. ORGANIZACIÓN ESTRUCTURADA. CARACTERÍSTICAS. La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la

¹⁰⁷² Bolea Bardón, Carolina: *Obra citada*, pág. 341.

¹⁰⁷³ Meini Mendez, Iván: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada. Pariona Arana, Raúl: *Autoría mediata por organización*, obra citada, página 435 y ss. Montoya Vivanco, Yván: *La Autoría mediata por dominio de organización. Replanteamiento fáctico – normativo y requerimientos probatorios*. En: Revista Jurídica del Perú. Número ochenta y cuatro, Normas Legales, Lima, Febrero 2008, página 297 y ss. Castillo Alva, José Luis: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*, obra citada, página 575 y ss.

“existencia previa de una organización estructurada”. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

En tal virtud, una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad, es, pues, (i) la *“asignación de roles”*. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea¹⁰⁷⁴ para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría. En este sentido, ROXIN ha precisado que *“tampoco puede hablarse de “división del trabajo” –lo que en la actualidad de manera general se considera como elemento central de la coautoría– cuando el detentador de poder deja a órganos ejecutantes toda la realización de su orden”*¹⁰⁷⁵.

Es importante destacar también como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, el que (ii) desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el *“mecanismo funcional del aparato”*¹⁰⁷⁶, esto es, su *“automatismo”* o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato. Será, pues, este *“funcionamiento automático*

¹⁰⁷⁴ Meini Mendez, Iván: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, páginas 18 – 19. Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. página 19.

¹⁰⁷⁵ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, obra citada, página 234.

¹⁰⁷⁶ Roxin Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 402.

del aparato” lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden¹⁰⁷⁷. Por tanto, no será indispensable que exista una disposición expresa y que esté contenida en un documento, por la que el nivel superior estratégico ordene directamente el cumplimiento de una función específica al ejecutor inmediato. Sin embargo, ello no significará que aquél se aleje por completo del actuar concreto de la organización, sino, más bien, que su presencia se advierta en la configuración u operatividad de una serie de mecanismos que interactúan al interior y desde el exterior de la estructura de poder, los cuales permiten que el aparato permanezca activo y cumpliendo sus designios delictivos. A esta conclusión arribaron Ambos y Grammer al atribuir a los integrantes de la Junta Militar Argentina, Videla y Massera, responsabilidad penal como autores mediatos de los delitos de secuestro, torturas y posterior asesinato de la joven estudiante alemana Elisabeth Käsemann¹⁰⁷⁸. Según ellos, los militares argentinos *“pudieron estar seguros de que sus órdenes tendrían consecuencias, pudieron confiar, por lo tanto, en el procedimiento reglado del aparato de poder por ellos conducido y que se creó a través de sus órdenes”*¹⁰⁷⁹.

3. Los Presupuestos Específicos y sus Requisitos.

727°. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS FUNCIONALES. La identificación de las organizaciones jerárquicas que constituyen los aparatos de poder organizado, que sirven de base a la forma de autoría mediata que se analiza, requiere también de la constatación de la presencia de lo que el Tribunal Supremo Federal Alemán ha denominado las *“condiciones marco”*¹⁰⁸⁰. Es decir, de presupuestos

¹⁰⁷⁷ Fernández Ibáñez, Eva: *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Editorial Comares, Granada, 2006, página 12.

¹⁰⁷⁸ Ambos, Kai / Grammer, Christoph: *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann*. Artículo publicado en: http://www.menschenrechte.org/Koalition/Espanol/dictamen_Kaesemann.pdf

¹⁰⁷⁹ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 12 [nota 10].

¹⁰⁸⁰ Al respecto véase: Meini Mendez, Iván: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, página 25. Pariona Arana, Raúl: *La doctrina de la “dispo-*

y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: 1) el poder de mando; 2) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y 4) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

Estas condiciones marco deben ser analizadas de manera conjunta. No obstante, ello no significa su adición aritmética para configurar como resultado el dominio de la organización. Sino, más bien, que su evaluación debe hacerse caso por caso, evitando así una visión parcial, sesgada o desnaturalizada de su estructura y de su funcionamiento.

728°. NIVELES. Para desarrollar un análisis adecuado y útil de estas condiciones marco, podemos examinarlas en dos niveles.

(A) Uno, de carácter objetivo que comprende *i)* el *poder de mando* y *ii)* la *desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder*. El primero de estos requisitos resulta trascendental para materializar el dominio de la organización; mientras que, el segundo, le dará mayor solidez a este dominio. Por tanto, cabe calificar a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal.

(B) El otro, de carácter subjetivo, donde estarían ubicadas *i)* la *fungibilidad del ejecutor directo* y *ii)* su *elevada disponibilidad hacia la realización del hecho*. Estos dos requisitos subjetivos son consecuencia del propio automatismo y derivan de lo que ROXIN denomina la "*palanca del poder*"¹⁰⁸¹. Ello es trascendente, pues permite inferir

sición al hecho". ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización? En: *JUS Doctrina & Práctica*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 44 [nota 32]. Roxin, Claus: *El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. En *REJ*, Revista de Estudios de la Justicia – número siete – Año 2006, páginas 15 – 20. Ambos, Kai: *Dominio por organización. Estado de la discusión*. En: AA.VV.: *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*", Editorial IDEMSA, Lima, 2007, páginas 82 – 83. Este mismo artículo también aparece publicado en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2007. página 28.

¹⁰⁸¹ Roxin, Claus: *Sobre la Autoría y participación en el Derecho Penal*, 1970, página 63.

que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por la de otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*.

4. Los Presupuestos y Requisitos Objetivos.

4.1. El Poder de Mando.

729°. CONCEPTO. Como se ha señalado es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado, *el poder de mando*.

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que *el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado*.

730°. FORMAS DEL PODER DE MANDO. En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico

hacia los niveles intermedios tácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o transmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos, justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.

Esta visualización de la organización y de sus jerarquías funcionales, ha sido aplicada en la judicatura nacional para interpretar el diseño de Sendero Luminoso. Efectivamente, la Sala Penal Nacional precisaba que la llamada *Dirección Central* era la que ejercía el "poder real de dominio de toda la organización", ya que se encargaba de presidir y dirigir las reuniones que se llevaban a cabo con los *organismos intermedios* y a su vez controlar el correcto funcionamiento del aparato criminal. Por su parte, estos "organismos intermedios" estaban integrados por los llamados *Comités Regionales* y *Comités Zonales*. Luego, en un escalón inferior, se encontraban los *Comités Subzonales* y los *Comités de Células*. Además, la Sala Penal Nacional señalaba que al haberse militarizado este grupo terrorista, todas las estructuras trabajaban en función de la realización de operaciones armadas. En tal sentido, cuando conformaban el denominado *Ejército Popular*, los que eran *Secretario Político* y *Subsecretario* de un *Comité*, pasaban a ser, *Mando Político* y *Mando Militar*, respectivamente¹⁰⁸².

¹⁰⁸² Véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

731°. GRADOS DE RESPONSABILIDAD Y REPROCHABILIDAD.

1. El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann. En esa ocasión se señaló que *“la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando, ...”*¹⁰⁸³. Similar posición asumió la Sala Penal Nacional con relación a los líderes de Sendero Luminoso. Al respecto, se destacó que *“El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas”*¹⁰⁸⁴. En ambos casos, pues, se verificó judicialmente lo que ROXIN refiere en torno a *“... que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo”*¹⁰⁸⁵. Lo que permite concluir que la responsabilidad se incrementará cuanto más se aleje de la comisión del hecho delictivo y se acerque más al nivel estratégico superior del aparato de poder organizado.
2. Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos, pues, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincencial, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y,

¹⁰⁸³ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, obra citada, 1985, página 404. Del mismo autor: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, página 272.

¹⁰⁸⁴ Confróntese el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁸⁵ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 405.

luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

3. Es relevante precisar que quien actúa en línea periférica o colateral a una cadena de mando, sea como consejero o simple emisario de las disposiciones de los niveles estratégicos o intermediarios; o de quien sólo se limita a proporcionar los medios necesarios para la comisión del delito, sin posibilidad alguna de emitir órdenes, sólo podrá ser considerado como cómplice. Pero, para poder determinar este rol subsidiario a la cadena de mando será necesario reconocer la posición real que se ocupa dentro de la organización, así como el tipo de aporte que se realiza para la concreción de los hechos ilícitos. Por tanto, no resulta compatible con la configuración e intervención de este sector periférico o colateral la denominación de "*mandos intermedios inferiores*" que le asigna parte de la doctrina nacional¹⁰⁸⁶. Sobre todo, porque el término "*mando*" implicará siempre la capacidad de emitir una orden basándose en el grado de dominio que se ejerce sobre la estructura criminal. Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado, para la comisión del delito, deberá responder siempre como autor mediato.
4. Un caso particular que se ha de tomar en cuenta es el *poder de mando entre niveles intermedios* o lo que se podría denominar también la *posición de mando a mando*. Esta variante se presenta generalmente en aparatos de poder organizados complejos. Ahora bien, la presencia de una cadena de mandos intermedios no excluye la imputación de responsabilidad equivalente de unos y otros. En estos supuestos, es importante reiterarlo, todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes, responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa.
5. Por consiguiente, no se puede admitir entre estos niveles de mando intermedio o secuencial, como causa de exculpación, el hecho de que "*solamente se encargó de transmitir la orden*" proveniente de otro mando. Ello debido a que su disposición y mando determinan también que la conducta punible se realice. Tampoco cabe argüir como eximente, en estos casos, el argumento de que "*si no*

¹⁰⁸⁶ Castillo Alva, José Luis: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder*, obra citada, página 635.

lo hubiera hecho otro se hubiera encargado de hacerlo” pues el mando intermedio tiene cabal conocimiento, por su posición en una estructura jerárquica, que su intervención será parte activa en la concreción de las conductas criminales que realicen finalmente los ejecutores. Según ROXIN, esto también fue destacado por el Tribunal de Jerusalén para justificar la condición de autor de Eichmann, la cual no se veía afectada “... aún cuando él esté en una relación de subordinación respecto del órgano, como un mero ejecutor. Porque la figura de la víctima sin sentido, por más importante que sea en la teoría del autor para sancionar la conducta del mandante, va más allá, en referencia al comportamiento personal del ejecutor, hasta el viejo y ya antes mencionado pretexto de la causalidad superadora...”¹⁰⁸⁷. En consecuencia, pues, dicho autor destaca que “quien comete un delito no se libera de su responsabilidad por la circunstancia de que si él no lo hace, otro habría consumado el hecho. Por otra parte, Eichmann no era sólo un ejecutor, sino que a la vista de sus subordinados era, al mismo tiempo, un mandante, de modo tal que los criterios que hacen de sus inspiradores autores mediatos también lo alcanzan a él”¹⁰⁸⁸.

732°. PODER DE MANDO Y ÓRDENES. CLASIFICACIÓN.

1. Como se ha enunciado, la manifestación más característica del poder de mando es la orden. Esta debe entenderse como un mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos. En un primer plano, cabe ubicar las *órdenes formales* que adquieren tal condición en función de *disposiciones, directivas y mandatos*. En cambio, en un segundo plano se encuentran las *órdenes por su efectividad material*, es decir, las *señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole*. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado.
2. Las órdenes del primer plano son frecuentes en aquellas organizaciones que apartándose del régimen formal y legítimo que

¹⁰⁸⁷ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 404. Del mismo autor: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, pág. 272.

¹⁰⁸⁸ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, Obra citada, 1985, página 404.

gobiernan su estructura, se desvían hacia la realización de fines delictivos. En estos casos, se busca aprovechar la base legal con la que se constituyeron para “disfrazar” la comisión de sus actos ilícitos. Así la utilización de órdenes del primer plano, llámen-se disposiciones, directivas, mandatos y/o normativas, etcétera, pueden coincidir o no con los procedimientos usuales del marco legal – formal. No obstante, esto último resulta irrelevante ya que el aparato de poder viene actuando al margen del Derecho y con la finalidad concreta de realizar conductas punibles. Es más, las experiencias conocidas judicialmente sobre estructuras de poder organizado de naturaleza u origen estatal muestran que lo común es que no se registre en una disposición o documento el mandato ilegal, pues lo que es importante es el poder concreto, efectivo y real que se ejerce por el nivel de mando dentro de la organización y que los subordinados reconocen como tal.

3. El caso de las Juntas Militares de gobierno argentinas, ha posibilitado evidenciar este tipo de proceder. Así lo refiere CASTILLO ALVA, citando a SANCINETTI: *“Todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo, llevadas a cabo por las fuerzas armadas y por las fuerzas de seguridad, policiales y penitenciarias bajo el control operacional, en cumplimiento de lo dispuesto por los decretos 261/75, 2770/75, 2771/75 y 2772/75 fueron ejecutados conforme a los planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar a partir del momento de su constitución”*¹⁰⁸⁹.
4. Las órdenes del segundo plano se emplean, generalmente, por los aparatos de poder organizado que se han estructurado desde sus orígenes desvinculados totalmente del ordenamiento jurídico. Éste es el caso de las organizaciones terroristas que persiguen la toma violenta del poder político.
5. Según la jurisprudencia nacional, ello ocurrió al interior de la organización Sendero Luminoso mediante el poder de decisión que detentaba su Dirección Central. En efecto, conforme a lo establecido por la Sala Penal Nacional muchas de las órdenes que se emitían consistían en una serie de gestos y prácticas codificadas que sólo los integrantes de la organización, y en especial sus dirigentes, utilizaban e interpretaban. Así, era un procedimiento reglado por la cúpula que antes de la realización de un aniquilamiento, se tenía que “desenmascarar a la víctima”, sea un funcionario público

¹⁰⁸⁹ Castillo Alva, José Luis: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder*, obra citada, página 589.

o empresario. Esto último se llevaba a cabo a través del pegado de afiches, reparto de volantes, publicaciones en periódicos u otros medios de comunicación o por concretas críticas que hacía la Dirección a un determinado personaje en las sesiones del Comité Central u otros eventos en los que se proponían el asesinato de ciertas personas. Las mismas que al poco tiempo eran eliminadas y que, luego, la Dirección Central, de manera expresa, destacaba como un éxito de la organización¹⁰⁹⁰. Según la sentencia de la Sala Penal Nacional, tal procedimiento fue adoptado por Abimael Guzmán Reynoso contra el Vicealmirante en situación de retiro Gerónimo Cafferata Marazzi, durante la denominada IV Conferencia Nacional realizada en 1986¹⁰⁹¹.

4.2. *El Apartamiento del Derecho. Modalidades y Características.*

733°. DEFINICIÓN. Otro presupuesto objetivo para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la “desvinculación” o “apartamiento” del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas*¹⁰⁹² *generales y positivas que regulan la vida social*¹⁰⁹³. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional”¹⁰⁹⁴. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad¹⁰⁹⁵. Por tanto, el

¹⁰⁹⁰ Al respecto, véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁹¹ A ello se refiere la nota 19 que aparece en el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado N° 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹⁰⁹² Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis. Bogotá, 1999, página 141.

¹⁰⁹³ Radbruch, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Novena Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2005, página 46.

¹⁰⁹⁴ Kelsen, Hans: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Grijley, Lima, 2001, página 55.

¹⁰⁹⁵ Para una breve referencia entre las construcciones “monistas” y “dualistas” de la relación existente entre el Derecho nacional e internacional, léase: Kelsen, Hans: *Obra citada*, páginas 83 y 84.

Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional.

En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.

734°. ALCANCE DEL APARTAMIENTO DEL DERECHO. SUPUESTOS. Como advierte ROXIN, en estos casos, *"el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico"*¹⁰⁹⁶. Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del Derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para ROXIN, pues, el apartamiento del Derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional: *"sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos"*¹⁰⁹⁷. En esa misma dirección, FARALDO CABANA hace referencia a un *"derecho suprapositivo"* que estaría representado por el orden jurídico internacional: *"explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámesele internacional, suprapositivo, supralegal o natural"*¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 407.

¹⁰⁹⁷ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 408.

¹⁰⁹⁸ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 208.

Otro supuesto de autoría mediata, por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, que reconoce ROXIN, se da en los delitos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones similares que colisionan con las normas internas del Estado. Es decir, que operan como “*una especie de Estado dentro del Estado que se ha emancipado del orden comunitario en general, o en determinadas relaciones de la comunidad*”¹⁰⁹⁹.

En suma, para ROXIN el apartamiento o desvinculación del Derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de “*criminalidad organizada no estatal*” y en muchas “*formas de aparición del terrorismo*”¹¹⁰⁰. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial. En consecuencia, pues, toda visualización y comprensión de la desvinculación o apartamiento del Derecho deben comenzar identificando si se trata del ámbito de la criminalidad estatal o de la criminalidad no estatal. Ello será fundamental para poder advertir, en cada estructura y manifestación delictiva, la presencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

735°. AUTORÍA MEDIATA Y CRIMINALIDAD ESTATAL. Por las características y contenidos de la imputación en el caso *sub judice*, es relevante evaluar las expresiones y manifestaciones concretas de la autoría mediata que se gesta y opera como criminalidad estatal.

1. Al respecto, cabe destacar que ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal, como el “*prototipo de criminalidad organizada*”¹¹⁰¹. Es más, como refiere ZAFFARONI¹¹⁰², la criminología y la criminalística muestran que “*el crimen*

¹⁰⁹⁹ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, páginas 408 – 409.

¹¹⁰⁰ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En Problemas Actuales de Dogmática Penal [Traducción de Manuel Abanto Vásquez], ARA Editores, Lima, 2004, página 238.

¹¹⁰¹ Roxin, Claus: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. En: Revista Penal número dos, Editorial Praxis, Barcelona, Julio 2008, página 61.

¹¹⁰² Zaffaroni, Raúl; *El Crimen de Estado como objeto de la criminología*. En: Panorama internacional sobre Justicia Penal, Universidad Nacional Autónoma de México, serie Doctrina Jurídica número 394, México, 2007, página 25.

de estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia”.

2. Es importante señalar que una particularidad trascendente de este tipo de delincuencia, radica en que el nivel superior estratégico del Estado, esto es, su autoridad central utiliza, en el ejercicio de su cargo, las estructuras del aparato estatal para la comisión sistemática de delitos que por su gravedad y riesgos de impunidad adquieren relevancia internacional¹¹⁰³. Esta forma de criminalidad atenta, pues, contra el orden jurídico vigente, dejando al margen el Derecho legalmente estatuido tanto en su dimensión nacional como supranacional. Por lo tanto, un régimen estatal que desde su nivel estratégico superior ordena la comisión de estos graves delitos no puede ser calificado como un Estado de Derecho. En realidad está totalmente apartado de él.
3. En consecuencia, pues, la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del “Estado de Derecho”¹¹⁰⁴. Esto último es trascendente, ya que consolidará el dominio que aquél ejerce sobre la organización y hará que los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.
4. La *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico. Esto es, inicialmente sólo para la realización de determinados hechos punibles, pero, luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamen-

¹¹⁰³ En este sentido, Faraldo Cabana quien sigue a VEST y precisa que la actuación como órgano del Estado es un requisito fundamental para poder hablar de responsabilidad internacional del Estado [Ver nota 420]. Véase: Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, páginas. 200 - 201.

¹¹⁰⁴ Bolea Bardón, Carolina: *Autoría mediata en Derecho Penal*, obra citada, página 370.

te los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad. Sin embargo, subrepticamente intenta crear un *sistema normativo alternativo* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.

5. Queda claro que la presencia en ambos casos de un apartamiento del Derecho y de la vigencia de dos sistemas normativos paralelos o alternos promovidos desde el mismo Estado, y por quien detenta la máxima autoridad, no pueden ser tolerados por los regímenes democráticos. Por consiguiente, pues, esta situación anómala generará, tarde o temprano, la reacción e intervención de organismos internacionales a los que está vinculado el régimen estatal infractor, para salvaguardar o recuperar el orden jurídico que era reconocido y legitimado por la comunidad internacional.

736°. GOBIERNOS DE FACTO Y APARTAMIENTO DEL DERECHO. En este contexto, es relevante, particularmente para el caso *sub judice*, evaluar la condición de los denominados *gobiernos de facto por razón de su ejercicio*. Es decir, aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella¹¹⁰⁵.

1. GARCÍA TOMA precisa que los gobiernos de facto se constituyen a raíz de "...hechos que contradicen las normas constitucionales y legales que proveen el modo de constituir un gobierno o el ejercicio mismo del poder político". En estos casos, refiere el citado autor, el poder de mando de tales regímenes se encuentra viciado por el "*síndrome de la irregularidad jurídica*", lo cual conlleva a "*la ruptura total o parcial del ordenamiento constitucional vigente, mediante una acción súbita y violenta*"¹¹⁰⁶. La experiencia latinoamericana ha denunciado que estos regímenes de facto, sobre todo aquellos que surgen de golpes de Estado, paulatinamente se van apartando del derecho y auspician un sistema jurídico paralelo dentro

¹¹⁰⁵ García Toma, Víctor: *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Primera Edición, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1999, página 389.

¹¹⁰⁶ García Toma, Víctor: *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, obra citada, página 386.

del cual la criminalidad de Estado es siempre un efecto latente o manifiesto como se evidenció en varios países de la región en las tres últimas décadas¹¹⁰⁷.

2. Con respecto a esto último el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC número 0014–2003–AI/TC, del diez de diciembre de dos mil tres, sexto Fundamento Jurídico, que *“Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo KARL DEUTSCH denomina “legitimidad por procedimiento”. Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución] “se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento ‘legítimo’, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo” [Política y Gobierno, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 28]. En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993. Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.”*¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁷ Al respecto léase: BRUERA, MATILDE: *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder*. En: AA.VV.: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner Editor, Córdoba, 2001, página 263.

¹¹⁰⁸ En Internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html>

5. Los Presupuestos y Requisitos Subjetivos.

1. La Fungibilidad. Clases

737°. CONCEPTO. La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso. En tal sentido, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, parafraseando la posición de JOECKS, señala que un elemento central de esta forma del dominio de la voluntad lo constituye el *poder de sustitución* de que tiene el hombre de atrás¹¹⁰⁹. Esta jurista, además, da constancia que en la actual doctrina española y sudamericana, se concede a la fungibilidad igual condición¹¹¹⁰.

Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente. En tal sentido, como destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: *“La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto”*¹¹¹¹.

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre

¹¹⁰⁹ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 130 – 131.

¹¹¹⁰ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 128 – 132.

¹¹¹¹ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 126 – 127.

de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una “ruedita cambiable en la máquina del poder”¹¹¹², un “engranaje”¹¹¹³ sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo.

En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, “La fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente”¹¹¹⁴. De allí que: “la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis ex ante”¹¹¹⁵.

738°. CLASES DE FUNGIBILIDAD. En función de lo antes expuesto se pueden identificar dos clases de fungibilidad: *la negativa y la positiva*.

1. La *fungibilidad negativa*. Corresponde al concepto tradicional que le otorga ROXIN y que implica, sobretodo, que: “El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”¹¹¹⁶. Es decir, en términos operativos, ello supone en relación a los potenciales ejecutores, que: “Si uno fracasa, otro le va suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás”¹¹¹⁷. Esta fungibilidad negativa significa,

¹¹¹² Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 403.

¹¹¹³ Roxin, Claus: *La Autoría mediata por dominio en la organización*, 2004, pág. 224.

¹¹¹⁴ Fernández Ibañez, Eva: *La Autoría mediata en aparatos Organizados de poder*, obra citada, páginas 126 – 127.

¹¹¹⁵ Fernández Ibañez, Eva: *La Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 127 [nota 24].

¹¹¹⁶ Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, página 271.

¹¹¹⁷ Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, página 273.

pues, que una posible abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización que le fueron asignados, no impedirá que aquellos sean materializados. Ello, porque el incumplimiento de la orden por el primer ejecutor determinará, por la propia estructura del aparato de poder, que un segundo ejecutor tome inmediatamente su lugar, no afectándose en nada la concreción de la conducta punible. Sin embargo, tal como lo señala Bolea Bardón, la exigencia de una reserva de ejecutores no supone que el número de estos tenga que ser ilimitado¹¹¹⁸. En ese mismo sentido, FARALDO CABANA sostiene que basta contar con un número de integrantes que resulte suficiente para posibilitar el intercambio oportuno de la persona interpuesta que se niega a la realización de la orden dispuesta por el nivel estratégico superior¹¹¹⁹. La doctrina nacional también participa de esta referencia cuantitativa a la fungibilidad negativa. Así, MEINI MÉNDEZ requiere únicamente que la cantidad de ejecutores potenciales sea idónea para asegurar el éxito del plan delictivo¹¹²⁰.

2. Para graficar esta modalidad fungible, ROXIN aludía a los argumentos planteados por la defensa de Eichmann ante el Tribunal de Jerusalén. Según él, carecía de relevancia que el funcionario nazi no cumpliera con la orden de ejecución de los judíos, ya que ésta, aún en tal supuesto, se hubiera llevado a cabo. De esta manera quedaba en evidencia que el delito no era obra de una persona individual, sino del propio Estado¹¹²¹. En la jurisprudencia nacional también se ha aludido a esta posición de fungibilidad negativa. Efectivamente, la Sala Penal Nacional en su sentencia al líder senderista Abimael Guzmán Reynoso, sostuvo: *“el hombre de atrás no dominaba la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo indirecto a través del aparato criminal”*. Ello, en función de la concurrencia de dos factores interdependientes: primero por lo decisivo de la conducción del aparato; y, luego, por

¹¹¹⁸ Bolea Bardón, Carolina: *Autoría mediata en Derecho Penal*, obra citada, página 396.

¹¹¹⁹ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 89.

¹¹²⁰ Citado por: Fernández Ibáñez, Eva: *La Autoría mediata en aparatos organizados de Poder*, obra citada, página 138.

¹¹²¹ Roxin, Claus: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, páginas 403 – 406. Del mismo autor: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 1988, páginas. 271 – 273.

la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía de este aparato¹¹²².

3. La *fungibilidad positiva*. Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución que esta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que estos tengan. En consecuencia, la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder. Por tanto, como explica FARALDO CABANA, "...el criterio de fungibilidad no se determina atendiendo únicamente al momento de la ejecución, sino observando si existen en el momento de dar la orden sujetos dispuestos a cumplir las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos, con independencia de que al final sean sólo unos pocos los que las ejecuten"¹¹²³.

739°. FUNGIBILIDAD Y DISCUSIÓN DOGMÁTICA. Un sector minoritario de la doctrina ha cuestionado la condición de presupuesto esencial, que tendría la fungibilidad para la configuración de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

1. Según sus principales exponentes, lo verdaderamente importante sería la elevada disposición del ejecutor hacia la realización del delito ordenado. Al respecto PARIONA ARANA, precisa que SCHROEDER, desde mil novecientos sesenta y cinco, sostuvo que en la fundamentación de una autoría mediata en aparatos de poder organizados no sería decisiva la fungibilidad de la persona interpuesta, ya que en el caso de que los ejecutores directos

¹¹²² Confróntese el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹¹²³ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 230.

no sean reemplazables, en nada se afectaría la responsabilidad de los sujetos que intervinieron en la comisión del hecho punible. Para este último autor, lo determinante para el dominio del hecho por el nivel superior estratégico de una estructura de poder, sólo podría fundamentarse asociando a la fungibilidad la disposición, en todo momento, de los ejecutores a realizar el hecho ilícito. En consecuencia, la fungibilidad sólo sería un medio para lograr el dominio, pero no su razón determinante¹¹²⁴.

2. En la doctrina y en la jurisprudencia nacional, la tesis de SCHROEDER ha sido seguida por MEINI MÉNDEZ y por la Sala Penal Nacional en la sentencia del caso Guzmán Reynoso. Para el primero, la posibilidad de sustitución es una expectativa de comportamiento delictivo y se convierte en un simple dato estadístico sobre la probabilidad del éxito del plan criminal, por lo que resulta innecesario hacer mención a la posibilidad de sustituir al ejecutor como un elemento decisivo del dominio de la organización¹¹²⁵. Para la segunda, el dominio radica en el "*aprovechamiento de la predisposición del ejecutor*" para realizar la orden. La posibilidad de sustituir a los ejecutores constituye únicamente la existencia de mayores probabilidades de que la conducta delictiva se materialice, pero no fundamenta dominio alguno¹¹²⁶.
3. Ahora bien, otro sector de la doctrina ha considerado en cambio que los cuestionamientos formulados a la fungibilidad no son sólidos. Ellos, funcionalmente, sólo expresan dos opciones de enfoque o de perspectiva sobre los roles y niveles de responsabilidad que corresponderán a quienes interactúan en la dinámica estratégica u operativa de la criminalidad al interior de una estructura de poder organizado. En consecuencia, pues, de ellos no emergen posiciones que se contrapongan o subordinen realmente a las de ROXIN, sobretodo en lo atinente al significado dogmático que concede a la fungibilidad para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder de naturaleza y origen estatal. Al respecto, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ ha esclarecido que si bien es correcto el argumento esgrimido por SCHROEDER y sus seguidores, pues, desde el punto de vista del ejecutor inmediato, su grado

¹¹²⁴ Véase: Pariona Arana, Raúl: *Autoría mediata por organización*, obra citada, páginas 54- 55.

¹¹²⁵ Meini Mendez, Iván: *El dominio de la organización en Derecho Penal*, obra citada, páginas 64 y 65.

¹¹²⁶ Confróntese el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

de responsabilidad será siempre el de autor directo, en tanto este sea fungible o no, se omite valorar que *“la afirmación de tal fungibilidad no está siendo aquí utilizada como fundamento del dominio de la acción del hombre de delante, sino como fundamento del dominio de la voluntad del hombre de atrás”*¹¹²⁷. De igual modo, FARALDO CABANA refiere que lo que *“...la fungibilidad de los ejecutores aporta a la teoría de la autoría mediata con aparatos organizados de poder no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en un instrumento en manos del hombre de atrás, sino la razón que justifica el traslado de la posición central del suceso del hombre de delante al hombre de atrás”*¹¹²⁸. Por tanto, esta autora concluye sosteniendo que si no es posible acreditar la fungibilidad del ejecutor o persona interpuesta, la posibilidad de afirmar una autoría mediata por dominio de la organización se extinguiría. Frente a lo cual sólo cabría *“considerar la posible imputación del hombre de atrás como partícipe, pero ello en nada cambia que el autor inmediato seguiría respondiendo como autor por el delito cometido”*¹¹²⁹.

4. Sin embargo, como se advierte de las últimas publicaciones de ROXIN, la fungibilidad y la elevada disposición hacia la realización del hecho no deben ser apreciadas como presupuestos excluyentes ni mucho menos incompatibles entre sí. Es más, la mayor o menor preponderancia en la atribución de dominio del nivel superior estratégico que aporte una u otra dependerá, casi siempre, de las condiciones concretas que se den en el momento de la emisión de la orden y de su ejecución. Ambas, pues, son fundamentales para que ese nivel superior estratégico pueda ser objeto de atribución de responsabilidad como autor mediato.
5. Por lo demás, esta última posición, que denominamos “integradora”, resulta en el presente la predominante. Por ejemplo, EBERT acepta, sin excluir ni restar relevancia a la fungibilidad, que la disposición al hecho del ejecutor es un presupuesto más que se ha de cumplir para la configuración del dominio de la organización por parte del hombre de atrás¹¹³⁰. Lo mismo ha sostenido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, al des-

¹¹²⁷ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, páginas 135 – 136.

¹¹²⁸ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 91.

¹¹²⁹ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 136.

¹¹³⁰ Citado por Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 213.

taclar que muestra absoluta coincidencia con ROXIN para considerar también al criterio de la “*disposición incondicional*” de la ejecución del hecho propuesto por Schroeder, como un presupuesto más en la construcción, verificación y atribución de casos de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados¹¹³¹.

2. *La predisposición a la realización del hecho ilícito.*

740°. NECESIDAD DE SU INCLUSIÓN. Los tres presupuestos hasta ahora analizados: poder de mando, apartamiento del derecho y fungibilidad, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales ROXIN apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, este autor en sus últimos estudios¹¹³² ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: *disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho*¹¹³³.

Como ya se señaló, el origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER (“*disposición condicionada a actuar*”)¹¹³⁴ desde mediados de los años sesenta y que, luego, también fuera desarrollado por HEINRICH (“*inclinación típicamente organizativa al hecho*”)¹¹³⁵.

Su utilidad jurisprudencial para la solución de casos de autoría mediata, en delitos de criminalidad estatal, fue puesta de manifiesto a mediados de los noventa, por el Tribunal Supremo Federal

¹¹³¹ Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 236.

¹¹³² Roxin, Claus: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, pág. 19. Del mismo autor: *Dominio de la organización y resolución al hecho*. En: *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Editorial Grijley, Lima, 2006, página 530.

¹¹³³ Roxin, Claus: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006. pág. 19. Así también lo reconoce: Meini Mendez, Iván: *Obra citada*, página 61.

¹¹³⁴ Citado por Roxin, Claus: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, página 19.

¹¹³⁵ Citado por Roxin, Claus: *Dominio de la organización y resolución al hecho*, 2006, página 530.

Alemania, en la sentencia emitida contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana. En esa ocasión, se fundamentó la responsabilidad del autor mediato señalando que el hombre de atrás se aprovechaba de la *"disposición incondicional que el actor inmediato tiene para realizar el tipo"*¹¹³⁶.

741°. DEFINICIÓN. En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a *"millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos"*¹¹³⁷.

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia¹¹³⁸. Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito.

Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobretodo de aquellas que configuran una jerárquica vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando

¹¹³⁶ Roxin, Claus: *La autoría mediata por dominio en la organización*, 2004, página 240.

¹¹³⁷ Citado por Fernández Ibáñez, Eva: *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, obra citada, página 136.

¹¹³⁸ Roxin, Claus: *Dominio de la organización y resolución al hecho*, 2006, página 516.

una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de esta estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado¹¹³⁹. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delincencial. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos¹¹⁴⁰. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus designios. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta "a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho"¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ Véase el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha trece de octubre de dos mil seis [Expediente acumulado 560 – 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe

¹¹⁴⁰ Roxin, Claus: *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, página 20.

¹¹⁴¹ Citado por Pariona Arana, Raúl: *La doctrina de la "disposición al hecho". ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización*, 2008, página 42.

4. La autoría mediata y la responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional.

742. ANTECEDENTES. Es importante diferenciar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, de otras modalidades de imputación que se han desarrollado en el Derecho Penal Internacional, para atribuir responsabilidad penal a niveles estratégicos de estructuras de poder de naturaleza u origen estatal.

Particularmente, el deslinde debe hacerse de modo específico con la denominada Teoría de la Responsabilidad del Superior. Ella constituye un criterio de imputación que surgió y se desarrolló al concluir la Segunda Guerra Mundial y que se aplicó en los juicios de Nüremberg y de Tokio¹¹⁴². Según los analistas de estos procesos *“En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no sólo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados”*¹¹⁴³. Posteriormente, hacia mediados de los años noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia también utilizó tal teoría para condenar a los mandos militares del ejército de la República de Serbia, Bosnia y Herzegovina que no impidieron que sus tropas subordinadas perpetraran crímenes contra la humanidad, y a los que omitieron sancionar o investigar a los autores directos de tales conductas delictivas¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² Bertoni, Eduardo: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y Aplicación Práctica*. En: AA.VV.: *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, IDEHPUCP, Lima, 2007, página 4.

¹¹⁴³ Bertoni, Eduardo: *Autoría mediata por aparatos organizados de poder: Antecedentes y aplicación práctica*, obra citada, página 29.

¹¹⁴⁴ Es importante la aclaración de Mireille Delmas – Marty en torno a que si bien el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia [a diferencia de su similar del Tribunal Penal Internacional de Ruanda], parecía exigir la existencia de un conflicto armado para la comisión de crímenes contra la humanidad, *“en la práctica, sin embargo, la autonomía del TPIY se fortaleció con el fallo Tadic, en el cual la Cámara de Apelaciones consideró que el derecho consuetudinario internacional ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional. En otras palabras, resulta claro que un crimen contra la humanidad puede cometerse en tiempos de paz”*. En: *¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre*

743°. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR. Ahora bien, la *Responsabilidad del Superior* es interpretada por la doctrina, y regulada en el Derecho Penal Internacional, como un comportamiento omisivo que genera una responsabilidad de quien ejerce mando sobre el autor directo del delito¹¹⁴⁵. Generalmente, se alude a que el superior, en tales casos, incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subordinados. Ello denota, pues, una obligación jurídica de actuar del Superior y que éste omite. Según AMBOS, “el concepto de responsabilidad de mando –o mejor dicho, de responsabilidad del superior–, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros... la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión... y un delito de peligro...”¹¹⁴⁶.

universalismo y relativismo de los valores? Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales, Editorial Norma, Bogotá, 2004, página 83.

¹¹⁴⁵ Ha mencionado Ambos, Kai que esta doctrina presupone que el autor ostente una determinada posición de poder militar o político. Está, además, íntimamente relacionada con una punibilidad por omisión. La posición de mando del autor lo coloca en una posición de garante, la cual tiene por consecuencia el surgimiento de determinados deberes de control, de protección o de vigilancia (deberes del garante), cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión [*La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung -Temis, Montevideo, 2005, página79].

¹¹⁴⁶ Ambos, Kai: *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, ARA Editores, Lima, 2004, página 375. La figura de la “responsabilidad del superior” tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión y un delito de peligro. El superior es sancionado, desde la perspectiva objetiva, por el incumplimiento de supervisión de los subordinados y por no “prevenir” o “reprimir” la comisión de sus atrocidades –los crímenes cometidos por los subordinados no son un elemento del tipo ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior, son sólo el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior; y, desde la perspectiva subjetiva, el dolo del superior no se limita únicamente

744°. DESLINDE. Queda claro, en consecuencia, que por sus propias características y presupuestos esta modalidad de imputación de responsabilidad es diferente de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Esta última, en esencia, siempre será un comportamiento de comisión pero que se traslada desde la dación de la orden por el nivel estratégico superior hacia la ejecución concreta de la misma por la persona interpuesta¹¹⁴⁷.

La diferencia aludida es desarrollada también, normativamente, en el Estatuto de Roma. En él se regulan, justamente, ambas modalidades de imputación como dos niveles distintos de intervención y punibilidad de los órganos estratégicos que se vinculan con la realización de delitos contra los derechos humanos. Efectivamente, en este instrumento internacional el artículo 25° inciso 3, literal a), identifica

al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes, sino también a los mismos crímenes derivados [Ambos, Kai: *La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional*. En: AA.VV.: *La nueva justicia penal supranacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, páginas 159, 197 y 198].

¹¹⁴⁷ Destaca las diferencias, Werle, Gerhard: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 217/218 y 225/226. Señala el autor (1) que la autoría mediata se reconoce en los grandes sistemas jurídicos del mundo, sin embargo antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma ni estaba regulada en el derecho internacional ni había sido aplicada por la jurisprudencia; (2) que en el derecho penal internacional la autoría mediata es relevante, ante todo, en la forma del dominio de una organización; (3) que la regulación del Estatuto de Roma, en orden a la punibilidad del autor mediato es independiente si el autor inmediato es, de por sí, responsable penalmente: lo dispuesto en el artículo 25°.3, a) tiene un efecto aclaratorio en dos sentidos [se destaca uno], en cuya virtud la figura del “autor detrás del autor” pasa a tener una base en derecho penal internacional, pues no se excluye expresamente la responsabilidad del sujeto que actúa como autor directo o inmediato. Por otro lado, sobre la figura de la *responsabilidad del superior*, destaca (4) que es una creación jurídica del Derecho Penal Internacional, bajo cuya égida puede hacerse responsable al dirigente militar o superior civil por crímenes de derecho internacional cometidos por los subordinados, cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios; y, (5) que desde el punto de vista dogmático esta figura se puede situar entre la responsabilidad por omisión y la teoría de la intervención delictiva, lo que plantea complicados problemas de delimitación y de concurso con los principios generales de la teoría de la intervención.

con mediana precisión a la *autoría mediata* (“Comete ese crimen por sí solo, con otro o *por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”)¹¹⁴⁸. En cambio, dedica el artículo 28° a definir con detalle los supuestos omisivos que configuran la denominada *responsabilidad del superior* (“... en razón de no haber ejercido un control apropiado...”)¹¹⁴⁹.

5. La condición de autor mediato del acusado Fujimori Fujimori.

745°. La autoría mediata del imputado en los hechos acusados, conforme al Capítulo II de la Parte III y a lo expuesto en los párrafos anteriores de este Capítulo, está suficientemente acreditada. Se cumplen definitivamente los elementos fácticos y jurídicos, que como presupuestos y requisitos posibilitan tal nivel y modalidad de imputación de responsabilidad penal. Al respecto, es de mencionar los siguientes datos relevantes:

1. El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.
2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su po-

¹¹⁴⁸ Esta formulación, enfatiza Caro Coria, Dino Carlos, incorpora el modelo de ROXIN de autoría mediata a través de “estructuras de poder organizadas” [*La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*: En: AAVV *La corte Penal Internacional y las medidas de su implementación en el Perú – Salmón, Elizabeth* (coordinadora), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, página 145].

¹¹⁴⁹ En este sentido se pronuncia, asimismo, el *AMICUS* de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos “ALLARD K. LOWENSTEIN” de la Escuela de Leyes de Yale. Dice lo siguiente: “...*De esta forma, a diferencia de la autoría mediata o coautoría, la responsabilidad del superior atribuye responsabilidad a los superiores por sus omisiones –esto es, su inacción a la hora de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o para castigar los crímenes cometidos por sus subordinados-. En comparación, la autoría mediata y la coautoría generalmente presumen que los autores realizan algún acto positivo para poner en marcha los sucesos que llevan al crimen...*” [página 27].

der, fue configurando desde milnovecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.

3. En ese ámbito el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos –de inteligencia– del Estado, que por su función se han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de sus estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas.
4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.
5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército.
6. Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la

subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

7. Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.
8. Por lo demás, en todos los delitos *sub judice* la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

746°. Ahora bien, la actividad y operaciones delictivas de Barrios Altos y La Cantuta, y en los sótanos del SIE, realizadas por el aparato de poder organizado que construyó y dinamizó el acusado desde el SINA, cuyo núcleo ejecutor básico en el ámbito del control de las organizaciones subversivas terroristas fue el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, constituyeron una expresión de criminalidad estatal contra los derechos humanos con evidente apartamiento e infracción continua del derecho nacional e internacional. Como señala FARALDO CABANA: *“Los objetivos de estas organizaciones estatales que empiezan a actuar de forma criminal coinciden con los del Estado, pero los medios empleados permanecen autónomos y diferenciados en relación a los previstos por el ordenamiento jurídico, pues tienen carácter delictivo. Por tanto, puede afirmarse que el aparato organizado de poder, que no es ya el Estado en su conjunto sino una concreta organización estatal (piénsese en las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, en las Fuerzas Armadas, en los servicios de inteligencia) actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico, requisito necesario, como sabemos, para aplicar la tesis del dominio de la organización”*¹¹⁵⁰.

747°. Cabe anotar, por lo demás, que en la Criminología y Criminalística actuales no hay incompatibilidad material entre las ca-

¹¹⁵⁰ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 234.

tegorías de *Estado Criminal* y *Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales* como acotó la defensa en su alegato oral. Es más, esta ha pretendido construir una falacia en torno a las opciones expuestas por FARALDO CABANA cuya clasificación al respecto es una mera opción criminológica que no es ni la única ni la predominante entre los enfoques contemporáneos de la materia. Incluso se puede percibir una tergiversación de la opinión de dicha autora por la defensa del acusado, ya que en ningún apartado de su aludida monografía la citada jurista afirma que los Estados Criminales utilicen todo el aparato estatal para actos de exterminio de personas.

Por el contrario, hay consenso en reconocer que ambas manifestaciones criminales y categorías criminológicas parten de una misma matriz etiológica: la Criminalidad de Estado. Esto es, un proceder criminal generado, ejecutado, avalado, tolerado o justificado por las más altas instancias del poder estatal. Son, pues, parte de formas de criminalidad que, como entiende HASSEMER, se materializan sólo con apoyo del Estado¹¹⁵¹, y cuyas características criminológicas y de neutralización o impunidad, en un sentido macro o micro, son las mismas, y han sido resumidas con precisión por ZAFFARONI. Este autor destaca como tales la *negación de la responsabilidad*, la *negación de la lesión* y la *negación de las víctimas*, siendo esta última "...la técnica de neutralización más usual en los crímenes de Estado. Las víctimas eran terroristas, traidores a la nación, fueron los verdaderos agresores, el crimen de Estado no fue tal sino la legítima defensa necesaria, etcétera"¹¹⁵².

Tampoco en el plano de la dogmática penal más caracterizada sobre la materia, ni de la política criminal internacional de protección de los derechos humanos, se formulan diferencias cualitativas entre una y otra manifestación delictiva de los órganos del poder estatal, como también ha postulado la defensa del acusado. Por el

¹¹⁵¹ Hassemer, Winfried: *Por qué y con qué fin se aplican las penas*. En: Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal número 1, Editorial Grijley, Lima, 2000, página 114.

¹¹⁵² Zaffaroni, Raúl: *El crimen de Estado como objeto de la criminología*, obra citada, página 27 y ss.

contrario, se les aplica iguales conceptos, caracterizaciones y estrategias de prevención y control.

A lo sumo se han sostenido, con sentido estrictamente pedagógico y no material o funcional, algunas variantes de grado, por tanto ambas manifestaciones: *Estado Criminal* y *Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales*, pueden ser consideradas como modalidades cuantitativas del mismo modelo de acción o *modus operandi* para la realización de iguales objetivos y políticas de lesión de los derechos humanos mediante el asesinato, el secuestro o la desaparición de grupos de la población civil indefensa. Así, en la primera, la generalización de las acciones delictivas recorre distintas esferas del Estado. En la segunda, en cambio, predomina la actividad delictiva sectorial y selectiva de órganos estratégicos y operativos especializados¹¹⁵³. No obstante, la clandestinidad y antijuricidad de los planes, el secreto de los ejecutores, el control encubierto de las operaciones, la crueldad de los procedimientos, la tolerancia de los supervisores, la justificación de los medios y el uso oficial de mecanismos de impunidad, para la formación de políticas y para la comunicación o ejecución de las decisiones y órdenes delictivas, se comparten y son comunes a las dos formas de criminalidad estatal. Por ello, la responsabilidad penal se imputa para ellas desde el plano del derecho nacional como del derecho penal internacional. FARALDO CABANA, en este sentido, apunta “...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho internacional y del Derecho penal internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad física de las personas, se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto”¹¹⁵⁴.

¹¹⁵³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Derecho Penal - Parte General*, obra citada, página 395.

¹¹⁵⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 238.

748°. Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un *modus operandi* propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza plenamente al acusado Fujimori Fujimori. Ya que como reconoce la propia opción de doctrina invocada por la defensa, esto es, FARALDO CABANA: *"También es admisible la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político, militar) que en ese momento lo domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros terroristas o de la disidencia política"*¹¹⁵⁵. Además, según la misma fuente teórica, la experiencia internacional, particularmente en Latinoamérica, da cuenta que: *"Son características del funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros. Hemos visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el resto seguía comportándose de forma normal y respetuosa con la ley. Lo mismo ocurrió en Chile durante la dictadura militar"*¹¹⁵⁶. [...]

¹¹⁵⁵ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 230.

¹¹⁵⁶ Faraldo Cabana, Patricia: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, obra citada, página 234.

El crimen de genocidio

Corte Constitucional

Sentencia C-488/09

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

Bogotá, 22 de julio de 2009

[...] VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS [...]

5.- Instrumentos internacionales sobre Genocidio adoptados por Colombia y su incorporación al bloque de constitucionalidad

Las normas de derecho internacional adoptadas por Colombia en relación con el genocidio son básicamente dos: (i) la “*Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*”, aprobada en el derecho interno mediante Ley 28 de 1959, y (ii) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobada por el Congreso mediante Ley 742 de 2002 y declarado exequible por esta Corporación en la Sentencia C-578 de 2002.

5.1.- En cuanto hace referencia a la Convención sobre Genocidio, considera la Corte que es un instrumento que se incorpora al bloque de constitucionalidad por diversas vías. Como parámetro interpretativo de los derechos humanos reconocidos desde la Constitución (art.93-2), pues la Convención es un tratado ratificado por Colombia que tiene relación directa con el respeto a la existencia de los grupos como expresión del pluralismo y la dignidad humana (art.1 CP), a la vida (art.11 CP), a la integridad física, a la prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes (art.12 CP), a la libertad personal (art. 28 CP), así como a la protección de los niños (art.44 CP).

Aquí es importante recordar que el derecho internacional de los derechos humanos comprende el conjunto de normas convencionales dirigidas a la *“protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes”*¹². En esa medida, entiende la Sala que un importante mecanismo de protección de los derechos humanos es precisamente la tipificación de conductas que atentan de manera grave contra esos derechos, por cuanto no sólo nadie puede ser sujeto pasivo de genocidio sino, además, la imposición de sanciones individualizadas contribuye notablemente y con alto impacto persuasivo a desestimular los actos de barbarie contra la humanidad

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que la prohibición de genocidio también es una norma relacionada con el Derecho Internacional Humanitario que se integra a la Constitución por la vía del artículo 214-2 Superior, pues la propia Convención sobre Genocidio señala que ese crimen se prohíbe tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra³. Es así como esta Corporación ha reconocido que *“la prohibición absoluta de genocidio en el curso de un conflicto armado (...) tiene indubitablemente el rango de ius cogens”*⁴.

5.2.- Las mismas consideraciones son predicables en cuanto tiene que ver con la consagración del delito de genocidio en el artículo 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por supuesto sin desconocer las particularidades propias de esa regulación, en especial en virtud del principio de complementariedad frente a la legislación nacional.

Sobre la relevancia del Estatuto de Roma como instrumento de protección de los derechos humanos y del derecho internacional

¹ La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva O.C. 2/82 del 24 de diciembre de 1982, Serie A, No. 2, párr. 229. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2005.

³ *“Artículo I.- Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”*.

⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-291 de 2007.

humanitario, en la Sentencia C-370 de 2006, que examinó la constitucionalidad de la ley de justicia y paz, la Corte insistió en el deber del Legislador de respetar las obligaciones adquiridas por Colombia en el marco del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

“El Estatuto de Roma, mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional, constituye probablemente el mayor instrumento internacional de protección a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Según lo define el Preámbulo del mismo Estatuto, el ánimo que impulsó a la creación de esta Corte fue el reconocimiento de que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”(…)

“Así mismo, el deber de investigación del Estado respecto de los delitos de suma gravedad ha de cumplirse en términos respetuosos de sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; a este respecto cobra especial relevancia lo dispuesto en el estatuto de la Corte Penal Internacional, debidamente suscrito y ratificado por Colombia, en relación con el cual afirmó esta Corporación en la sentencia C-578 de 2002: “(…)”.

Sobre este breve marco, procede la Corte a establecer si los términos de investigación establecidos en la Ley 975/05 respetan los estándares establecidos para garantizar una investigación seria, exhaustiva, diligente y eficaz”. (Resaltado fuera de texto).

Con todo, es necesario señalar que los incisos 3º y 4º del artículo 93 de la Constitución, adicionados por el Acto Legislativo 2 de 2001⁵

⁵ *“Artículo 93.- (...) El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.*

autorizaron expresamente un tratamiento desigual en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de manera en la regulación adoptada para ese escenario, así como la sanción de los crímenes de competencia de ese tribunal, se somete a unas reglas que no necesariamente deben coincidir con los adoptados en legislación interna⁶.

En este sentido, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos instrumentos de derecho penal internacional aprobados por Colombia, que guardan una relación directa con la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo que desde luego deberá ser examinado caso a caso.

En el caso del artículo 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la incorporación no opera porque el precepto haga parte de dicho estatuto, sino porque la regulación puntual de esa norma se ajusta a los parámetros consagrados en los artículos 93 y 214-2 de la Constitución, que además recoge integralmente el contenido de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio.

Sin embargo, advierte la Corte, lo anterior no implica que todas las normas del Estatuto de Roma hagan parte del bloque de constitucionalidad *per se*, pues es claro que dicha normatividad tiene un marco de aplicación particular y concreto en virtud del principio de complementariedad frente a la legislación nacional. Tampoco supone que todos los tratados de derecho internacional que consagran el deber de tipificar ciertos delitos se integren al bloque de constitucionalidad, pues no todos se relacionan con la protección directa de derechos humanos o del derecho internacional humanitario⁷.

5.3.- En lo que hace referencia específica al delito de genocidio, en la Sentencia C-177 de 2001 esta Corporación precisó que se tra-

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

⁷ Un ejemplo sería la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, suscrita en la ciudad de Nueva York el 31 de octubre de 2003, aprobada internamente por la Ley 970 de 2005 y declarada exequible por la Corte en la Sentencia C-172 de 2006. En la Convención se tipifican varios delitos y se consagra la obligación de los Estados signatarios de penalizarlos en sus legislaciones internas con arreglo al tratado e imponiendo sanciones que tengan en cuenta la gravedad de los delitos (artículo 30). Pero no es claro que corresponda a un instrumento de protección de derechos humanos o de derecho internacional humanitario.

ta de un tipo penal que debe leerse en consonancia con los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario adoptados por Colombia que forman parte del *ius cogens*, los cuales constituyen un “*parámetro mínimo de protección*” que en todo caso puede ser ampliado por la legislación interna. En palabras de este Tribunal:

“Así, pues, de lo que hasta aquí se ha expuesto, resulta que *el tipo penal sobre genocidio que consagró el artículo 322^a. de la Ley 589 del 2000, debe ser interpretado a la luz de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución y de acuerdo con los principios y preceptos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forman parte del “ius cogens.”* (Resaltado fuera de texto).

En la misma providencia la Corte constató que la tipificación del genocidio en la legislación interna, para proteger solamente al grupo nacional, étnico, racial, religioso o político “*que actúe dentro del margen de la Ley*”, restringía el ámbito de protección frente a los estándares internacionales, por lo que declaró la inexecutable de dicha expresión. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“En efecto, constata esta Corte que, lejos de adoptar las medidas de adecuación legislativa consonantes con las obligaciones internacionales que el Estado Colombiano contrajo, en particular, al suscribir la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que según quedó ya expuesto, el Estado Colombiano aprobó mediante la Ley 28 de 1959, las que le exigían tipificar como delito y sancionar severamente las conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad, desvirtuó el propósito que con su consagración normativa se perseguía, *pues restringió la protección de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad de las personas, al concederla únicamente en tanto y siempre y cuando la conducta atentatoria recaiga sobre un miembro de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político “que actúe dentro de margen de la Ley,” con lo que sacrificó la plena vigencia y la irrestricta protección que, a los señalados derechos, reconocen tanto el Derecho Internacional Humanitario, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Tratados y Convenios Internacionales que lo codifican*”. (Resaltado fuera de texto).

Igualmente, en la Sentencia C-578 de 2002, que como ya se mencionó analizó la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se reiteró la obligación de armonizar la legislación interna con los estándares internacionales mínimos de protección en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario para definir sanciones y procedimientos penales de graves crímenes como el genocidio. En palabras de esta Corporación:

“Según lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional –y no cada Estado Parte– quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque *el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio*, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, *deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma*. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo. Por lo anterior, es necesario examinar dichas limitaciones”. (Resaltado fuera de texto).

Siguiendo el mismo criterio, en la Sentencia C-181 de 2002 la Corte declaró inexecutable varias expresiones de una norma que tipificaba el genocidio como falta disciplinaria, pues consideró que la disposición interna desconocía los estándares internacionales en la materia. Dijo entonces:

“Lo anterior –además– sin contar con el hecho de que la regulación internacional no establece un condicionamiento similar en su normatividad, con lo cual, por virtud de la norma, se estarían disminuyendo las garantías mínimas de protección instauradas por aquella”.(...)

Con la consagración de la falta disciplinaria de desaparición forzada, condicionada a la ejecución en asalto como factor de pu-

nibilidad, *la legislación interna introduce un elemento que restringe la protección suministrada por los instrumentos internacionales y, por tanto, contradice lo sostenido por la jurisprudencia constitucional en la materia* [Sentencia C-177 de 2001]. En vista de esta circunstancia, dicha expresión deberá ser retirada del ordenamiento jurídico”. (Resaltado fuera de texto).

En la Sentencia C-148 de 2005 la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “grave”, incluida en los tipos penales de genocidio, tortura y tortura en persona protegida. Para resolver los cargos formulados y determinar si el Legislador había excedido sus límites frente al bloque de constitucionalidad, esta Corporación recurrió a las definiciones consagradas en tratados internacionales de derechos humanos. Fue así como encontró que la palabra “grave” del tipo de genocidio era coincidente con la Convención para prevenir y sancionar ese delito, así como con el artículo 6° del Estatuto de Roma, mientras que la misma expresión en los otros tipos penales reñía con la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura:

“En conclusión, la Corte procederá a declarar la exequibilidad de la expresión “grave” contenida en el numeral 1 del segundo inciso del artículo 101 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de genocidio por cuanto en ese caso frente a dicho delito autónomo i) *no se desconocen las normas internacionales que definen el delito de genocidio -que se contienen en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional-* ii) ni se desprotegen los bienes jurídicos que se pretenden amparar con el referido delito, iii) ni resultan aplicables en materia penal los mismos criterios que fundamentan la imposición de sanciones en materia disciplinaria.

Por el contrario la Corte declarará la inexecutable de la expresión “graves” contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de tortura en persona protegida y 178 de la misma ley que tipifica el delito de tortura por cuanto i) *con ella se vulnera claramente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente el artículo 93 superior y por cuanto* ii) el artículo 12 constitucional no hace ninguna distinción sobre la pro-

hibición de la tortura que se fundamenta además en el respeto de la dignidad humana (art. 1 C.P.)”. (Resaltado fuera de texto).

Finalmente, en la Sentencia C-291 de 2007, la Corte reiteró la necesidad de compatibilizar la legislación interna con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En ese caso específico la Corte advirtió que el delito de toma de rehenes es una conducta punible que hace parte del *ius cogens* y por lo tanto vincula al Estado Colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad. Sostuvo al respecto:

“Para efectos de resolver el problema jurídico planteado por este cargo, la Corte ha de precisar que, si bien Colombia es parte de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, la cual fue ratificada mediante Ley 837 de 2003 y sujeta a revisión previa de la Corte Constitucional en sentencia C-405 de 2004, esta Convención no ha sido incorporada formalmente al bloque de constitucionalidad mediante un pronunciamiento expreso de esta Corporación. A pesar de lo anterior, resulta claro –por las razones expuestas extensamente en el apartado 5.4.4. de la Sección D de esta providencia- *que el delito de toma de rehenes, a la fecha en que se adopta esta providencia, ha sido incluido como conducta punible en normas de ius cogens que vinculan al Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad, y que constituyen un parámetro obligatorio de referencia para ejercer el control de constitucionalidad sobre la disposición legal acusada.*

También es pertinente resaltar en este ámbito que, según aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2002 al efectuar la revisión de constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, “(...) el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como (...) los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma”, *de lo cual se deduce que al momento de tipificar el delito de toma de rehenes, el legislador colombiano está obligado a cumplir con lo establecido sobre el particular en*

el Derecho Internacional Humanitario como ingrediente constitutivo del bloque de constitucionalidad". (Resaltado fuera de texto).

La reseña jurisprudencial expuesta conduce a la Corte a concluir que tanto (i) la *"Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio"*, como (ii) el artículo 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que coincide con aquélla, se incorporan al bloque de constitucionalidad a efecto del control que debe adelantar esta Corporación. En consecuencia, la libertad de configuración del Legislador en la regulación del genocidio está limitada por el deber de armonizar la normatividad interna con los parámetros internacionales allí fijados.

6.- Las normas de derecho internacional sobre Genocidio y su alcance para efecto del control constitucional

Una vez reseñados los parámetros generales que condicionan la actividad del Legislador en el diseño de las normas penales, en especial los que se integran al bloque de constitucionalidad frente al delito de genocidio, corresponde examinar cuál es el contenido y alcance de esas normas, para evaluar luego si la legislación interna armoniza o no con ellas.

En este sentido, la Corte considera que los estándares internacionales relacionados con el genocidio comprenden al menos tres elementos que constituyen referente para el control constitucional en esta oportunidad: (6.1) la obligación de sancionar penalmente el genocidio; (6.2) el deber de tipificar el delito siguiendo las principales estructuras de imputación previstas en la normativa internacional; y (6.3) la prohibición de protección deficiente. A continuación la Sala se referirá brevemente a cada uno de ellos.

6.1.- Obligación de sancionar el crimen de Genocidio

6.1.1.- La utilización del término *"genocidio"* se debe al jurista polaco-judío Raphaël Lemkin, quien en 1944 introdujo este neologismo -en aquel entonces- al unir la palabra griega *"genos"* (raza) y el sufijo latino *"cide"* (matar), para definir en una categoría especial los más graves crímenes contra la humanidad, especialmente durante la segunda guerra mundial.

Aún cuando en la historia de la humanidad se registran no pocos capítulos lamentables de persecución y muerte por el sólo hecho de que los miembros de un grupo presentaban condiciones étnicas, raciales o religiosas comunes, tal vez el más trágico de todos ellos ha sido el holocausto judío durante la segunda guerra mundial, cuya trascendencia llevó a la comunidad internacional a reflexionar y sentar las bases para sancionar con el mayor rigor conductas de tanta gravedad desde una óptica distinta: bajo crimen de Genocidio⁸.

Como reacción a esa barbarie, mediante el Acuerdo de Londres de 1945, suscrito entre Francia, Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética, se adoptó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para juzgar a los líderes del régimen nazi por los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, que sirvió de base para llevar a cabo los juicios de Nuremberg y de Tokio⁹. Según ha tenido oportunidad de explicar esta Corporación, *“aun cuando en el Estatuto [del Tribunal Militar Internacional] no se emplea la expresión genocidio, ni ninguno de los criminales nazis fue condenado en Nuremberg por genocidio, la definición de crímenes contra la humanidad que se utiliza en el artículo 6 (c) del mismo, cobija varios de los actos que hoy en día hacen parte de la definición legal de genocidio”*¹⁰.

⁸ *“De hecho, el genocidio se encuentra a lo largo de la humanidad en diferentes y numerosos episodios que se remontan varios siglos antes de Cristo. Sólo, a manera de ejemplo, merece mención la persecución de los judíos por parte de los reyes asirios en el siglo VII antes de Cristo, momento en el cual se destruyó Samaria, extinguiendo así a diez tribus israelitas, y las famosas caserías de brujas que tuvieron lugar en Europa en los años 1450-1750, que consistieron en la persecución de mujeres, hecho que se comprueba en que tres cuartos de las víctimas de esa persecución fueron ellas. También conviene recordar el genocidio de armenios a manos de los turcos en 1915-1916, que consistió en el exterminio sistemático de hombres y el traslado forzoso de mujeres, niños y ancianos, entre otros”*. Rafael Prieto Sanjuán, et.al., *“Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio”*. Bogotá, Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Dike, 2006, p.88.

⁹ *“El Tribunal de Nuremberg culminó con la acusación formal a 19 criminales nazi, 12 de los cuales fueron condenados a pena de muerte por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Tribunal de Tokio sólo juzgó crímenes de guerra, y condenó a 25 personas a prisión, pero ninguna cumplió la totalidad de su condena y la mayoría fue liberada hacia finales de la década de los años 50”*. Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

¹⁰ Sentencia C-578 de 2002.

Luego de que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg dictó sus primeros fallos, la Asamblea General de las Naciones Unidas –acogiendo el término propuesto por Lemkin– aprobó la Resolución 96 del 11 de diciembre de 1946 y declaró al genocidio como un *“crimen del derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados”*, en tanto supone *“una negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir”*. Desde entonces el Genocidio dejó de pertenecer a la categoría de crímenes contra la humanidad para adquirir contenido como categoría propia¹¹.

Sin embargo, el primer instrumento de derecho internacional que reconoció jurídicamente el crimen de genocidio y la obligación de reprimirlo penalmente fue la *“Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 260^a del 9 de diciembre de 1948 y en vigor desde el 12 de enero de 1951¹². Entre otras normas de la Convención, en el artículo I las partes contratantes *“confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”*; el artículo II consagra la primera definición normativa de genocidio (sobre la que luego volverá la Corte); el artículo V estipula el deber de los estados partes de castigar penalmente a los responsables de genocidio o de cualquier otro de los actos allí consagrados; y el artículo VII prevé el juzgamiento por cada Estado *“o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”*.

La Corte Internacional de Justicia de la Haya, máxima instancia judicial del sistema universal de derechos humanos e intérprete autorizada de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio¹³, en la Opinión Consultiva sobre las Reservas

¹¹ Cfr., Kai Ambos, *“Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo”* (Trad. Martha Donís). Madrid, Marcial Pons, 2006, p.271.

¹² En Colombia fue aprobada mediante la Ley 28 de 1959.

¹³ *“Artículo IX.- Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de*

a esa Convención (1951), declaró que la prohibición del genocidio constituye una norma consuetudinaria o de *ius cogens* que vincula a los Estados al margen de cualquier vínculo formal¹⁴, lo que por lo demás ha sido avalado por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵.

Otro Acuerdo de Derecho Internacional que consagró el crimen de genocidio y el deber de sanción penal fue el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁶. El artículo 5º del estatuto asignó competencia a la Corte para enjuiciar “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”, mientras el artículo 6º tipificó expresamente el delito de genocidio.

Los anteriores son los principales instrumentos de orden internacional que consagran el deber de tipificar el delito de genocidio así como la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tan graves actos.

6.1.2.- Ahora bien, aunque en el marco específico de la Convención contra el genocidio nunca fue organizado formalmente un tribunal penal internacional –y la Corte creada en el Estatuto de Roma no ha proferido aún ninguna condena por genocidio-, lo cierto es que a pesar de las dificultades se han adelantado procesos para sancionar tan execrable crimen. 4.5

- En el caso de los tribunales nacionales se destaca, por ejemplo, el juicio seguido en Israel contra Adolph Eichman por sus actos durante la segunda guerra mundial, quien en 1961 fue condenado a muerte por el genocidio contra el pueblo judío bajo la idea de que “*aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende*

los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”.

¹⁴ CIJ, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, p.21. Esta posición fue reafirmada en la Sentencia del 11 de julio de 1996, en el asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio en el caso Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia). El texto integral de la Opinión Consultiva se puede consultar en la página oficial de Internet de la Corte Internacional de Justicia: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4>

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007.

¹⁶ El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios de la Naciones Unidas, en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998.

*la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen delicta iuris gentium*¹⁷.

- En el ámbito internacional es necesario referir la actuación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁸, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para enjuiciar a los responsables del genocidio y de otras violaciones de similar naturaleza durante el conflicto entre las etnias Hutu y Tutsi en África. De hecho, fue ese tribunal quien profirió la primera condena de una Corte Internacional por el crimen de genocidio¹⁹.
- También sobresalen varios pronunciamientos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁰, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de los Balcanes desde 1991, en particular los ataques serbios contra musulmanes bosnios.
- Así mismo, en el año 2007, la Corte Internacional de Justicia de la Haya tuvo ocasión de referirse al alcance de este crimen en el marco de la Convención para prevenir y sancionar el Genocidio, en un asunto sobre el que luego se hará referencia puntual²¹.

En este orden de ideas, la primera obligación que se deriva de los instrumentos internacionales de derechos humanos frente al genocidio consiste en el deber de sancionarlo desde la esfera penal, ya sea a nivel de cada Estado o, en su defecto, desde el derecho penal internacional.

¹⁷ *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

¹⁸ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994. Posteriormente, mediante la Resolución 977 del 22 de febrero de 1995, el Consejo de Seguridad designó la ciudad de Arusha (República Unida de Tanzania) como sede oficial del Tribunal.

¹⁹ ICTR-96-4-T, Prosecutor vs. Akayesu. Sentencia de Primera instancia del 2 de septiembre de 1998.

²⁰ El Tribunal Internacional encargado de juzgar las personas responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante la Resolución 808 del 22 de febrero de 1993. El Estatuto del Tribunal fue adoptado por medio de la Resolución 827 del 25 de mayo de 1993.

²¹ CIJ, Asunto relativo a la aplicación de la Convención para prevenir y sancionar el crimen de Genocidio, caso Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro, febrero 26 de 2007.

6.2.- *El deber de tipificación de acuerdo con las principales estructuras de imputación. La "pertenencia" al grupo y su relación con el delito de genocidio en la normatividad internacional*

6.2.1.- El Genocidio ha sido considerado como el "*crimen de crímenes*"²², en tanto no sólo representa una leve afrenta a la vida y la integridad física de los miembros de un grupo, sino que en últimas niega la existencia misma de la humanidad. En cuanto a su tipificación, la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio lo configuró en los siguientes términos:

"Artículo II.- En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

La misma tipificación se dio en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que dispone:

"Artículo 6.- Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

²² Schabas, William, "*Genocide in International Law*". Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.345.

- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Una tipificación idéntica del genocidio se consagró tanto en el artículo 4º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia²³, como en el artículo 2º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁴, aún cuando tales instrumentos no constituyen referentes directos para el control constitucional que ahora ocupa la atención de la Sala.

6.2.2- Respecto de las principales estructuras del tipo penal, la doctrina²⁵ y la jurisprudencia internacional²⁶ han señalado que presenta las siguientes características:

²³ “Artículo 4.- Genocidio. (...) 2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo. 3. Los siguientes actos serán castigados: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio”.

²⁴ “Artículo 2.- Genocidio. 1. El Tribunal Internacional para Ruanda tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido un genocidio según queda definido dicho crimen en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo. 2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo. 3. Serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio”.

²⁵ Para una revisión general, cfr. Kai Ambos, “Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo” (Trad. Martha Donís). Madrid, Marcial Pons, 2006, p.271 y ss.

²⁶ Según los lineamientos trazados por la Corte Internacional de Justicia de la Haya, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

(i) El elemento objetivo (*actus reus*), consistente en la comisión de alguno de los actos prohibidos descritos en la norma, a saber: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En este punto es preciso señalar que si bien la normativa internacional ampara los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, en el caso colombiano el Legislador amplió el ámbito de protección a los grupos políticos y así lo ha avalado la jurisprudencia constitucional²⁷.

La regulación del tipo no exige un número mínimo de muertes o agresiones a los miembros del grupo, como tampoco es necesaria la extinción definitiva del mismo, de manera que incluso un solo ataque podría dar lugar a la configuración del crimen, por supuesto si se reúnen los demás elementos constitutivos el tipo penal.

(ii) El elemento subjetivo (*mens rea*), que comprende tanto el dolo en general como la intención especial de destrucción del grupo protegido (*dolus specialis*), lo que guarda relación directa con el ataque a las víctimas *por razón de su pertenencia al mismo*. En este sentido, desde la conceptualización del crimen de genocidio propuesta por Lemkin, siempre se ha considerado que el ataque a los miembros del grupo se hace “*por el sólo hecho de pertenecer al grupo*” y con la intención de su destrucción total o parcial. De acuerdo con este jurista:

“El objetivo de tal plan [sistemático de destrucción] debe ser la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de los miembros de dichos grupos nacionales. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como tal, y las acciones ejecutadas contra los individuos de dicho grupo se hacen

²⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2001.

*por el solo hecho de pertenecer a dicho grupo nacional*²⁸. (Resaltado fuera de texto).

De esta manera, para que se tipifique el delito de genocidio es necesario que la afectación a las víctimas se haga con la intención de la destrucción del grupo como tal, lo que implica que el ataque se efectúe por razón de su pertenencia al grupo protegido, pues ello constituye un elemento esencial en la configuración del tipo penal de genocidio.

6.3.- Prohibición de protección deficiente

El tercer aspecto a tener en cuenta en la normativa internacional sobre genocidio consiste en la obligación de sancionar el delito mediante la adopción de penas eficaces. En este sentido, el artículo V de la Convención para Prevenir y Sancionar el delito de Genocidio dispone expresamente que:

“Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. (Resaltado fuera de texto).

Observa la Corte que la Convención sobre Genocidio no estipuló directamente ninguna pena por la comisión de este delito. En efecto, aún cuando en ella se establece el deber de adoptar medidas legislativas eficaces de castigo, lo cierto es que las partes signatarias optaron por dejar en cabeza de cada Estado la regulación específica de las sanciones.

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tampoco se consagró ninguna pena mínima por la comisión de los delitos allí previstos²⁹, pues se estipuló que ella dependería

²⁸ Raphaël Lemkin, *“Axis Rule in Occupied Europe 79”* (1944), citado por Ratner, Steven R y Abrams, Jason. *“Accountability for Human Rights Atrocities in International Law”*. Beyond the Nuremberg Legacy. Clarendon Press, 1997, páginas 24 y 25. Cfr. Sentencia C-578 de 2002.

²⁹ *“Artículo 77.- Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se*

de la gravedad del crimen y de las circunstancias personales del condenado³⁰.

Conforme con lo anterior, considera la Sala que de la normativa internacional no se desprende el deber de fijar una pena idéntica para cada una de las conductas que puedan ser constitutivas de genocidio. La obligación de consagrar penas para prevenir y sancionar este crimen consiste, a juicio de la Corte, en la prohibición de protección deficiente en la legislación interna. En consecuencia, para determinar cuándo este criterio ha sido desconocido en el ámbito interno, será necesario evaluar si la pena prevista en la legislación es desproporcionada o tan exigua que resulta verdaderamente ineficaz para la sanción y prevención de este delito, sin que en todo caso exista un estándar mínimo frente a la dosificación o el deber de idéntico tratamiento punitivo.

Con estos elementos de juicio, procede la Corte al estudio particular de las normas impugnadas.

7.- Análisis de las expresiones demandadas

A juicio del demandante y de algunos intervinientes, las expresiones acusadas del artículo 101 del Código Penal desconocen los estándares internacionales que regulan el crimen de genocidio (los cuales se integran al bloque de constitucionalidad) y por esa vía vulneran los artículos 2º, 5º, 11, 13, 29, 93 y 107 de la Carta Política. Como en efecto la Convención contra el Genocidio y el artículo 6º del Estatuto de Roma se incorporan al bloque de constitucionalidad, la Corte procede a examinar si la regulación interna efectivamente riñe con esa normatividad.

hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

³⁰ “Artículo 78.- Imposición de la pena. 1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (...)”.

De manera introductoria conviene recordar que el delito de genocidio fue consagrado en Colombia por la Ley 589 de 2000³¹. Esta ley adicionó el artículo 322^a al Código Penal anterior (Decreto Ley 100 de 1980), cuyo contenido fue reproducido en el artículo 101 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000). Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 890 de 2004³² incrementó en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo las penas previstas para el delito de genocidio. En consecuencia, la norma que tipifica el crimen de genocidio es la siguiente (se subrayan las expresiones demandadas en esta oportunidad):

Artículo 101. Genocidio. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político [que actúe dentro del marco de la ley³³], *por razón de su pertenencia al mismo*, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

La pena será de prisión de ciento sesenta (160) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, la multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos setenta (270) meses cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave³⁴ a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.

³¹ "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones".

³² "Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal".

³³ Aparte declarado inexecutable en la Sentencia C-177 de 2001.

³⁴ Aparte declarado executable en la Sentencia C-148 de 2005.

3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Advierte la Sala que la Ley 589 de 2000, mediante la cual se tipificó por primera vez en Colombia el delito de genocidio, tuvo como propósito central ajustar la legislación interna a la normativa internacional. Así, en la exposición de motivos de esa Ley se dejó en claro la intención de acoger lo dispuesto en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio:

“La tipificación del delito de genocidio tiene como fin hacer explícita aún más la acogida a lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde los comienzos mismos de la Organización de las Naciones Unidas y de desarrollar lo aprobado mediante la Ley 28 de 1959 aprobatoria de la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Esta Convención establece en su artículo V la obligación para las altas partes contratantes de adoptar, de acuerdo con las Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención, especialmente, las que tienden a establecer las sanciones penales eficaces para sancionar a las personas culpables de genocidio, de cualquier otro acto o actos enumerados en el artículo 3º de la misma”³⁵.

También es preciso señalar que el Legislador colombiano incluyó a los grupos políticos, de modo que en este punto amplió el ámbito de protección respecto de lo acogido por la comunidad internacional, lo que fue avalado por esta Corporación en la Sentencia C-177 de 2001. En la misma providencia la Corte constató que la tipificación del genocidio para incluir solamente al grupo nacional, étnico, racial, religioso o político “*que actúe dentro del margen de la Ley*”, restringía el ámbito de protección frente a los estándares internacionales, por lo que declaró inexecutable dicha frase.

³⁵ Gaceta del Congreso 126 del 22 de julio de 1998, p.26.

7.1.- Constitucionalidad de la expresión “por razón de su pertenencia al mismo”, del artículo 101 del Código Penal

7.1.1.- El demandante considera que la expresión acusada introdujo un nuevo ingrediente normativo al tipo penal de genocidio, al exigir probar el móvil por el que actuaron los criminales. En su concepto, con ello se disminuye el umbral de protección frente a la normativa internacional, donde sólo se exige demostrar la intención de destrucción total o parcial del grupo como tal, y no que el ataque a la víctima se haya dado *“por razón de su pertenencia al mismo”*.

Para ofrecer una mayor claridad, en el siguiente cuadro la Sala se permite reseñar la configuración del genocidio prevista en el Código Penal Colombiano y en las normas de derecho internacional que se integran al bloque de constitucionalidad:

Código Penal Colombiano	Convención sobre Genocidio	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
<p>“Artículo 101. Genocidio. “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mí-</p>	<p>“Artículo II.- En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a con- 	<p>“Artículo 6.- Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

Código Penal Colombiano	Convención sobre Genocidio	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
<p>nimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.</p> <p>La pena será de prisión de ciento sesenta (160) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, la multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos setenta (270) meses cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. 2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. 	<p>diciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;</p> <p>d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;</p> <p>e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.</p>	<p>c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;</p> <p>d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;</p> <p>e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.</p>

A juicio de la Corte, si bien el demandante tiene razón en afirmar que la regulación del delito de genocidio debe ajustarse a la normativa internacional, se equivoca cuando señala que la expresión impugnada desconoce dichos estándares. En efecto, de acuerdo con las normas de derecho penal internacional y la jurisprudencia de esta Corporación³⁶, uno de los elementos estructurales del tipo penal de genocidio es la existencia de un dolo especial (*dolus specialis*). Ese dolo especial supone que la afectación de las víctimas se haga con la intención de destrucción del grupo como tal, esto es, que ello ocurra precisamente “*por razón de su pertenencia al mismo*”.

7.1.2.- Esta lectura de la norma es coherente con la interpretación que del tipo de genocidio han hecho los diferentes tribunales internacionales.

- La Corte Internacional de Justicia de la Haya tuvo ocasión de referirse sobre el particular en el caso de Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro por el crimen de cerca de 8000 musulmanes bosnios en la ciudad de Srebrenica entre 1992 y 1995. En aquella oportunidad la Corte constató la existencia de actos de un genocidio ante la intención de destruir a miembros de un grupo religioso y étnico debido a su pertenencia al mismo. Al examinar los elementos constitutivos del delito, el alto Tribunal explicó que es necesaria la intención de destrucción del grupo en todo o en parte y el hecho de que los miembros del grupo sean atacados por pertenecer al mismo. Dijo entonces:

“ 187. Adicionalmente a aquellos elementos mentales, el artículo II requiere un elemento adicional. Requiere el establecimiento de la “intención de destruir, en todo o en parte... el grupo [protegido], como tal”. No basta establecer, por ejemplo en términos del párra-

³⁶ “De conformidad con el Estatuto de Roma, así como con la Convención contra el Genocidio, éste crimen requiere un dolo especial, que lo distingue de otros crímenes contra la humanidad. Deberá demostrarse que la persona actuó con la intención de destruir un grupo “en su totalidad o en parte”, lo cual lleva, por ejemplo, a que un acto aislado de violencia racista no constituya genocidio, por ausencia de ese elemento intencional especial. De otro lado, no es necesario que se logre la destrucción completa del grupo, puesto que lo relevante es la intención de obtener ese resultado. Por la misma razón, tampoco se requiere que se realicen acciones de manera sistemática”. Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

fo (a), que las ejecuciones ilegales deliberadas de los miembros del grupo hubieren ocurrido. La intención adicional también debe ser establecida, la cual es definida muy precisamente. Es a menudo mencionada como la intención específica o *dolus specialis*; usualmente será referida en la presente Sentencia, como la “intención específica (*dolus specialis*)”. *No es suficiente [pero es necesario] que los miembros del grupo sean el blanco por pertenecer a dicho grupo, es decir, porque el autor tiene una intención discriminatoria*. Se requiere algo más. Los actos enumerados en el artículo II deben cometerse con la intención de destruir al grupo como tal en su totalidad o en parte. Las palabras “como tal” enfatizan esa intención de destruir el grupo protegido.(...)

370. A la luz de la revisión de la evidencia existente anteriormente y con respecto de las atrocidades cometidas en Bosnia y Herzegovina en el lapso de tiempo comprendido entre 1991 – 1995, la Corte ha concluido que, a excepción de los eventos de Julio de 1995 en Srebrenica, la intención necesaria requerida para que se constituya el genocidio no ha sido demostrada de forma concluyente en relación con cada incidente específico. Sin embargo, el Demandante se basa en la supuesta existencia de un plan para cometer genocidio, indicado por un patrón de actos genocidas o potencialmente genocidas cometidos a lo largo y ancho de todo el territorio, contra las personas identificadas en todo el mundo *y en cada caso sobre la base de su pertenencia a un determinado grupo*³⁷. (Resaltado fuera de texto).

El pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia coincide con la interpretación que del tipo penal de genocidio han hecho otros jueces penales internacionales como el Tribunal para Ruanda y el Tribunal para la antigua Yugoslavia, cuyos fallos son particularmente relevantes para precisar el alcance del tipo penal de genocidio, en la medida en que la regulación prevista en sus respectivos estatutos concuerda integralmente con la que consagran la Convención sobre Genocidio y el artículo 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

³⁷ ICJ, Asunto relativo a la aplicación de la Convención para prevenir y sancionar el crimen de Genocidio (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), febrero 26 de 2007 (Traducción Libre).

- El Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó en 1998 a Jean Paul Akayesu como responsable de genocidio y crímenes contra la humanidad, debido a sus ataques contra la etnia Tutsi en su condición de alcalde de la ciudad ruandesa de Taba. En su fallo el Tribunal sostuvo que una característica específica del genocidio es que las víctimas sean elegidas por pertenecer a un grupo determinado y no por sus individualidades. De acuerdo con ese alto Tribunal:

“520. Con respecto al crimen de genocidio, el autor es culpable sólo cuando ha perpetrado uno de los actos comprendidos en el artículo 2(2) del Estatuto, con la clara intención de destruir, en todo o en parte, un grupo particular. El autor es culpable porque sabía o debía haber sabido que el acto en cuestión destruiría, en todo o en parte, al grupo.

521. *Más precisamente*, para que cualquiera de los actos del artículo 2(2) del Estatuto sea elemento constitutivo de genocidio, debe haberse cometido contra uno o varios individuos, porque éste o estos individuos eran miembros de un grupo específico, *y debido a su pertenencia al grupo. Por lo tanto, la víctima no es escogida por su identidad individual, sino a causa de su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*. La víctima del acto es un miembro del grupo, elegido como tal, lo que significa finalmente que la víctima del crimen de genocidio es el propio grupo y no solamente el individuo³⁸.³⁹ (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior, a juicio de la Corte, fue justamente lo que se presentó en Ruanda con el intento de exterminio de los miembros de la etnia Tutsi:

“124. Todo esto prueba, en opinión de la Sala que el objetivo era un grupo bien particular, el grupo étnico tutsi. *Es claro que las víctimas*

³⁸ Al respecto, ver Nehemiah Robinson, “*The Genocide Convention. Its Origins as Interpretation*”, p. 15, que declaró que las víctimas como individuos “*son importantes no per se, aunque si como miembros del grupo al que pertenecen*”.

³⁹ ICTR-96-4-T, Prosecutor vs. Akayesu. Sentencia de Primera Instancia del 2 de septiembre de 1998. Traducción de Rafael Prieto Sanjuán, et.al., “*Akayesu. El primer juicio internacional por Genocidio*”. Bogotá, Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Dike, 2006. El texto integral de la Sentencia puede consultarse en la página oficial de Internet del Tribunal: <http://www.ictr.org/default.htm>

*no fueron elegidas debido a su identidad personal, sino a su pertenencia a tal grupo. Las víctimas fueron en definitiva elegidas como miembros del grupo como tal. Según Alison Desforges, en su testimonio, se asesinaba a los tutsi por el único hecho de haber nacido tutsi*⁴⁰. (Resaltado fuera de texto).

- En la misma dirección, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia se ha pronunciado en varias oportunidades frente a los ataques contra musulmanes y croatas bosnios, insistiendo en que la pertenencia al grupo es uno de los rasgos característicos y esenciales para la tipificación del genocidio.

En el caso Jelisić (1999) el Tribunal advirtió que la intención específica que caracteriza el genocidio es la selección de las víctimas en cuanto sean parte del grupo cuya destrucción se pretende, de modo que la pertenencia del individuo al grupo *“es el criterio decisivo para la determinar las víctimas inmediatas del crimen de genocidio”*. Ello sirvió de base para absolver al procesado de la comisión de ese delito, pues aunque mató arbitrariamente no se probó el dolo especial relacionado con la escogencia de la víctima por razón de su pertenencia al grupo con la clara intención de destruirlo. Sostuvo al respecto:

*“67. La intención especial que caracteriza al genocidio supone que el presunto autor del crimen selecciona a sus víctimas porque son parte de un grupo que él está buscando destruir. En caso de que el objetivo del autor o autores del delito sea destruir el grupo en su totalidad o en parte, la “pertenencia del individuo a un grupo particular es el criterio decisivo para determinar las víctimas inmediatas del crimen de genocidio más que la identidad de la persona”*⁴¹.⁴² (Resaltado fuera de texto).

En el caso Kuprškić (2000) el Tribunal reiteró que los ataques por genocidio deben ser perpetrados contra individuos a causa de su pertenencia al grupo protegido:

⁴⁰ Ídem. ICTR-96-4-T, Prosecutor vs. Akayesu.

⁴¹ ILC Draft Articles, p. 88; the same comment was made by Pieter N. Drost, based on the preparatory works of the Convention, in *The Crime of State, Genocide*, A.W. Sythoff, Leyden, 1959, p. 124.

⁴² TPIY, Case No. IT-95-10-T, Sentencia del 14 de diciembre de 1999 (Traducción libre).

“636. Como se indica anteriormente, el requisito del *mens rea* para la persecución es superior que al de los ordinarios delitos contra la humanidad, aunque inferior al de genocidio. En este contexto, la Sala de Primera Instancia desea subrayar que la persecución como crimen de lesa humanidad es un delito del mismo género que el genocidio. Tanto la persecución como el genocidio son crímenes perpetrados contra personas pertenecientes a un grupo en particular y las cuales se convierten en objetivos a raíz de esa pertenencia. En ambas categorías lo que importa es la intención de discriminar: de atacar a personas en razón de sus características étnicas, raciales o religiosas (así como en el caso de la persecución, en razón de su afiliación política). Mientras que en el caso de la persecución, la intención discriminatoria puede asumir múltiples formas inhumanas y manifestarse así misma en una pluralidad de acciones incluyendo el homicidio, en el caso del genocidio esa intención debe estar acompañada de la intención de destruir, en todo o en parte, el grupo al cual las víctimas del genocidio pertenecen. (Resaltado fuera de texto)⁴³.

El mismo criterio fue acogido en el caso Krstic (2001) con la primera condena de ese tribunal por genocidio:

“561. En este caso, la Fiscalía y la Defensa, concuerdan en la creencia que las víctimas de genocidio deben ser el blanco en razón de su pertenencia a un grupo determinado. Ésta es la única interpretación que coincide con la intención que caracteriza el crimen del genocidio. La intención de destruir a un grupo como tal, en todo o en parte, presupone que las víctimas fueron escogidas en razón de su pertenencia al grupo cuya destrucción se solicitó.

El mero conocimiento por parte de los perpetradores, de la pertenencia de las víctimas a un grupo distinto, no es suficiente para establecer la intención de destruir al grupo como tal⁴⁴. (Resaltado fuera de texto)

Finalmente, en el caso Blagojevic (2005) el Tribunal explicó que la expresión “*como tal*”, en la configuración del tipo penal de Geno-

⁴³ TPIY, Case No. IT-95-16-T, Sentencia del 14 de enero de 2000 (Traducción libre).

⁴⁴ TPIY, Case No. IT-98-33-T, Sentencia del 2 de agosto de 2001 (Traducción libre).

cidio, se refiere al hecho de que las víctimas sean objeto de ataque por razón de su pertenencia al grupo protegido, sin perjuicio de que exista otro tipo de razones para la agresión:

“e. ‘Como tal’

669. Las víctimas del crimen deben ser el blanco por su pertenencia en el grupo protegido, aunque no es necesario que sea únicamente por razón de dicha pertenencia.

670. Como se mencionó anteriormente, la Sala de Primera Instancia resalta que la intención específica debe ser destruir al grupo como una entidad separada y distinta⁴⁵. (Resaltado no original)

7.1.3.- Las anteriores consideraciones permiten concluir que, de acuerdo con la regulación internacional y la lectura que de ella han hecho sus intérpretes autorizados, uno de los elementos estructurales del tipo penal de genocidio es la existencia de un dolo especial (*dolus specialis*), que consiste en la intención específica que tiene el agresor de destruir total o parcialmente al grupo como tal⁴⁶. En otras palabras, un componente del dolo especial del genocidio es que el perpetrador tenga el propósito principal de destrucción del grupo, de manera que el ataque ocurre precisamente porque la víctima pertenece al grupo protegido.

7.1.4.- En este orden de ideas, considera la Corte que la expresión “por razón de su pertenencia al mismo”, del artículo 101 del Código Penal, representa en realidad un ingrediente normativo subjetivo⁴⁷ que reafirma la esencia de tipo penal de genocidio según

⁴⁵ TPIY, Case No. IT-02-60-I, Sentencia del 17 de enero de 2005 (Traducción libre).

⁴⁶ “El genocidio se distingue de otros crímenes, puesto que implica especificidad del dolo o *dolus specialis*. El dolo específico de un crimen es la intención especial, requerida como elemento constitutivo del crimen, que exige que el criminal haya pretendido causar el resultado imputado. Por lo tanto, el dolo específico del crimen de genocidio reside en “la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”. ICTR-96-4-T, Prosecutor vs. Akayesu. Sentencia de Primera instancia del 2 de septiembre de 1998, párr. 498.

⁴⁷ “Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino corresponden a expresiones que pueden predicarse de cualquiera de ellos y buscan cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole

los instrumentos de derechos internacional. Así, la norma realza la necesidad de que exista un vínculo entre la agresión y el propósito o intención de destrucción del grupo protegido, que no puede ser otro que el ataque se deba a la pertenencia de la víctima al grupo nacional, étnico, racial, religioso o (en el caso colombiano) político, ante la finalidad central de destruirlo. Con ello, lejos de afectarse el principio de legalidad se asegura su plena vigencia, en la medida en que se reviste de absoluta certeza a la disposición que consagra el delito de genocidio sin alterar ninguno de los elementos estructurales del tipo penal.

La norma del código penal no desconoce el ámbito de protección del crimen de genocidio previsto en los instrumentos de derecho internacional que se integran al bloque de constitucionalidad, sino que por el contrario armoniza plenamente con dichos estándares, en los cuales la pertenencia al grupo guarda relación directa con el dolo especial (intención de destruir). En otras palabras, la expresión acusada simplemente precisa cuál es el alcance del tipo penal de genocidio, pero en nada cambia frente a la estructura de imputación prevista en el ordenamiento jurídico internacional, ni hace más restrictivo el ámbito de protección allí consagrado.

En consecuencia, el cargo por violación del artículo 93 de la Carta Política no está llamado a tener éxito y con ello se desvanece el reproche indirecto por la supuesta violación del Preámbulo y de los artículos 2º, 5º, 11, 13, 29 y 107 de la Constitución, por lo que la Corte declarará exequible la expresión impugnada.

7.2.- La dosificación punitiva prevista en la norma no riñe con los estándares internacionales sobre genocidio

La segunda acusación del demandante tiene que ver con la creación de una suerte de “*tipo privilegiado de genocidio*”. En su criterio, la norma consagra una pena (mayor) cuando el delito se comete mediante homicidio, y otra pena (menor) cuando se incurre en las demás conductas constitutivas de genocidio, lo cual no está pre-

al juez penal en todo caso, examinar su ocurrencia; es decir, valorar la conducta como delictiva”. Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 1996.

visto ni autorizado en los instrumentos internacionales antes referidos. Sin embargo, la Corte considera que esta lectura también resulta equivocada por las siguientes razones:

7.2.1.- En primer lugar, porque si bien las normas que se integran al bloque de constitucionalidad implican la obligación de consagrar medidas eficaces para prevenir y sancionar el genocidio, lo cierto es que de ellas no se deriva el deber del Estado Colombiano de fijar la misma pena para cada una de las conductas que puedan ser constitutivas de genocidio, sino una prohibición de protección deficiente (*cf.*, Fundamento Jurídico 6.3).

7.2.2.- En segundo lugar, porque no puede afirmarse que las normas de la legislación interna ofrezcan una protección deficiente en comparación con los estándares internacionales. Así, en el caso de genocidio mediante matanza, el Código Penal Colombiano consagra una pena entre 480 y 600 meses de prisión (40 y 50 años) y para los demás casos la pena prevista es de 160 a 450 meses (entre 13,3 y 37,5 años), de manera que la severidad de las penas es en ambos eventos significativa si se tiene en cuenta el máximo previsto y la ausencia de regulación internacional en este punto.

La Sala estima necesario insistir en que la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio no establece una pena mínima por la comisión de este delito. Y frente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que contempla como penas la reclusión que no exceda de 30 años o la reclusión a perpetuidad (cuando así lo justifican la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del responsable), debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 2 de 2001 autorizó expresamente un tratamiento desigual para los crímenes de competencia de la Corte, de manera que esa norma *“no faculta a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma”*⁴⁸.

Con todo, en el evento en que una conducta constitutiva del crimen de genocidio no llegare a ser sancionada en el derecho interno con el rigor que merece, es claro que en virtud del principio de complementariedad quedará abierta la posibilidad de que intervien-

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

ga la justicia penal internacional para reprimir tales conductas en el marco del Estatuto de Roma.

7.2.3.- Finalmente, considera la Sala que la diferente dosificación punitiva que prevé el artículo 101 del Código Penal, entre el genocidio cometido mediante matanza y el cometido mediante otras conductas (lesión grave a la integridad física o mental, embarazo forzoso, sometimiento de los miembros del grupo, medidas para impedir nacimientos o traslado de niños), responde al ejercicio razonable y proporcionado de la libertad de configuración del legislador en esta materia.

Aún cuando es claro que el delito de genocidio constituye en sí mismo un crimen de extrema gravedad, nada obsta para que el Legislador haya preferido adoptar un tratamiento punitivo disímil teniendo en cuenta que por su naturaleza el genocidio es un delito pluriofensivo capaz de atentar de manera simultánea contra diversos bienes jurídicos (la existencia de grupos humanos y la vida, la integridad física, la autonomía personal, la libertad y formación sexuales, entre otros). Sobre el particular, en la exposición de motivos de la precitada ley se señaló expresamente lo siguiente:

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho penal contemporáneo tienen su lugar común en la noción de bien jurídico protegido. De acuerdo con esto, *el proyecto prevé, en relación con el delito de genocidio, diferenciar dos categorías de sanciones: una, la que castiga los atentados homicidas contra los miembros de los grupos protegidos, y otra, la que castiga actos diferentes sobre la base de que los primeros deben ser sancionados con una pena mayor*”⁴⁹. (Resaltado fuera de texto).

Así pues, la imposición de penas diferentes a conductas también diferentes se ha realizado “*en el marco de la política criminal*”⁵⁰, teniendo en cuenta “*una valoración objetiva de elementos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, [así como] la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga*

⁴⁹ Gaceta del Congreso 126 del 22 de julio de 1998, p.26.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2001. Ver también las Sentencias C-226 de 2002 y C-329 de 2003, entre otras.

*en el interés general y en el orden social*⁵¹. Desde esta perspectiva, la regulación punitiva prevista en la norma se ajusta a los límites de razonabilidad y proporcionalidad trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, en tanto reprende con más severidad aquellas conductas que afectan en grado sumo el derecho a la vida como bien jurídico del cual depende el ejercicio de cualquier otro derecho.

En consecuencia, si el Legislador consideró que el genocidio mediante matanza representaba una afectación de mayor entidad frente a las demás conductas constitutivas de genocidio, su discrecionalidad resulta admisible a la luz de los estándares internacionales, en la medida en que en ningún caso desprotegió los bienes jurídicos (prohibición de protección deficiente), sino que por el contrario fijó sanciones significativas aunque con una gradualidad diferente. En concordancia con ello, estima la Sala que en este caso no tiene cabida el principio *pro-homine*, que apunta a la interpretación de las normas resulte más favorable o protectora de los derechos humanos, pues lo que se advierte es la existencia de un margen de configuración normativa ejercido de manera razonable por el Legislador.

8.- Conclusión

Las anteriores razones llevan a la Corte a concluir que las expresiones “por razón de su pertenencia al mismo”, y “la pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años”, del artículo 101 de la Ley 599 de 2000, no desconocen los estándares internacionales que se incorporan a la Constitución a través del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, se declarará su exequibilidad por los cargos analizados en esta sentencia. [...]

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencias C-1404 de 2000, C-329 de 2003.

