



LA PROTECCIÓN
DE LOS GRUPOS EN
SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
EN EL **SISTEMA INTERAMERICANO**
DE **DERECHOS HUMANOS**

MINERVA E. MARTÍNEZ GARZA • FERNANDO ELIZONDO GARCÍA

COMPILADORES

LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS
EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

MINERVA E. MARTÍNEZ GARZA • FERNANDO ELIZONDO GARCÍA
COMPILADORES



ROGELIO GARZA RIVERA
Rector

MINERVA E. MARTÍNEZ GARZA
Presidenta

CARMEN DEL ROSARIO DE LA FUENTE GARCÍA
Secretaria General

ENRIQUE HERNÁN SANTOS ARCE
JAIME GARZA GONZÁLEZ

ROGELIO VILLARREAL ELIZONDO
Secretario de Extensión y Cultura

MERCEDES JAIME DE FERNÁNDEZ
OLIVIA CHUNG VÁZQUEZ

CELSO JOSÉ GARZA ACUÑA
Director de Publicaciones

OSWALDO WENDLANDT HURTADO
Consejeros

PABLO ROJAS DURÁN
Director de Investigación y Evaluación en
Derechos Humanos

Padre Mier No. 909 poniente, esquina con Vallarta Centro, Monterrey, Nuevo León, México, C.P. 64000
Teléfono: [5281] 8329 - 4111 / Fax: [5281] 8329 - 4095
e-mail: publicaciones@uanl.mx
página web: www.uanl.mx/publicaciones

ISBN: 978-607-27-0554-8

Primera edición, 2015

© Universidad Autónoma de Nuevo León
© Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León



ÍNDICE



LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS EN

SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS



**La protección de los grupos en situación de vulnerabilidad en el
Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

ÍNDICE

Presentación	5
Minerva E. Martínez Garza	
El derecho a la igualdad, el principio de no discriminación y los grupos en situación de vulnerabilidad en México	9
Fernando Elizondo García	
México, el sistema interamericano de derechos humanos y los grupos en situación de vulnerabilidad	29
Minerva E. Martínez Garza	
Una nueva doctrina para entender los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana	41
Alexandra Sandoval Mantilla	
Derechos de las personas migrantes: algunas pautas emanadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	57
Agustín Enrique Martín y María Florencia Reggiardo	
Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	75
María Daniela Rivero	
Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	95
Jorge Calderón Gamboa	
La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas privadas de libertad: retos y avances	115
Patricia Tarre Mose	



LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS EN

SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS



PRESENTACIÓN



PRESENTACIÓN

El documento que ahora tiene en sus manos nace del firme compromiso de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León de contribuir a la creación de una sociedad justa basada en los derechos humanos. El análisis y las reflexiones contenidos en estas páginas buscan generar una discusión sobre el estado actual de uno de los derechos humanos más fundamentales e inherentes, incluso, a todo el movimiento de derechos humanos que se ha desatado a nivel internacional desde mediados del siglo XX: el derecho humano a la igualdad.

En una sociedad global como la actual, donde los límites de las ideas y las culturas se desdibujan cada vez más, resulta de la mayor importancia detenernos a reflexionar sobre la forma en que esa misma sociedad recibe y trata a todas aquellas personas que provienen de contextos diversos; particularmente de aquellos grupos de personas que históricamente se han encontrado en una profunda y grave situación de vulnerabilidad.

Mujeres, indígenas, personas con orientación sexual o identidad de género diversas, migrantes, niños, niñas y adolescentes o personas privadas de libertad constituyen algunos de los grupos que a través del tiempo se han visto en situaciones graves de desigualdad colocándolos en un estado de indefensión que los vuelve más susceptibles de sufrir violaciones a sus derechos humanos.

Afortunadamente, en años recientes, han existido numerosos esfuerzos a nivel nacional e internacional por corregir estas situaciones de discriminación estructural a las que se enfrentan diferentes grupos de personas. En ese contexto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos mediante sus informes y jurisprudencia, han contribuido a generar cambios importantes en la región para garantizar una mayor y mejor protección a los grupos de personas en situación de vulnerabilidad.

Cada uno de los capítulos de esta compilación giran en torno a dos ejes centrales: i) un análisis de la situación actual y los avances que existen en materia de igualdad, no discriminación y protección a grupos en situación de vulnerabilidad y ii) los retos pendientes que aún existen en estas materias.



La presente compilación se divide, por cuestiones metodológicas, en dos grandes apartados. El primero incluye dos artículos que buscan aportar algunas consideraciones introductorias y que presentan los hilos conductores del resto de esta publicación.

En el primer artículo, Fernando Elizondo García, abogado especialista en derechos humanos y colaborador de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, realiza un análisis general de los conceptos fundamentales que dan sentido a esta compilación: igualdad, no discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad. Con un enfoque particular en la condición de los grupos en situación de vulnerabilidad en México, el primer ensayo sirve como un texto introductorio a la materia y, además, presenta datos contundentes sobre la discriminación y la intolerancia que prevalecen en la sociedad mexicana.

En el segundo ensayo, tengo el privilegio de presentarles un breve análisis del impacto que ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el contexto de la protección a grupos en situación de vulnerabilidad en México. A través de un estudio de las sentencias que existen en contra del Estado mexicano y que incluyen personas que forman parte de algún grupo en situación de vulnerabilidad, mi intención es mostrar la forma en la que México se ha visto impactado por los criterios del Sistema Interamericano en materia de protección del derecho a la igualdad. El ensayo presenta un enfoque especial en los procesos de implementación de estas sentencias que han existido en el sistema jurídico mexicano.

El segundo apartado de la compilación recoge los análisis y reflexiones de operadores jurídicos muy importantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: abogados y abogadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta sección se compone de cinco ensayos donde se analizan los avances que han existido en el Sistema Interamericano en materia de protección a cinco grupos específicos de personas en situación de vulnerabilidad, al tiempo que se presentan opiniones sobre los retos que aún deben enfrentarse.

Alexandra Sandoval Mantilla, Agustín Enrique Martín y María Florencia Reggiardo, María Daniela Rivero, Jorge Calderón Gamboa y Patricia Tarre Moser escriben, respectivamente, sobre la situación de la protección a niños, niñas y adolescentes, personas migrantes, mujeres y personas de la comunidad LGBTI, pueblos indígenas y personas privadas de libertad. A través de un análisis de la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, estos y estas brillantes abogados y abogadas nos presentan un panorama prometedor, pero con un espíritu crítico que seguro contribuirá a continuar avanzando en el camino hacia una verdadera igualdad para todas las personas.



Deseo profundamente que cada una de estas páginas despierte en usted lector y usted lectora, reflexiones profundas sobre la forma en que como sociedad nos tratamos unos a otros. Pero sobre todo, espero que lo aquí escrito pueda sembrar una semilla que impulse en usted las ganas de contribuir a crear una sociedad más justa y verdaderamente igualitaria donde se reconozca plenamente la dignidad inherente de todas las personas sin distinción alguna.

Minerva E. Martínez Garza

Presidenta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León



EL DERECHO A LA IGUALDAD, EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN MÉXICO

Fernando Elizondo García*

Sumario: I. Introducción; II. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación; III. Grupos en situación de vulnerabilidad; IV. Los grupos en situación de vulnerabilidad en México; V. Conclusiones.

I. Introducción

Se vive en un mundo cada vez más conectado y a su vez más diverso. Las tecnologías de la información han permitido superar, en muchos aspectos, las barreras impuestas por el tiempo y el espacio para la transmisión de la información y el conocimiento. Al mismo tiempo, los nuevos métodos de transporte han generado grandes movimientos de personas e ideas que crean sociedades cada vez más heterogéneas. Todo esto tiene como resultado que las sociedades modernas están más y más expuestas a ideas y formas de vida distintas a las que tradicionalmente se han conocido. Se está ahora en una verdadera era global caracterizada por la diversidad.

Desafortunadamente, se vive también en una sociedad dividida. No es raro leer en los medios sobre actos de violencia, discriminación e intolerancia cometidos por un grupo en contra de otro. Por ejemplo, los niveles de xenofobia, racismo, misoginia siguen siendo bastante elevados en la mayoría de las sociedades. Problemas como el racismo hacia las personas afrodescendientes en Estados Unidos se pensaban superados desde hace décadas, sin embargo, eventos de años recientes demuestran que esto no es así.

En este sentido, resulta fundamental escribir y discutir sobre el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Si bien no son conceptos nuevos, las necesidades de esta sociedad hiper conectada obligan a no apartarse de su estudio. El presente artículo tiene por objeto analizar estos conceptos en relación con los grupos en situación de vulnerabilidad en México.

El primer apartado refleja el entendimiento del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación a partir de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En este apartado se hace un argumento sobre el carácter de derecho humano fundamental del derecho a la igualdad y su implicación en el



disfrute de otros derechos. Adicionalmente, se explica lo que se entiende como discriminación y su diferencia con el concepto de distinción.

El segundo apartado retoma la idea de discriminación del primero y profundiza en el concepto de discriminación estructural, ello con la intención de explicar lo que se entiende por un grupo en situación de vulnerabilidad. En esta sección se explica la diferencia que existe entre un caso aislado de discriminación y aquellas situaciones en las que ciertos grupos son históricamente excluidos y discriminados. Además, en este apartado se explica la consecuencia jurídica que tiene la identificación de una diferencia de trato para un grupo en situación de vulnerabilidad en la forma del test de escrutinio estricto.

Finalmente, el tercer apartado contiene un análisis de la condición de los grupos en situación de vulnerabilidad en México. A partir de algunos instrumentos y estudios publicados por dos instituciones (el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y Parametría) se busca exponer las impresiones de la sociedad mexicana en torno a la diversidad y a las personas que forman parte de ciertos grupos para demostrar los altos niveles de intolerancia y discriminación que persisten en la sociedad mexicana.

II. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación

El derecho a la igualdad ante la ley posee una importancia fundamental en relación con el cúmulo de derechos que hoy se conocen como derechos humanos. Es ampliamente aceptado que el movimiento del derecho internacional de los derechos humanos surge a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Fueron precisamente los horrores de este periodo histórico lo que motivó a la comunidad internacional a reconocer “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”¹. Así, los derechos humanos pasaron de ser concesiones de los gobiernos nacionales, a prerrogativas inherentes a cada persona por el simple hecho de ser persona.

En ese sentido, la noción de igualdad se muestra como una parte esencial de la justificación *iusnaturalista* que comenzó a otorgarse a los derechos humanos en el plano internacional. Si los derechos corresponden a todas las personas por el hecho de serlo, resulta lógico entonces que todos los seres humanos, sin distinción alguna, deben tener los mismos derechos. La igualdad sería entonces una consecuencia lógica de la fundamentación natural que

*Licenciado en derecho por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey y maestro en derecho con concentración en derechos humanos por la escuela de derecho de la Universidad de Harvard.

¹ OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Preámbulo.



se atribuye a estos derechos. En sentido contrario, negar a una persona un determinado derecho, sería tanto como negarle su calidad de ser humano pues, nuevamente, es esta la que le otorga la capacidad de ser titular de derechos humanos.

Desde el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la igualdad ha merecido un lugar destacado en el catálogo de derechos. Como prueba de ello, basta con ver el preámbulo del primer documento de carácter internacional que reconoció y estableció una lista de derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El primer párrafo del preámbulo establece:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.”

De manera similar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada algunos meses después de la Declaración Americana, retoma un lenguaje casi idéntico al de esta última y lo plasma en su artículo primero:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

No se puede considerar casualidad que los dos primeros documentos que surgen en el movimiento internacional por el reconocimiento de los derechos humanos, coloquen en un lugar tan importante la noción de la igualdad de dignidad y derechos que tienen todos los seres humanos. Además, pareciera que ambas disposiciones consagran una obligación para todas las personas: comportarse fraternalmente los unos con los otros en la medida que todas las personas tienen la misma dignidad y los mismos derechos. Desafortunadamente, y tal y como se mostrará más adelante, estas palabras distan mucho de ser algo más que palabras en una hoja.

Anteriormente se ha referido que el derecho a la igualdad ocupa un lugar importante dentro del cúmulo de derechos humanos reconocidos a nivel internacional. Si bien no se deja de lado el principio de indivisibilidad de los derechos que reconoce que no puede haber grupos ni jerarquías de derechos, en la práctica se encuentra que se han desarrollado criterios que reconocen cierto grado de importancia a ciertos derechos. Así por ejemplo se encuentran los llamados núcleos inderogables de derechos contenidos en muchos tratados internacionales de derechos humanos,



así como de constituciones de varios países, que establecen una lista de derechos que jamás podrán ser derogados, incluso en estados de emergencia.

Otro ejemplo se puede encontrar en la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) en relación con el derecho a la vida. En el caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala*, la Corte sostuvo que:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”².

De manera similar, el derecho a la igualdad también pudiera considerarse como un “derecho humano fundamental” en el sentido en que entiende la Corte ese concepto. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha desarrollado una teoría análoga al referirse a la igualdad:

“[s]ignifica que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos”³.

El derecho a la igualdad es entonces, al igual que el propio derecho a la vida, un derecho humano fundamental en la medida en que su goce “es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos”. Cuando un Estado no garantiza la igualdad de todas las personas sujetas a su jurisdicción puede transformar cualquier derecho en letra muerta para una persona o grupo de personas en particular. Piénsese por ejemplo en los tiempos en que las personas afrodescendientes eran consideradas esclavas y ello era permitido por la ley. Negarles a este grupo de seres humanos el reconocimiento de sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de la población, se tradujo en una negación misma de su propia humanidad. Así, de manera

² Corte IDH, Caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párr. 144.

³ *African Commission of Human and Peoples’ Rights, Communication No: 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, parr. 63*. Traducción obtenida de Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.



similar al derecho a la vida, la negación del derecho a la igualdad no solo puede afectar la capacidad de disfrutar muchos otros derechos, sino que puede traducirse en una deshumanización absoluta de la persona.

La Corte, al pronunciarse sobre el derecho a la igualdad, ha resaltado también la relación que existe entre este concepto y una noción de dignidad inherente a la naturaleza del ser humano, al tiempo que muestra la relación entre éste y el principio de no discriminación. En ese sentido se pronunció la Corte al decir que:

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

Dicho de otro modo, la Corte también sostuvo que:

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (supra párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”⁵.

Así, el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran estrechamente ligados. Tal como lo sostuvo la Corte, es precisamente en función del

⁴ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 87.

⁵ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. (En adelante: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*) Párr. 83.



reconocimiento de que todas las personas son iguales ante la ley, que es posible afirmar también que no se puede tratar discriminadamente a una persona o a un grupo de personas.

Incluso, la Corte al referirse a la importancia de estos dos conceptos llegó a afirmar que ambos forman parte ya del dominio del *ius cogens*⁶:

“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”⁷.

Además, la Corte ha referido que la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna y en una base de igualdad, entraña dos tipos de obligaciones: una positiva y otra negativa. Por un lado, en virtud de la concepción negativa:

“[L]os Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”⁸.

Por otro lado, la vertiente positiva de la obligación antes referida obliga a los Estados:

⁶ De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en derecho internacional público una norma de *ius cogens* “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 100.

⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Párr. 103.



“[A] adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁹.

En este punto es importante explicar qué se entiende por discriminación. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁰. En mayor o menor medida, este concepto se ha reproducido en numerosas sentencias internacionales, así como en algunos instrumentos internacionales de carácter vinculante.

En el contexto mexicano, el martes 14 de agosto de 2001 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) mediante la cual se adicionó un tercer párrafo que establecía:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

En 2011, el mismo artículo fue reformado para cambiar algunos términos en la lista de categorías por las cuales se prohíbe la discriminación de manera expresa para quedar como sigue:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

⁹ *Ibidem*, Párr. 104.

¹⁰ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos. Observación General 18: No discriminación, 1989, U.N Doc. CCPR/C/37 (10 de noviembre de 1989), Párr. 6.



Así, la CPEUM reconoce de manera expresa la prohibición de discriminación. Si bien no se hace referencia al derecho a la igualdad ante la ley, es en virtud de la prohibición de discriminación, así como de la *constitucionalización* de los tratados internacionales contenida en el propio artículo primero, que es posible afirmar que el marco normativo mexicano reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

Finalmente, al hablar de igualdad y no discriminación, es importante entender que no toda diferencia de trato puede considerarse como discriminatoria. De acuerdo con la Corte:

“El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”¹¹.

En primer lugar debe entenderse que, mientras que la discriminación se encuentra prohibida, la distinción de trato sí está permitida. Lo anterior, en virtud de que una distinción de trato encuentra su justificación en la medida en que es razonable, proporcional y objetiva. En este sentido, los Estados tienen permitido realizar distinciones de trato en su legislación, normas y otras políticas, siempre y cuando esa diferencia reúna las características antes enunciadas. No obstante, cuando la distinción se realiza de manera arbitraria, subjetiva o desproporcional, dicha diferencia en el trato se considerará discriminación y por lo tanto estará prohibida por las normas de derechos humanos.

La diferencia entre distinción y discriminación es importante pues refleja un aspecto fundamental de la igualdad: la necesidad de adoptar medidas especiales en ciertos casos para permitir que ciertas personas o grupos se encuentren en igualdad de condiciones frente al resto. Recuérdese que la prohibición de discriminación contiene una vertiente que obliga “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”. En este sentido, los Estados no solo tienen permitido, sino que están obligados a adoptar medidas diferenciadas que sean objetivas, razonables y proporcionales para corregir situaciones de discriminación que persisten en las sociedades.

¹¹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 84.



III. Grupos en situación de vulnerabilidad

No todos los casos de discriminación son iguales. Existen algunas instancias en las que un determinado grupo de personas puede ser especialmente susceptible a tratos discriminatorios por distintos motivos. Una de estas razones se relaciona con el concepto de discriminación estructural. Cuando coexisten situaciones discriminantes *de iure* y *de facto*, tanto histórica, política y jurídicamente, en perjuicio de ciertas categorías sociales estructuradas dentro de una sociedad, se genera una condición de vulnerabilidad que tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico¹². Lo anterior ha sido definido por la Corte como discriminación estructural. Estas situaciones pueden provocarse por la emisión de leyes, disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como por actuaciones y prácticas de funcionarios estatales¹³.

En otras palabras, cuando en una determinada sociedad coexisten situaciones de discriminación que se encuentran enraizadas en la cultura, las normas y la propia historia social, la discriminación se vuelve estructural y resulta particularmente perversa. En primer lugar, las situaciones de discriminación estructural son más difíciles de eliminar en la medida en que son más difíciles de detectar. Debido a que en estos casos la discriminación se encuentra profundamente inmersa en las instituciones sociales, esta pasa desapercibida. Así, la discriminación se encuentra normalizada y es socialmente aceptada pues forma parte de la idiosincrasia de un pueblo.

En otros casos, cuando la discriminación es estructural y esta sí es perceptible, los procesos de cambio necesarios para eliminarla son mucho más difíciles. Cuando una norma es discriminatoria, basta con cambiar la norma para eliminar la fuente de la discriminación. Sin embargo, cuando esta forma parte de la propia cosmovisión social, los esfuerzos para su erradicación deben implicar necesariamente una serie de medidas dirigidas al cambio social; cambio que en la mayoría de las veces es complicado pues enfrenta siempre mucha resistencia.

Al hablar de discriminación, algunos autores le refieren como una práctica hasta cierto punto natural del ser humano:

“Se trata de una práctica humana que proviene tanto del origen animal de la especie como de la capacidad intelectual que, al mismo tiempo, es característica del ser humano. Se construye a partir de la habilidad para distinguir lo que cada cual tiene de común o de distinto; luego, esta carga valorativa es vitalizada por la voluntad que

¹² CoIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Párr. 112.

¹³ *Ibidem*, Párr. 103.



lleva a actuar, positiva o negativamente, hacia aquellas personas asumidas como diferentes”¹⁴.

El sociólogo Max Weber bautizó este fenómeno de exclusión como “el cierre social”. El cierre social “se refiere a la acción conjunta de los poderosos para marginar a las personas menos aventajadas de aquellos beneficios obtenidos por la obra o la tarea celebrada de manera conjunta”¹⁵. Detrás de la idea del cierre social se encuentra una función que pareciera ser natural del ser humano para distinguir ciertos grupos de personas y excluirlos de bienes o servicios que existen en la colectividad. En muchas de estas ocasiones, la exclusión se explica en razón de la escasez de los bienes que están en juego¹⁶, aunque esto no siempre es así.

Un presupuesto importante del cierre social es precisamente la capacidad de distinguir entre diferentes grupos de personas hacia fuera o hacia dentro de una misma comunidad. En otras palabras:

“Para ser eficaz, el cierre social debe poder identificar, de manera simple, a las personas pertenecientes a cada grupo. Todo ello a partir de elementos de información exhibidos, en principio, como objetivos y, de ser posible, aceptados sin discusión por todas las partes. El estigma se presenta como piedra de toque para el discurso de la exclusión promovido por el cierre social. Es una señal o marca colocada sobre quien se pretende marginar [...]”¹⁷.

En este sentido, la noción de cierre social se basa, en un primer momento, en la capacidad de distinguir a ciertas personas o grupos de personas del resto de la colectividad. Estos motivos para distinguir pueden basarse en cuestiones físicas que son claramente apreciables por los sentidos, en rasgos del comportamiento de estos individuos o en cuestiones más subjetivas como las creencias o ideas de dichos sujetos. En un segundo momento, estos grupos de personas que se describen como “distintos” son asignados a ciertas ideas o cargas valorativas negativas, cerrando así el ciclo de discriminación y exclusión. Dicho de otro modo:

“Cuando un grupo humano ha sido estigmatizado con argumentos tales como “a las mujeres no les interesa la política”, “los indios son flojos”, “los indios son peligrosos”, “los homosexuales corrompen a la juventud” o “las trabajadoras del hogar son

¹⁴ De la Madrid, Ricardo (Coord), *Reporte sobre la Discriminación en México*, México, CIDE-CONAPRED, 2012, pp. 17-18.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.



abusivas”, se produce entonces la justificación social que permite a los aventajados el usufructo del cierre social para beneficio suyo; al mismo tiempo que juega en perjuicio de las y los potenciales discriminados”¹⁸.

Este proceso de distinción y exclusión referido como el cierre social, trae como resultado lo que anteriormente se ha referido como discriminación estructural:

“De esta manera es como las prácticas discriminatorias tienden a permear todos los ámbitos de la vida en sociedad, el espacio público y también el que se reserva a lo privado. Es decir, que la discriminación toma un carácter estructural sobre los ámbitos económico, estético, político, el de la diversión, el esparcimiento, el humor, la religión, la familia, la intimidad o lo amoroso, por mencionar sólo algunos”¹⁹.

Esta explicación sociológica de la discriminación estructural refuerza la idea de lo difícil que es corregirla. En la medida en que esta se encuentra inmersa en los propios procesos sociales bajo los cuales se funciona como sociedad, las acciones para combatirla y corregirla representan esfuerzos mayúsculos.

En el mundo no existe una lista cerrada de los que se consideran en situación de vulnerabilidad. No obstante, un buen punto de partida para identificarlos son las listas de categorías, bajo las cuales se prohíbe la discriminación, contenidas en los instrumentos normativos nacionales e internacionales. Aún así, la propia redacción de estas clasificaciones como listas enunciativas más no limitativas refleja el constante cambio y la subjetividad temporal, geográfica y cultural a la cual se encuentran sujetas. Así también lo ha entendido la Corte al establecer que:

“Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana (CADH), no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva

¹⁸ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.



de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”²⁰.

Es precisamente esta relatividad lo que dificulta la caracterización de aquellos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Por ello, un análisis para determinar el grado de vulnerabilidad de un grupo debe hacerse partiendo siempre, en primer lugar, de una identificación clara del contexto temporal, cultural, geográfico, político, jurídico y social en el que se realiza el análisis.

Jurídicamente, la identificación de estos grupos tiene una consecuencia importante en el análisis de las medidas que pueden considerarse como distinciones o discriminaciones en razón de su justificación. Así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México al establecer que:

“[...] cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello”²¹.

Del mismo modo se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) al explicar los elementos que deben acreditarse en un análisis de escrutinio estricto de medidas de distinción basadas en categorías protegidas:

“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

²⁰ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 85.

²¹ Tesis 1a./J. 66/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre 2015.



suerte de “categorías sospechadas”. En este caso, se debe demostrar [1] que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, [2] que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y [3] que este 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”²².

De este modo, la identificación de grupos en situación de vulnerabilidad resulta relevante no solo desde el punto de vista sociológico; sino que además tiene implicaciones jurídicas importantes. Al reconocer el especial grado de vulnerabilidad al que se enfrentan aquellos grupos que han sido históricamente discriminados, el derecho ha desarrollado una fórmula que busca protegerles. Así, el test de escrutinio estricto obliga a los Estados a tener una justificación especialmente importante al momento de establecer una medida de distinción que trate de manera diferenciada a estos grupos.

Desafortunadamente, el test de escrutinio estricto solamente sirve para analizar las medidas gubernamentales que pudieran ser fuente de discriminación para los grupos en situación de vulnerabilidad. Ya se ha mencionado cómo la discriminación estructural se encuentra enraizada en distintas estructuras, siendo la jurídica solo una de ellas. Por ello, aunque resulta importante el tratamiento diferenciado que jurídicamente se hace de los grupos en situación de vulnerabilidad, estos siguen desprotegidos frente a las fuentes sociales y culturales de la discriminación estructural.

IV. Los grupos en situación de vulnerabilidad en México

De acuerdo con el Reporte sobre la Discriminación en México 2012 “[...] la discriminación en México tiene múltiples y complejos orígenes y expresiones que es necesario conocer a fondo para enfrentarla más eficazmente. Si persiste la discriminación es porque está muy enraizada en las estructuras sociales, políticas, económicas, culturales, jurídicas, estéticas, etc.”²³. En otras palabras, se está frente a una situación de discriminación estructural. Este reporte reconoce que en los últimos años, México ha emprendido una serie de esfuerzos institucionales para combatir la discriminación:

²² CIDH, Informe temático *Acceso a la Justicia para la Mujeres víctimas de la Violencia en América*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Adoptado el 20 de enero de 2007, párr. 83.

²³ De la Madrid, Ricardo (Coord), *op. cit.*, p.10.



“[D]urante la última década de historia mexicana, el Estado y la sociedad han invertido notable esfuerzo y recursos para enfrentar la discriminación. Nunca antes en la historia del país, como durante los últimos tiempos, se habían multiplicado con tal intensidad las leyes, las instituciones y los organismos públicos dedicados a enfrentar la desigualdad; de ahí que resulte necesario atender la paradójica percepción de ineficacia”²⁴.

Sin embargo, el Reporte sobre la Discriminación en México también afirma que “un segmento amplio de la población mexicana se percibe tratado con desigualdad por obra de la autoridad, la ley y las personas”²⁵.

La Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, ENADIS 2010, elaborada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, refleja algunos aspectos de este “sentir nacional sobre discriminación”, particularmente, en relación con algunos grupos en situación de vulnerabilidad. La ENADIS 2010 es el resultado de la aplicación de distintos instrumentos en 13 mil 751 hogares de las 32 entidades federativas del país, que arrojaron resultados sobre 52 mil 95 personas. Algunas de estas personas fueron entrevistadas en general sobre valores, actitudes y prácticas respecto a la discriminación; mientras que otras, pertenecientes a algún grupo en situación de vulnerabilidad, fueron cuestionadas sobre sus percepciones, actitudes y valores sobre la discriminación y las condiciones de su grupo vulnerable²⁶. A continuación, se presentarán algunos de los resultados de la ENADIS 2010 con la finalidad de mostrar un reflejo de lo que ocurre con los grupos en situación de vulnerabilidad en México desde una perspectiva social.

La ENADIS 2010 preguntó a las personas si permitirían que vivieran en su casa personas de ciertos grupos comúnmente asociados con algún estigma²⁷.

²⁴ *Ibidem*, p. 13.

²⁵ *Ibidem*.

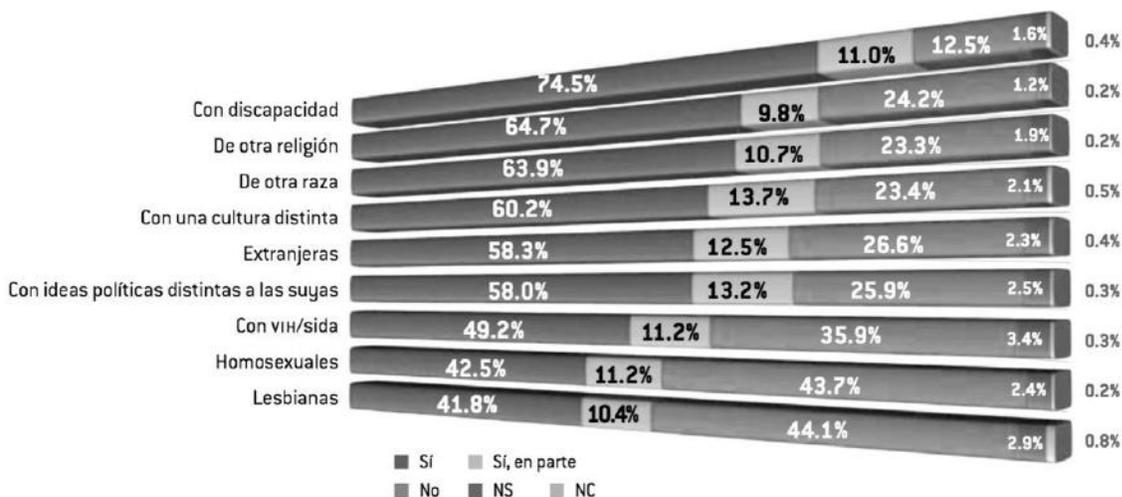
²⁶ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, 2010, Resultados Generales*, México, CONAPRED, 2010, pp. 13-14.

²⁷ *Ibidem*, p. 22.



TOLERANCIA

¿Estaría dispuesto o no estaría dispuesto a permitir que en su casa vivieran personas ... ?



De acuerdo con los resultados, el grupo que se concibe como el más “aceptado” en los hogares mexicanos es el de personas con discapacidad, mientras que el menos aceptado es el de mujeres lesbianas. Así, de cada 10 personas entrevistadas, una de ellas no permitiría que personas con discapacidad vivieran en su casa, mientras que 4 personas no permitirían lo mismo para una mujer lesbiana.

Sobre este punto, la ENADIS encuentra una importante relación entre la aceptación a la diversidad y la escolaridad de las personas. Como se observa en la siguiente gráfica²⁸, los niveles de expresión de tolerancia a la diversidad aumentan conforme aumenta la escolaridad de las personas entrevistadas.

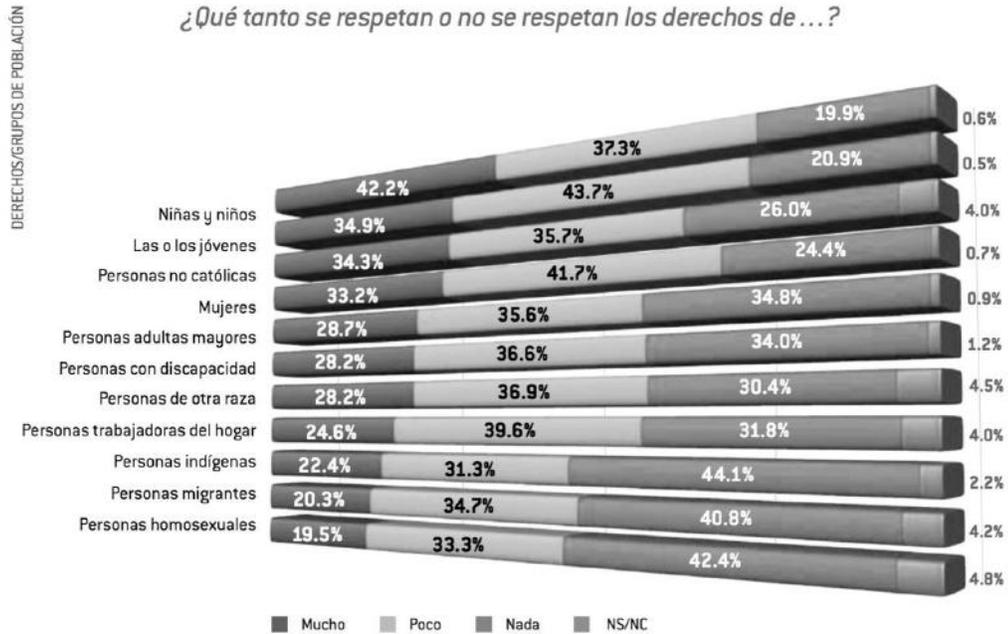
²⁸ *Ibidem*, p. 23.



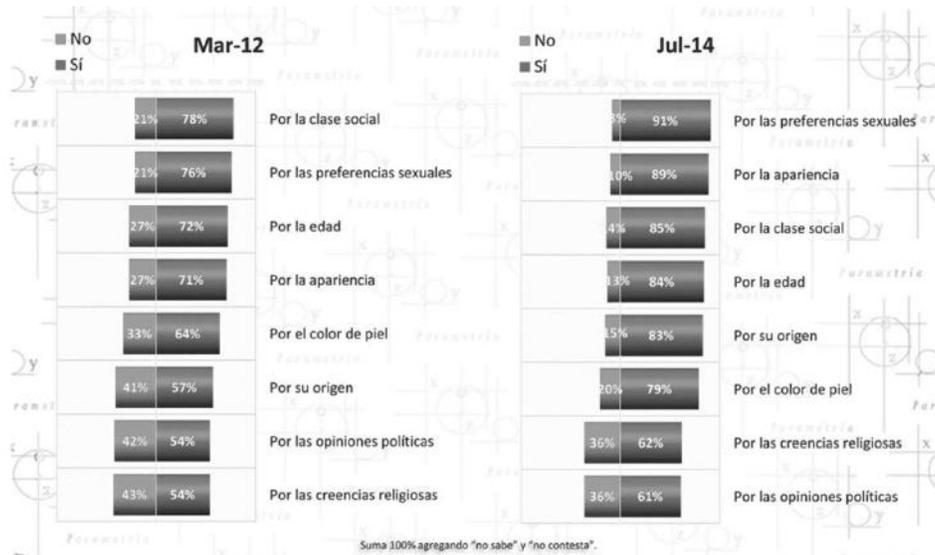
La gráfica desagrega la información de las personas que respondieron “no” a la pregunta anterior sobre permitir a determinadas personas vivir en su casa por el grado de escolaridad. Así, por ejemplo, del 44.1% de personas que afirmaron no permitirían a una mujer lesbiana vivir en su casa, el 39.5% tiene estudios de primaria o menos, el 30.1% de secundaria, el 21.7% de preparatoria y solo el 8.7% estudios de universidad. La repetición de este patrón en todas las categorías permite afirmar que la educación es una herramienta importante para combatir la intolerancia hacia la diversidad.

La ENADIS 2010 también preguntó a las personas qué tanto consideran que los derechos de ciertos grupos son respetados en México²⁹. Los resultados son alarmantes pues ninguna de las categorías alcanzó siquiera el 50% de personas que creen que los derechos de estos grupos se respeten. Como se observa en la siguiente gráfica, el grupo que más se cree que es respetado es el de niñas y niños. Aún así, tan solo el 42.2% de las personas encuestadas consideró que los derechos de niñas y niños se respeten mucho, es decir solo 4 de cada 10 personas creen que los derechos de la infancia se respetan en México. Por su parte, las personas sexualmente diversas son las que enfrentan el menor nivel de respeto. De acuerdo con la encuesta solo 2 de cada 10 personas creen que en México se respetan mucho los derechos de las personas gays o lesbianas.

²⁹ *Ibidem*, p. 36.



En 2012 y 2014, Parametría elaboró una encuesta similar sobre las percepciones de discriminación en México³⁰. Aunque la muestra, la metodología y las categorías por las que se preguntó no son las mismas que la ENADIS 2010, es interesante observar cómo los resultados son bastante similares en algunos casos.



³⁰ Parametría. ¿Por qué razones se discrimina en México? Carta Paramétrica, 2014, http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4741



Por ejemplo, en la ENADIS 2010 un 75% de las personas encuestadas consideró que en México se respetan poco o nada los derechos de las personas homosexuales. Por su parte, en 2012, Parametría encontró que un 76% de las personas consideraron que en México se discrimina por las preferencias sexuales. Ese número ha aumentado drásticamente en 2014 para reflejar un 91% de personas que consideran que las preferencias sexuales son motivo de discriminación en México.

Los resultados de la ENADIS 2010 y del estudio realizado por Parametría en 2014 muestran una sociedad donde más del 50% de la población considera que existe discriminación en México. Esos números son verdaderamente alarmantes.

En el caso de mujeres, la ENADIS también contiene los resultados de encuestas específicas realizadas a mujeres con la finalidad de conocer sus impresiones respecto a los problemas que enfrenta este grupo. Por ejemplo, “[d]e la población de mujeres, 56% está de acuerdo con la idea de que *en México no se respetan los derechos de las mujeres*. Los porcentajes disminuyen para quienes tienen una postura en contra: 22.1% está en desacuerdo con esa idea”³¹.

En general, la información que existe en relación con las percepciones de discriminación en México presenta un panorama gris para las personas que forman parte de algún grupo de situación de vulnerabilidad. Los niveles de intolerancia hacia las personas que son excluidas del cierre social en México son bastante preocupantes. Esto demuestra que aunque en años recientes ha habido numerosos esfuerzos institucionales para combatir la discriminación y proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad, la sociedad mexicana continúa siendo ampliamente discriminatoria.

V. Conclusiones

El derecho humano a la igualdad es un derecho humano fundamental. La negación del disfrute de este derecho no solo puede resultar en afectaciones para el disfrute de otros derechos humanos, sino que incluso puede constituir una negación de la propia humanidad de una persona o grupo de personas. Lo anterior debido a que es la propia dignidad inherente de los seres humanos lo que sirve como fundamento para afirmar que todas las personas merecen un trato igual frente al resto de los seres humanos.

³¹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *op. cit.*, p. 43.



Correlativamente, en la medida en que todas las personas tienen el derecho a ser tratadas como iguales, se prohíben los tratos discriminatorios. La discriminación, entendida como una distinción de trato que no tiene una justificación objetiva, razonable y proporcional, se encuentra prohibida incluso como una norma de *ius cogens*, es decir, como una norma fundamental que no admite otra norma en contrario.

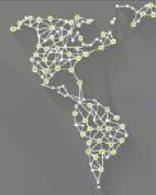
No obstante, no todos los casos de discriminación son iguales. Mientras que a veces la discriminación se presenta como un hecho aislado, existen otras situaciones en las que ésta se encuentra inmersa en las estructuras jurídicas, políticas, sociales, culturales y religiosas.

Estos casos, conocidos como discriminación estructural, son particularmente perversos en la medida en que resulta particularmente complicado combatir todas las fuentes de donde proviene la discriminación, especialmente cuando se trata de nociones culturales, ideas y valores que forman parte de la idiosincrasia de una determinada sociedad.

En la práctica, la discriminación estructural coloca a ciertas personas o grupos de personas en situaciones de especial vulnerabilidad. Este concepto, al que Max Weber bautizó como el cierre social, explica cómo los grupos sociales, a partir de prejuicios y estereotipos, conciben categorías de personas basadas en criterios objetivos o subjetivos a los cuales se asignan cargas valorativas negativas y que posteriormente se utilizan para excluirlos del reparto de bienes.

Esta es precisamente la situación del México actual. La sociedad mexicana es en efecto una sociedad altamente intolerante a la diversidad. Los resultados de la ENADIS 2010 reflejan que, en general, la sociedad mexicana tiene un cierre social estrecho que excluye a diferentes grupos de personas y que a su vez los coloca en una situación especial de vulnerabilidad.

Si bien en épocas recientes han existido numerosos esfuerzos jurídicos y políticos para crear normas e instituciones que combatan la discriminación y que fomenten la inclusión y la tolerancia, existe aún un largo camino por recorrer. Es importante partir de nuestras propias creencias y los estereotipos que están inmersos en la idiosincrasia mexicana para combatir la discriminación en México. Es importante dirigir y redoblar los esfuerzos educativos que permitan acabar los prejuicios sociales. Solo así se podrá aspirar a garantizar una verdadera igualdad para todos aquellos grupos en situación de vulnerabilidad.





MÉXICO, EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Minerva E. Martínez Garza*

Sumario: I. Introducción; II. Consideraciones generales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; III. Los grupos en situación de vulnerabilidad en casos mexicanos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; IV. Conclusión.

I. Introducción

La necesidad de crear un sistema regional de protección a los derechos humanos se remonta a principios del siglo XIX. Así, la urgencia de los Estados americanos por proteger los derechos humanos inicia mucho antes que los demás sistemas regionales (europeo o africano) e incluso es previa a la creación del sistema universal de protección de los derechos humanos¹. Probablemente, la insistencia en apropiarse del paradigma de los derechos humanos en tierras americanas, y que contrasta con la demora para hacerlo en otras regiones, promovió la creación de una alianza regional para articular la organización social y de derecho de los estados americanos.

Sin embargo, es importante resaltar que siempre los procesos de creación de alianzas internacionales se tornan difíciles porque implican consensos políticos que contrastan con la pluralidad discursiva y la diversidad cultural de las regiones que las integran. En este contexto, pasó aproximadamente un siglo para que los Estados de la región americana crearan un organismo –la Organización de los Estados Americanos (OEA)– que reuniera a la mayoría de los países para dialogar acerca de los problemas que los vinculan en materia de democracia, derechos humanos, seguridad y desarrollo.

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, con Maestría en Ciencias Penales y Licenciatura en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

¹ El primer congreso de los Estados Americanos fue realizado en 1828, considerado como el primer intento por crear una alianza entre los estados americanos y en el que México fue un Estado participante. Véase “Introducción a la Organización de los Estados Americanos”, Capítulo I. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_Luis_Toro.pdf (consultado el 14 de mayo de 2015).



La OEA tiene su documento fundacional en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948², que la caracteriza como un organismo regional que también formaría parte, como bloque, de la Organización de las Naciones Unidas con la finalidad de lograr un orden de paz y de justicia, fomentar la solidaridad, robustecer la colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia de manera coordinada y armónica con la autonomía del resto de los Estados³. Estas finalidades las lleva a cabo mediante diferentes órganos, entre ellos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión), que tiene como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos⁴.

Otros fueron los documentos que se comenzaron a redactar con el objetivo de positivar los derechos humanos en la región, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambos adoptados en 1948, además de otros tratados internacionales especializados en distintas materias en derechos humanos. Durante esta época de construcción de organismos y tratados internacionales en la materia, la participación del Estado mexicano fue y sigue siendo activa y fundamental. De hecho, México formó parte del conjunto de Estados que crearon la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), principal tratado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), que determina la estructura, competencia y procedimiento tanto de la Comisión, así como de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte).

A la luz de este desarrollo del paradigma de los derechos humanos en la región, el presente artículo tiene como objetivo presentar la participación que ha tenido México en el SIDH, así como de los casos contenciosos que ha enfrentando ante la Corte y que han creado nueva jurisprudencia, especialmente en casos relacionados con grupos en situación de vulnerabilidad y la voluntad política que se ha reflejado a lo largo del tiempo a partir de la implementación de lo que se dispuso en los fallos para lograr prevenir, investigar, sancionar y reparar lo sucedido.

II. Consideraciones generales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

² OEA. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Firmado y ratificado por México el 22 de noviembre de 1948. Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 13 de enero de 1949.

³ OEA. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. 1948 y sus reformas. Artículo 1. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm (consultada el 14 de mayo de 2015).

⁴ OEA. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. 1948 y sus reformas. Artículo 106. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm (consultada el 14 de mayo de 2015).



Para entender la arquitectura y las potencialidades del SIDH, es pertinente realizar un recuento de los tratados internacionales interamericanos de los que México es un Estado parte y, también, traer a colación las obligaciones generales que se desprenden de éstos, para en un momento posterior realizar un análisis jurídico sobre lo que representan los casos que se han enfrentado ante la Corte.

México firmó y ratificó la CADH en 1981⁵, obligándose internacionalmente frente a las personas que habitan, residen o transitan en el país a respetar y garantizar sus derechos humanos según lo establecido en el artículo 1.1 de dicha Convención:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados Parte 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.

Además, México es parte de otros tratados internacionales interamericanos como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁶, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”⁷, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte⁸, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”⁹, la Convención

⁵ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Firmada y ratificada el 24 de marzo de 1981. Publicada en el DOF el 7 de mayo de 1981.

⁶ OEA. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Ratificada el 11 de febrero de 1987. Publicada en el DOF el 11 de septiembre de 1987.

⁷ OEA. *Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*. Ratificada el 16 de abril de 1996. Publicada en el DOF el 1 de septiembre de 1998.

⁸ OEA. *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*. Ratificado el 24 de abril de 2007. Publicado en el DOF el 9 de octubre de 2007.

⁹ OEA. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*. Ratificada el 12 de noviembre de 1998. Publicada en el DOF el 19 de enero de 1999.



Interamericana sobre Desaparición Forzada¹⁰, y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹¹.

Este marco normativo general –hay que señalarlo de manera clara– constituye la base para el funcionamiento del SIDH; es decir, que el goce y pleno ejercicio de los derechos humanos establecidos en la CADH y en otros tratados internacionales, necesariamente tienen como motor principal las obligaciones generales de respeto y garantía, según la jurisprudencia de la Corte, ya que de lo contrario un Estado parte podría caer en responsabilidad internacional. En este orden de ideas, es importante señalar que estas obligaciones generales han sido desarrolladas por todas las sentencias del Tribunal Interamericano, ya que al vulnerarse algún derecho establecido en la CADH, inmediatamente se transgrede una o ambas obligaciones internacionales. Para comprender lo anterior, resulta sustancial traer a colación lo que la Corte *grosso modo* ha señalado sobre dichas obligaciones.

Con respecto a la obligación de respeto, la Corte ha indicado que ésta implica necesariamente la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal¹². A propósito de la obligación de investigar, la misma Corte ha resaltado que ésta puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección¹³; es decir, que el Estado deberá de organizar todo el aparato gubernamental, y en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que se asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁴. Esta última obligación, dado que significa un *hacer* que debería estar libre de obstáculos para concretarse, implica que el Estado deberá prevenir razonablemente las violaciones a derechos humanos, investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, con el propósito de

¹⁰ OEA. *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada*. Ratificada el 9 de abril de 2002. Publicada en el DOF el 6 de mayo de 2002.

¹¹ OEA. *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Ratificada el 25 de enero de 2001. Publicada en el DOF el 12 de marzo de 2001.

¹² Cfr. Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165; y Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 259, párr. 189.

¹³ Cfr. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 73; *Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C no. 252, párr. 144; y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 259, párr. 189.

¹⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; *Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C no. 252, párr. 144 y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 259, párr. 189.



identificar a los responsables de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación¹⁵. Estos deberes fueron asumidos de manera explícita a través de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, que establece en el Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, como consecuencia del respeto y garantía del *corpus iuris* de derechos humanos, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos que se susciten.

Por otro lado, el Artículo 1.1 de la CADH, además de introducir la obligación de los Estados parte en el sentido de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas, contrae la obligación del tipo *ius cogens* de realizarlo sin discriminación alguna. Es importante resaltar que la Corte ha señalado constantemente, a través de su jurisprudencia, que esta norma posee el carácter que indica que ha sido aceptada por la comunidad internacional y que la única forma de derogarla es sustituyéndola con otra de la misma calidad. De hecho, varios han sido los casos ante la Corte que revelan las violaciones a este principio internacional de no discriminación, que no se limitan únicamente a la lista exhaustiva del 1.1, sino que pueden vincularse con todas las categorías protegidas de discriminación que sean necesarias para evitar la merma en los derechos humanos de las personas. En esta tónica, se ha indicado que el Estado, al alentar o tolerar cualquier tratamiento discriminatorio, está cayendo en un incumplimiento de las obligaciones generales y se le puede generar una responsabilidad internacional¹⁶.

Este tratamiento discriminatorio puede realizarse en dos modalidades, de *iure* o de *facto*. La primera es la que se encuentra directamente establecida en las normas o leyes de los Estados parte y genera una discriminación directa o indirecta; es decir, que las normas o leyes sean discriminatorias *per se*, o que la norma o disposición, al parecer sea neutral, pero que en los hechos genere discriminación en su aplicación. La segunda modalidad –de *facto*– significa que la discriminación se haya realizado por actos u omisiones del funcionariado público y que, bajo dicha premisa, el Estado no haya prevenido la discriminación y que, entonces, resulte como una práctica permitida.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Corte IDH, Caso *Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C no. 252, párr. 144 y Corte IDH, Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 259, párr. 189.

¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y de Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/06 de 17 de septiembre de 2006. Serie A No. 18, párr. 86.



Por lo tanto, el principio de no discriminación en la mayoría de las ocasiones se encuentra relacionado con el principio de igualdad ante la ley, ya que una de las formas en que se puede generar dicha discriminación es vulnerando este segundo principio. No obstante, que el principio de la igualdad ante la ley se deba realizar sin discriminación alguna, no implica que se deba el mismo trato para todas las personas. Es decir, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma y contraria a la dignidad humana, como ya lo ha indicado la Corte.¹⁷ Es por lo anterior, que estas distinciones de trato deberán ser razonables, proporcionales, objetivas y seguir un fin legítimo.

Lo anterior –la posibilidad de un tratamiento diferenciado que no genere exclusión o desigualdad– constituye el fundamento para que la normatividad interna de los Estados parte tenga sentido en su aplicabilidad, y que no solo la fundamentación sino la motivación argumentativa tenga una justificación legítima en una sociedad democrática que se compromete con la salvaguarda universal de los derechos humanos, pero sobre todo de quienes pertenecen a un grupo o población que histórica y socialmente ha sido construido como un grupo en situación de vulnerabilidad. Frente a estas personas, los Estados deben de adoptar una protección especial de garantías para evitar futuras violaciones, cuestión que ha sido de gran debate en países en vías de desarrollo como lo es México, donde vive una gran diversidad de personas y, por lo tanto, de necesidades que deberán protegerse, respetarse, promoverse y garantizarse.

III. Los grupos en situación de vulnerabilidad en casos mexicanos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ahora bien, al ser un Estado de la región tan diverso, en México se encuentra gran número de grupos en situación de vulnerabilidad. Aquí se entiende a la vulnerabilidad como un proceso multidimensional que ocurre sobre sujetos y colectivos de población expuestos a riesgos sociales y naturales que pueden afectar su bienestar material y no material, tanto en las condiciones actuales como en el futuro¹⁸. Al respecto, se han considerado varios grupos que han sido depositarios de la gran disparidad de condiciones en el país, a saber, las mujeres, las personas adultas mayores, con discapacidad, las y los jóvenes, las personas que pertenecen a pueblos y

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Condición Jurídica y de Derechos de los Migrantes Indocumentados*. OC-18/06 de 17 de septiembre de 2006. Serie A No. 18, párr. 89.

¹⁸ Moreno Pérez, Salvador, *La opinión pública en torno a la violencia y a la discriminación hacia diferentes grupos vulnerables en México*, Documento de trabajo No. 188, México, Centros de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Documento de trabajo No. 188, 2015, p. 2.



comunidades indígenas, así como las personas con una orientación sexual o identidad de género diversa.

En este sentido, se debe considerar que por lo menos tres de los ocho casos que México ha enfrentado ante la Corte han sido por motivos de discriminación por alguna categoría protegida que implica grupos en situación de vulnerabilidad. Por ello, a continuación, se analizarán las sentencia de los siguientes casos: 1) González y otras (“Campo Algodonero”)¹⁹, sobre la falta de debido proceso en la investigación por la desaparición y posterior hallazgo de los cuerpos de tres mujeres en Ciudad Juárez; 2) Fernández Ortega²⁰ y otros, y 2) Rosendo Cantú y otra,²¹ ambos referidos a la falta de investigación en la violencia sexual como forma de tortura infligida a mujeres que pertenecen a grupos indígenas en la Sierra de Guerrero.

Caso “Campo Algodonero”

La problemática principal del caso se centró en la falta de la debida diligencia durante la investigación y posterior sanción de los responsables por las muertes de tres jóvenes (Claudia, Esmeralda y Laura). La Corte comenzó el análisis del caso recabando información respecto del contexto cultural y legal de la zona. Entonces, los representantes de las víctimas otorgaron información oficial de organismos nacionales y estatales para visibilizar la gran discriminación que las mujeres enfrentaban cuando pretendían acceder a la justicia. En este sentido, la Corte determinó la importancia de realizar un apartado referente a la discriminación y violencia hacia las mujeres, haciendo referencia al contexto, como una forma para dilucidar las violaciones del caso.

La Corte señaló que el Estado tenía conocimiento desde la década de 1990 sobre la discriminación estructural y desproporcionada en contra de las mujeres, que incluían la desaparición de un gran número de mujeres jóvenes (niñas, trabajadoras –sobre todo en maquilas– de escasos recursos, estudiantes o migrantes). En relación con esta problemática, aunque no se reconoció una cifra oficial, si se consideró una proporción alarmante de mujeres

¹⁹ Corte IDH, Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. (En Adelante: *Caso Campo Algodonero*) Serie C No. 205.

²⁰ Corte IDH, Caso *Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

²¹ Corte IDH, Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 216.



desaparecidas, lo que visibilizó un fenómeno complejo que tuvo que ser aceptado y reconocido por el propio Estado²².

Sin embargo, aunque la Corte no haya declarado la violación a los derechos a la vida, integridad y libertad por parte del Estado a la luz de la obligación de respetar –y dado que no se podía atribuir ésta sin saber quiénes eran los responsables de dichos asesinatos–, lo que sí hizo dicha Corte a la luz de la obligación de garantía fue condenar al Estado por no cumplir con los deberes que resultan del cumplimiento de esta obligación: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

El análisis del caso fue insistente respecto de la falta de sensibilización del funcionariado público al momento de brindar su servicio a las personas. Es decir, que la discriminación estructural también era realizada por parte de las y los servidores públicos hacia las mujeres que trataban de acceder a la justicia. De hecho, la propia Corte indicó a México que las y los funcionarios, en ese momento, no tenían las herramientas necesarias, o por lo menos no lo comprobó, para recibir las denuncias con capacidad y sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de violencia hacia las mujeres, ni la voluntad de actuar de inmediato²³. Y posteriormente, advirtió que tampoco contaban con protocolos adecuados que recogieran los estándares internacionales en materia de investigación de casos relacionados con mujeres, lo que dificultó la obligación de investigar adecuadamente estos y muchos otros casos.

De hecho, se trajo a colación la forma en que fueron atendidos los casos, lo que se asoció con la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, en el razonamiento y uso del lenguaje de las autoridades. Lo que se tradujo en violencia en contra de las mujeres²⁴.

No obstante lo anterior, el Estado mexicano consciente de sus obligaciones generales, ha realizado ciertas acciones para ir paulatinamente cumpliendo con los resolutivos de las sentencias internacionales –como la presente– y, así, demostrar el interés en corregir las actuaciones que viciaron y siguen viciando el acceso a la justicia de las mujeres. En lo que atañe a la discriminación estructural, las reparaciones en el caso específico de estas mujeres y sus familias, generaron una nueva perspectiva en la aplicación de las reparaciones a los diferentes grupos en situación de

²² Corte IDH, Caso *Campo Algodonero*, párr. 121.

²³ Corte IDH, Caso *Campo Algodonero*, párr. 285.

²⁴ Cfr. Corte IDH, Caso *Campo Algodonero*, párr. 401.



vulnerabilidad. La Corte indicó que estas reparaciones deberían contener una vocación transformadora, no solo con un efecto restitutivo sino también correctivo²⁵.

Así, con el ímpetu de enmendar la discriminación estructural por parte del funcionariado público en materia de atención a las víctimas pertenecientes a este grupo, se realizó un primer *Protocolo general para la investigación de delitos con perspectiva de género*, que posteriormente fue adoptado por varias entidades de la República²⁶ con el ánimo de corregir la fallas en la investigación y de lograr la transversalización plena de la perspectiva de género. Además, está el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 2013, que forma parte de dicho compromiso.

Otro de los compromisos que surgieron de las medidas de reparación en este fallo internacional es la capacitación permanente de todas las autoridades, tanto estatales como federales. Lo anterior se ha reflejado de manera consistente en los últimos años, por ejemplo, en la estrategia del Plan Nacional de Desarrollo que exhorta a la presente administración a transversalizar la perspectiva de género en todas sus acciones²⁷; también en los cursos en línea que surgen de convenios entre la SCJN y otros organismos internacionales en materia de género y derechos humanos, así como otros cursos, talleres y diplomados que se han impartido a otras autoridades para incluir la perspectiva de género en su actuar diario y en el ámbito de su competencia²⁸.

Asimismo, se desarrollaron diversas campañas para sensibilizar no solamente a las y los funcionarios públicos en relación con la discriminación estructural de las mujeres en Ciudad Juárez, sino que se convocó a la población en general. Esta estrategia se replicó por otras entidades federativas, y se incluyó a varias instancias nacionales y estatales, como el Instituto Nacional de las Mujeres y la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

Casos Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú

²⁵ Cfr. Corte IDH, Caso *Campo Algodonero*, párr. 450.

²⁶ Cfr. Corte IDH, Caso *Campo Algodonero*, párr. 81.

²⁷ Cfr. *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*. Estrategias transversales para el desarrollo nacional. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5299465 (consultada el 2 de junio de 2015).

²⁸ Cfr. Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 21 de mayo de 2013, párr. 107 y 111.



En 2010 se condenó internacionalmente a México por la falta de la debida diligencia en las investigaciones y sanción de la violencia sexual sufrida por ambas mujeres, así como la falta de reparación del daño. Cabe destacar que, en ambos casos, las mujeres formaban parte de una comunidad indígena en el Estado de Guerrero y fueron violadas sexualmente por parte de elementos del ejército mexicano, lo que llevó, en esa época, a que las instancias que investigaran el caso fueran las castrenses.

Por un lado, no se respetaron y garantizaron sus derechos en relación con la justicia ordinaria, que tenía la obligación de llevar a cabo la investigación de los casos y abordar en ambos la violencia sexual con base en los elementos de la tortura establecidos en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Este documento ha generado una nueva jurisprudencia que considera a la violencia sexual como una forma de tortura, y en última instancia, se propone combatir la falta de perspectiva de género en las actuaciones del Estado frente a estos casos.

A partir de lo anterior, la Corte dispuso *grosso modo* que el Estado tenía que realizar las siguientes medidas de justicia: reformar la base normativa que posibilita a la justicia castrense investigar casos en los que se encuentra implicada una persona civil, además de otorgar un recurso para impugnar esta competencia; la realización de un protocolo de investigación en casos de violencia sexual; generar cursos y talleres permanentes a nivel estatal y nacional, con perspectiva de género e intercultural para la investigación diligente en casos de violencia sexual a mujeres; realizar cursos sobre derechos humanos dirigidos a las fuerzas armadas; articular campañas de concientización y sensibilización a la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena.

En atención de estas disposiciones de la Corte y consciente de la necesidad de crear una sociedad que visibilice y sea sensible frente a la discriminación hacia las mujeres, se han realizado acciones que han ido más allá de lo solicitado por el tribunal interamericano. Es decir, ha sido parte de la voluntad política de las y los funcionarios públicos atender los programas y cursos sobre la concientización en materia de género para la atención a víctimas. En este sentido, la creación de manuales y protocolos de atención, investigación, sanción y reparación con perspectiva de género comienza a ser una realidad²⁹. Finalmente –y si bien como resultado también de otro fallo

²⁹ Según lo establecido en la Resolución de la Corte IDH sobre la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, faltan siete entidades en adoptarlos.



interamericano contra México— se ha reformado el Código de Justicia Militar, aunque queda pendiente hacer explícito que esta medida se realizó con el ánimo de cumplir con la referida disposición de la Corte y en el marco de la importancia de implementar la perspectiva de género en la actuación diaria y regular del funcionariado público.

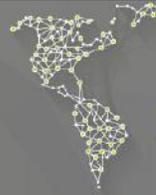
IV. Conclusión

A pesar de la historia de marginación hacia ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres o personas que pertenecen a comunidades y pueblos indígenas, no se puede pasar desapercibido que México ha dado pasos importantes, aunque aún insuficientes, en contra de la discriminación.

Prueba de lo anterior es el importante marco jurídico que se ha generado y adoptado no sólo como resultado de los fallos internacionales, sino con base en las obligaciones internacionales que *motu proprio* se han firmado con el fin de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción mexicana. En este rubro destacan las siguientes disposiciones: la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil (2011); la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (2011); la Ley de Migración (2011); la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2012); la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres (2012); la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de éstos Delitos (2012); la Ley General de Víctimas (2013), y la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2014).

Asimismo, México ha firmado y ratificado los principales Convenios y Tratados internacionales de protección a los derechos de diversos grupos en situación de vulnerabilidad; ha invitado a diversos mecanismos de promoción y vigilancia en la aplicación de los derechos humanos; y también ha participado en la entrega de información sobre la situación de derechos humanos en el país, ya sea de manera general o específica para la integración de los informes de los diversos Comités de tratados o de la Comisión..

Finalmente, las acciones en el Poder Judicial con respecto a la protección de los derechos de los diversos grupos en situación de vulnerabilidad han sido importantes. La obligación que tienen las y los juzgadores para transversalizar la perspectiva de derechos humanos ha sido loable



en tanto se han redactado fallos progresistas en el tema. En la misma línea, la constante discusión para dejar en claro el uso del control de convencionalidad por parte de las autoridades en el ámbito de su competencia, ha dejado en claro la obligación que tiene el Estado para adoptar los estándares internacionales en la materia o adecuar la legislación a los mínimos internacionales y, así, evitar la construcción de contextos de vulnerabilidad y garantizar los derechos de todas las personas.

Aún queda un largo por recorrer, por lo que se deberán fortalecer los mecanismos para la rendición de cuentas en materia de protección de los derechos humanos frente a las principales instancias internacionales pertinentes, así como el andamiaje institucional con el propósito de respetar los derechos de las personas, promoviendo la igualdad sustantiva y la no discriminación.



UNA NUEVA DOCTRINA PARA ENTENDER LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Alexandra Sandoval Mantilla*

Sumario: I. Introducción; II. Doctrina tutelar o de situación irregular vs. Doctrina de protección integral; III. Los rezagos de la doctrina tutelar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; IV. La materialización de la protección integral; V. A manera de conclusión: algunos retos que siguen pendientes de abordar.

I. Introducción

Desde sus inicios la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) ha tenido que afrontar casos relacionados con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes¹ (NNA). Famosas son sus primeras sentencias sobre el tema, tales como el caso de los “niños de la calle”², la opinión consultiva No. 17 de 2002 sobre la “condición jurídica y derechos del niño”³ o el caso del “instituto de reeducación del menor”⁴, los cuales establecieron las bases sobre la materia en el sistema interamericano y constituyeron, en su momento, grandes avances en la misma. Sin embargo, esta primera etapa de la jurisprudencia de la Corte todavía se encontraba influenciada por la doctrina “tutelar” o de “situación irregular”, la cual implicaba una visión limitada del verdadero alcance de los derechos de los NNA. Teniendo en cuenta lo anterior, la finalidad del presente artículo es mostrar como la jurisprudencia de la Corte adoptó la llamada “doctrina de protección

* Alexandra Sandoval Mantilla: Actualmente es abogada coordinadora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica. Graduada en Derecho de la Universidad de los Andes de Bogotá, Colombia y LL.M. (Master in Law) en Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Utrecht, Holanda. Ha trabajado en la Fiscalía General de la Nación de Colombia en la Dirección de Asuntos Internacionales, en el Congreso de la República de Colombia como asesora y como profesora de cátedra de la Universidad de los Andes. Asimismo, ha dictado diversas conferencias en Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, México, Paraguay y Uruguay sobre temas, tales como el sistema interamericano de derechos humanos, libertad de expresión, derechos de los niños y niñas, comunidad LGTBI, derechos reproductivos, personas con discapacidad, medidas provisionales y control de convencionalidad. Las opiniones de la autora son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

¹ Con base en el artículo 1 de la Convención sobre los derechos de los niños, en el presente artículo se entienden como niñas, niños y adolescentes “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

² Corte IDH, Caso *Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

⁴ Corte IDH, Caso *“Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.



integral” en los últimos años y exponer como este cambio impacta de manera concreta en los precedentes establecidos en la jurisprudencia de la Corte.

Para cumplir con la finalidad del artículo se realizará, en primer lugar, un breve recuento sobre las diferencias entre la doctrina “tutelar” o de “situación irregular” y la doctrina de “protección integral”. En segundo lugar, se expondrá de qué manera la jurisprudencia anterior al caso Gelman mantenía en cierto grado algunos aspectos de la doctrina tutelar. En tercer lugar, se presentará como la jurisprudencia ha acogido la doctrina de protección integral, lo cual se realizará a través de la referencia específica a cuatro principios básicos de la Convención sobre los derechos del niño (CDN). Finalmente, se indicarán algunos retos que todavía están pendientes de ser afrontados en relación con la protección de los derechos de los NNA.

II. Doctrina tutelar o de situación irregular vs. Doctrina de protección integral

Sin la intención de realizar un tratado extensivo sobre estas dos doctrinas es posible afirmar que la doctrina “tutelar” o también llamada de “situación irregular” se caracteriza principalmente por “considerar a una porción de los niños, niñas y adolescentes –posteriormente denominados menores en situación irregular– como un objeto de la protección, el control y la represión por parte de los adultos y los órganos del Estado”⁵. Esta concepción lleva implícito que el Estado ostenta una facultad amplia para intervenir frente a los menores de edad que se considera que se encuentran en situación irregular, los cuales son generalmente los NNA en abandono o infractores de la ley penal. Además, el modelo tutelar va ligado a la idea de incapacidad de los NNA, pero no solo incapacidad jurídica, sino incapacidad para discernir y para decidir sobre sus vidas⁶. Estas concepciones conllevaron modelos en que la intervención era generalmente de carácter judicial para la “protección del menor”, en los cuales los NNA no tenían participación y se daba predominancia a las medidas de privación de la libertad de los NNA. Como bien lo señala el autor Miguel Cillero, “[e]l sistema tutelar [...] “gobernó” sin contrapesos a la infancia pobre y sus familias durante gran parte del siglo XX en América y Europa”⁷.

Por su parte, la doctrina de la protección integral aparece como una nueva visión para abordar los derechos de los NNA, en la cual “[e]l reconocimiento del niño [, niña] y adolescente

⁵ Cillero, Miguel, “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, *Justicia y Derechos del Niño*, 1a. ed., Argentina, UNICEF, 2001, no. 3, p. 51.

⁶ Para mayor información sobre este punto, ver: Emilio García Mendez, “Niños y adolescentes como sujetos sociales de derechos y deberes”, en: “Presente y futuro de los derechos humanos”, Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, IIDH.

⁷ Miguel, Cillero, *op. cit.*, p. 53.



como sujeto pleno de derechos constituye el punto neurálgico del nuevo derecho”⁸. En efecto, entender que los NNA son titulares de derechos y, por ello, pueden ejercerlos según su grado de desarrollo, implica un cambio esencial del modelo anteriormente descrito, por cuanto los adultos y el Estado pierden el poder de decidir en todos los casos que es lo “mejor” para el NNA y se le reconoce que su edad no es un impedimento para ser reconocidos como verdaderos ciudadanos. En la práctica, la doctrina de protección integral conlleva, entre otras cosas, una menor intervención estatal y parental, procesos administrativos y judiciales donde es esencial la participación de los NNA y la creación de políticas públicas de prevención en aras de garantizar los derechos de todos los NNA y no solo de aquellos que se consideren en “situación irregular”.

Si bien la CDN de 1989 no hace mención expresa a la doctrina de la protección integral, es considerada como el punto de quiebre entre las dos doctrinas, por cuanto los principios rectores de la Convención están fundados en el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos. Lo anterior es relevante en el contexto del sistema interamericano, por cuanto la Corte ha reconocido que la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH) y los demás tratados del sistema deben ser interpretados a la luz del *corpus iuris* internacional de los derechos de los NNA al cual pertenece la CDN, dado que “este *corpus juris* debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas”⁹.

III. Los rezagos de la doctrina tutelar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Ahora bien, aunque la CDN es anterior a varias de las primeras sentencias relacionadas con los derechos de los NNA que emitió la Corte, y fue incluso citada y usada como base normativa en dichas sentencias, lo cierto es que algunos rezagos de la doctrina tutelar permanecieron en la primera jurisprudencia de la Corte. El ejemplo más significativo de lo anterior fue la aplicación que se realizaba del artículo 19 de la CADH. Este artículo establece:

Artículo 19. Derechos del Niño: 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.

⁸ Méndez García, Emilio, *Infancia y adolescencia – De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2007, p. 152.

⁹ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. (En adelante: *Caso Fornerón e hija*) Serie C No. 242, párr. 44.



En un inicio este artículo fue entendido por la Corte como la norma que consagraba todos los derechos subjetivos de los NNA en la CADH. Es decir que cuando se analizaba una posible violación al derecho a la vida de un niño en un caso contencioso muy seguramente no se declaraba vulnerado el artículo 4 de la CADH, que es el que consagra este derecho, sino el artículo 19. Los principales problemas de esta aproximación es que generaba confusiones respecto al alcance y contenido de los derechos de los NNA y centraba sus derechos en la obligación reforzada de garantía y protección que establece este artículo, lo cual termina siendo muy acorde con la premisa de la doctrina tutelar, según la cual los NNA son simplemente objetos de protección.

Precisamente, uno de los primeros pasos que tomó la Corte en su jurisprudencia reciente para acoger la doctrina de la protección integral fue especificar que los derechos de los niños son todos aquellos que se encuentran en la CADH y aclarar cómo debía interpretarse el artículo 19 de la CADH. Al respecto, el Tribunal indicó que:

La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto¹⁰.

En la práctica, esto implicó que actualmente la Corte al analizar un caso en que el titular del derecho es un NNA identifica en primer lugar cual es el derecho subjetivo que fue vulnerado y, posteriormente, determina si en el caso concreto debían tomarse medidas de protección especial. Lo anterior debido a que no en todos los casos será necesario que el Estado tome medidas especiales de protección cuando en el caso se halle involucrado un menor de edad. Un ejemplo de lo anterior, es el reciente caso *Gonzales Lluy*, en el cual la Corte encontró que “el Ecuador es responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida, lo cual vulnera los artículos 4 y 5 de la CADH en relación con el artículo 1.1 de la misma”¹¹. Si bien Talía Gonzales fue infectada con VIH cuando tenía tres años, los bancos de sangre deben tener exactamente el mismo cuidado en la revisión de la sangre que será transferida

¹⁰ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. (En adelante: Caso *Atala Riffo y Niñas*) Serie C No. 239, párr. 196.

¹¹ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. (En adelante: Caso *Gonzales Lluy y otros*) Serie C No. 298, párr. 191.



tanto a menores de edad como a adultos, razón por lo cual no era necesario exigirle al Estado que hubiera tomado medidas de protección especial en el caso concreto.

Además de lo anterior, el modelo tutelar se evidenciaba en el uso del lenguaje de algunas sentencias, en las cuales se hacía especial énfasis en la necesidad de protección de los NNA por su condición de vulnerabilidad, pero poco se desarrollaba la titularidad de sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Así por ejemplo la autora Mary Beloff, en su momento, realizó una crítica a la sentencia del caso de los “niños de la calle” contra Guatemala, por cuanto consideró que “lo poco que determinó [la Corte] respecto del contenido de las medidas especiales de protección refleja una concepción tutelar que la Convención sobre los Derechos del Niño pretende superar”¹², ya que la sentencia tiende a asociar las condiciones de pobreza de los niños del caso con delincuencia. Respecto a la opinión consultiva sobre la “condición jurídica y derechos del niño”, la misma autora reconoce que implicó un avance sustancial, debido a que fue la primera sentencia en que se reconoció que los NNA eran sujetos de derechos, mas resalto que ésta es “una decisión incompleta que omitió pronunciarse categóricamente sobre el artículo 19 de la CADH, tanto en términos de prestaciones positivas cuanto de límites precisos al Estado”¹³. No obstante a las anteriores críticas, cabe resaltar que estas primeras sentencias sirvieron como primeros pasos para ir adoptando la doctrina de la protección integral, razón por la cual no se pretende desproveer de importancia a estos precedentes.

IV. La materialización de la protección integral

Una vez establecido lo anterior, se procederá a analizar el cambio jurisprudencial que tuvo la Corte en sus últimos años, tomando como base cuatro principios de la CDN, que son a su vez pilares de la doctrina de protección integral, a saber: i) el interés superior del menor; ii) la autonomía progresiva; iii) no discriminación, y iv) participación.

a) Interés superior del niño¹⁴

¹² Beloff, Mary, “Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos - Cuando un caso no es “el caso”. Comentario a la sentencia Villagrán Morales”, *Justicia y Derechos del Niño*, 1a. ed., Argentina, UNICEF, 2001, no. 3, p. 39.

¹³ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Argentina, Editores del Puerto, 2009, p.188.

¹⁴ El artículo 3.1 de la CDN establece que: 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.



El interés superior de los NNA es un principio rector y transversal que ha sido utilizado para orientar las actuaciones estatales o dirimir las controversias en las cuales se encuentren involucrados los derechos de los NNA, el cual ha estado vigente incluso en el marco del modelo tutelar. En efecto, la Corte desde sus inicios ha hecho referencia a este principio al indicar que:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores [de edad], 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 edad¹⁵.

La relevancia de este principio es tal que la Corte ha manifestado que no es solo un fin legítimo, sino imperioso¹⁶, por lo que todas las actuaciones y decisiones de los agentes estatales en que se encuentren involucrados NNA, deben obedecer al mismo. No obstante a la importancia de este principio, en nombre del mismo se han cometido arbitrariedades en contra de los NNA, por lo cual “[g]eneralmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”¹⁷.

Precisamente por esto es relevante señalar que la Corte ha intentado dotar de contenido dicho principio con la finalidad de evitar un margen de discrecionalidad que termine legitimando posiciones que atenten contra el verdadero interés superior de los NNA. Al respecto, cabe señalar tres casos contenciosos, en los cuales las autoridades judiciales que adoptaron los fallos que generaron la responsabilidad internacional del Estado, fundamentaron sus decisiones en el interés superior del niño. En el primer caso, cuyos hechos se relacionan con la decisión de retirar la custodia a una madre de sus tres hijas por su orientación sexual, la Corte estableció que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados,

¹⁵ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros*, párr. 268.

¹⁷ Cillero, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, Montevideo, OEA, Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (INN), http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf



y no especulativos o imaginarios”¹⁸. En particular, la Corte indicó que “[e]l interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”¹⁹.

Posteriormente, en el caso *Forneron e hija contra Argentina*, en el cual se dio en adopción a una pareja a una niña cuyo padre biológico pedía su custodia, teniendo en cuenta, entre otros motivos, que el padre era soltero y de escasos recursos económicos, la Corte reiteró el precedente anteriormente citado. Agregó que además “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”²⁰, a la hora de establecer el interés superior del niño.

Recientemente, la Corte retomó el precedente en el caso *Gonzales Lluy* al analizar si se estaba protegiendo el interés superior de los estudiantes de una escuela al expulsar a una alumna infectada con VIH. En este caso, la Corte consideró que:

la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud²¹.

Los casos presentados anteriormente muestran como la Corte ha decidido dotar de contenido este principio y no acepta la mera referencia a éste para entender que efectivamente se está cumpliendo con la satisfacción de los derechos de los NNA, sino que exige que las afirmaciones se encuentren fundadas en hechos ciertos y probados. Además, el Tribunal ha sido tajante en afirmar que este principio no puede ser utilizado como excusa para amparar tipos de discriminación.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 109.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 110.

²⁰ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija*, párr. 50.

²¹ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros*, párr. 265.



b) Autonomía progresiva²²

Quizás una de las implicaciones de la doctrina de la protección integral que mayor causa reticencia es la autonomía progresiva con que cuentan los NNA para ejercer sus derechos. Pareciera que aceptar en abstracto que los NNA son sujetos de derechos no genera mayores controversias, pero admitir en el día a día que pueden llegar a ejercerlos de manera directa causa muchas preocupaciones, en parte porque implica una afrenta a la autoridad parental y estatal, además involucra comprometerse en serio con aceptar que la minoría de edad no implica una incapacidad absoluta. Por ello, es relevante resaltar que la Corte ha acogido este principio al manifestar que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal”²³.

La Corte ha tenido hasta el momento pocas oportunidades para desarrollar dicho principio, dado que no se ha presentado un caso contencioso cuyo tema central sea este, pero ha dado muestras de entender su aplicación. Concretamente, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* la Corte manifestó que:

Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso²⁴.

En particular, la Corte ha hecho uso de este principio para establecer como debe ser tenida en cuenta la participación de los NNA en los procesos que les conciernen. En este sentido, la Corte ha entendido que “[e]videntemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño”²⁵, por lo que “los niveles de

²² El artículo 5 de la CDN establece que: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

²³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. (En adelante: Opinión Consultiva OC-21/14) Serie A No. 21, párr. 66.

²⁴ Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 145.

²⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 68.



comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”²⁶. Lo anterior denota que la Corte comprende que el ejercicio de los derechos de los NNA no depende necesariamente de la edad que tengan, sino que se debe tener en cuenta el grado de madurez particular de cada NNA para establecer el grado de ejercicio en cada caso concreto.

Por otra parte, la Corte ha deslindado la titularidad del derecho de la representación del mismo, en el sentido que reconoce que si bien en algunos casos los derechos de los NNA pueden ser ejercidos por los adultos que los representan, esto no quiere decir que los menores de edad cedan su derecho. En efecto, la Corte ha indicado que generalmente “en su primera infancia actúan [...] por conducto de sus familiares”²⁷, pero a la hora de analizar la violación ha protegido la titularidad del NNA del derecho. Tanto en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*²⁸, como en el caso *Gonzales Lluy*²⁹, los recursos judiciales fueron interpuestos por los padres de los niños, el primero por tratarse de un niño con discapacidad y la segunda por encontrarse en la primera infancia. No obstante, a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) y los representantes en ambos casos alegaron que las violaciones a las garantías judiciales habrían sido entonces también en perjuicio de los padres, por actuar en representación de sus hijos, la Corte manifestó que la representación no implica un derecho propio, por lo que las víctimas de las violaciones fueron el niño y la niña en cada caso.

c) No discriminación³⁰

A pesar de que la jurisprudencia de la Corte sobre discriminación no es tan extensiva como la situación de la región amerita, lo cierto es que la Corte si ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las diversas formas de discriminación en casos relacionados con NNA. Por discriminación se debe entender:

²⁶ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 30.

²⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 129.

²⁸ Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. (En adelante: *Caso Furlan y Familiares*) Serie C No. 246, párr. 205.

²⁹ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros*, párr. 317.

³⁰ El artículo 2 de la CDN indica que: 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.

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 familiares.



[T]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas³¹.

A continuación se hará referencia a cuatro casos que muestran las diversas formas cómo es posible abordar el tema, como lo son la discriminación por protección desigual ante la ley, la discriminación estructural, la discriminación indirecta o la utilización de juicios de igualdad para determinar si una determinada diferenciación pudo haber sido discriminatoria.

El primer caso versa sobre la discriminación cometida en contra de las niñas Yean y Bosico de ascendencia haitiana, dado que República Dominicana se negó a darles sus documentos de nacionalidad a pesar de haber nacido en el territorio y que se aplica el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. Al respecto, la Corte declaró la violación al artículo 24 de la CADH³² por una protección desigual ante la ley y, en particular, en la aplicación de la misma, por cuanto se les exigieron requisitos adicionales para adquirir la nacionalidad a los que se les exigían a otros menores de edad que no eran de ascendencia haitiana. Además, la Corte en la sentencia hizo referencia a una posible discriminación estructural en contra de las personas con ascendencia haitiana, ya que afirmó que “este Tribunal considera que el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas”³³.

En el caso *Gonzales Llu*, la Corte determinó la violación al ejercicio del derecho a la educación sin discriminación, por cuanto la niña, Talía Gonzales fue expulsada de la escuela por ser portadora de VIH. En esta sentencia se hicieron consideraciones relevantes sobre la utilización del juicio de igualdad para determinar si una diferenciación puede ser considerada discriminación, pero además se hicieron desarrollos importantes sobre el tipo de estigmas que sufren NNA con

³¹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas*, párr. 81.

³² Corte IDH, Caso *de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 166.

³³ *Idem*, párr. 168.



VIH. En este sentido, se acudió a la Observación General No. 3 del Comité de los Derechos Niño respecto del VIH/SIDA, en la cual se afirma que “su forma más extrema, la discriminación contra los niños y las niñas infectadas por el VIH se manifiesta en su abandono por la familia, la comunidad y la sociedad. La discriminación también agrava la epidemia al acentuar la vulnerabilidad de los niños, en particular los que pertenecen a determinados grupos, los que viven en zonas apartadas o rurales, donde el acceso a los servicios es menor. Por ello, esos niños son víctimas por partida doble”³⁴.

Por otra parte, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte hizo uso del artículo 2 de la CDN para concluir que “las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre”³⁵.

Por último, en el caso *Furlan* la Corte declaró la violación por una discriminación indirecta generada por no haberse tenido en cuenta la situación agravada de vulnerabilidad de Sebastián Furlan, por ser menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos económicos, lo cual conllevó “una discriminación de hecho asociada a las violaciones de garantías judiciales, protección judicial y derecho a la propiedad”³⁶.

d) Participación³⁷

El principio de participación tiene un papel primordial dentro de la doctrina de protección integral, dado que este es el que viene a garantizar que el contenido del principio del interés del niño no sea llenado exclusivamente por las valoraciones de los adultos que creen saber que es mejor para el NNA, sino que efectivamente se haya tenido en cuenta la opinión del NNA en aspectos primordiales de su vida³⁸. Asimismo, el principio de participación implica aceptar que los

³⁴ UNICEF, Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 3, *El VIH/SIDA y los derechos del niño*, 2003, párr. 7.

³⁵ Corte IDH, Caso *Atala Riffo e Hijas*, párr. 151.

³⁶ Corte IDH Caso *Furlan y Familiares*, párr. 269.

³⁷ El artículo 12 de la CDN estipula que: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

³⁸ En este sentido, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el



NNA entienden lo que sucede en sus vidas y pueden emitir opiniones o juicios de valor al respecto sin importar cuál sea su edad biológica, por lo que el grado de comprensión y su expresión dependerán del estado de madurez de cada niño. Al respecto, muchas veces se encuentran barreras a la participación de los NNA por considerar que la edad biológica, especialmente la primera infancia, implica que los niños o las niñas no tienen la capacidad para entender lo que sucede en su entorno. También existen miedos respecto a que la opinión de los NNA sea fácilmente manipulable por los adultos cercanos a ellos. Por ello, tomarse en serio este principio implica dejar de lado preconcepciones que se encuentran muy arraigadas sobre la capacidad de los NNA y aceptar que ser sujetos de derechos necesariamente conlleva que los ejerzan de manera directa.

La Corte por su parte tuvo que hacer uso directo de este principio en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, cuando se percató que no constaba en el expediente alguna manifestación de la voluntad de las tres niñas que fueron presentadas como presuntas víctimas por la Comisión y, además, existía un conflicto de intereses entre los padres de las niñas, ya que cada uno decía manifestar la voluntad real de sus hijas, pero las posiciones resultaban contradictorias entre sí. Por esto, la Corte decidió ordenar, como prueba para mejor resolver, una diligencia en que las niñas pudieran ejercer su derecho a ser oídas como materialización del principio de participación. En efecto, la Corte resaltó que:

[E]l Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino³⁹.

artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida". Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, párr. 74.

³⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que "esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones". Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que "todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la



Posteriormente, la Corte en la sentencia del citado caso estableció los estándares generales que se deben tener en cuenta para la realización de este tipo de diligencias, a la luz de lo ya desarrollado por el Comité de Derechos del Niño. De estos estándares cabe resaltar: i) la necesidad de informar previamente a los NNA sobre su derecho a ser escuchados de la manera adecuada dependiendo de su madurez y acordar en caso de que acepten, como se llevará a cabo la diligencia, y ii) la importancia de crear un ambiente amigable e interdisciplinario para los NNA y recurrir a otros profesionales para apoyar la diligencia, tales como psicólogos o trabajadores sociales.

Asimismo, cabe recalcar que la Corte indicó que la opinión de los NNA no es totalmente vinculante para los operadores judiciales o autoridades que deban decidir sobre la situación de los NNA, sino que implica un deber de motivar las razones por las cuales se separaría de su opinión, pues de no ser así también se estaría vulnerando su derecho a ser oídos. Al respecto, la Corte señaló que:

No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso⁴⁰. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión⁴¹.

Los estándares señalados anteriormente han sido reiterados por la jurisprudencia posterior de la Corte, pero cabe resaltar la aplicación en concreto que se hizo en la opinión consultiva sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. En dicha opinión, la Corte determinó que “con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o

participación de Estados ante tribunales internacionales”. Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, p. 156.

⁴⁰ UNICEF, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, párrs. 28 y 29.

⁴¹ UNICEF, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, párr. 44.



judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos”⁴².

V. A manera de conclusión: algunos retos que siguen pendientes de abordar

Como se indicó en la introducción, el presente artículo buscaba demostrar que los últimos avances jurisprudenciales de la Corte efectivamente acogieron la doctrina de la protección integral, razón por la cual se muestra un panorama favorable respecto a la protección y garantía de los derechos de los NNA. Sin embargo, esta aproximación no conlleva que a la Corte no le falten temas por desarrollar y algunos estándares por afianzar.

En mi opinión, si bien la Corte ha sido enfática en el cumplimiento por parte de los Estados de los estándares sobre participación de los NNA en los procesos internos, es necesario que dichos estándares se hagan una realidad en el marco del sistema interamericano. Como se señaló, hasta el momento sólo se ha realizado una diligencia para constatar la voluntad de las niñas que hacían parte de un caso contencioso y se generó por circunstancias especiales del caso, mas dentro del sistema no existe regulación clara y precisa sobre la obligación de la Comisión y de la Corte de recaudar la opinión de los niños que sean presentados como presuntas víctimas en los casos contenciosos. Tampoco existe regulación sobre cómo debería llevarse el proceso de manera general y mucho menos como la Corte podría tener ayuda interdisciplinaria para estos casos. Esto conlleva que en casos como en el *Forneron e hija vs. Argentina* se declaren violaciones de derechos humanos a favor de una niña, que el sistema interamericano nunca escuchó, lo cual como se indicó genera problemas a la hora de confirmar si efectivamente se está cumpliendo con el principio del interés superior del niño.

También con relación a la participación de los NNA sería deseable que la Corte enfatice la necesidad de participación en la primera infancia en los procesos que los conciernen, por cuanto hasta el momento ha analizado solo casos donde quienes debían participar en el proceso ya eran adolescentes y, por tanto, era más difícil poner en duda su capacidad de raciocinio. En particular, en el caso *Gonzales Lluy*, tal vez porque no fue alegado por la Comisión y los representantes, la Corte no realizó ninguna consideración respecto a la falta de participación de la niña en el proceso penal y en la acción de constitucionalidad que claramente decidían sobre sus derechos, por lo que perdió una valiosa oportunidad para avanzar sobre este tema.

⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, opinión 4.



Otro de los grandes retos que debe afrontar la Corte es repensar el alcance de los derechos a partir de la autonomía progresiva de los NNA. En este sentido, hasta el momento la Corte no ha conocido de casos donde se hayan vulnerado derechos a los NNA tales como la libertad de expresión, asociación o derechos políticos. Este tipo de casos exigirán idear nuevas formas de entender los derechos a partir de cómo pueden los NNA ejercerlos, pues si se mantienen los mismos alcances que se tienen para los adultos, se corre el riesgo de concluir que existirían derechos que los NNA no pueden ejercer a partir de conceptos como la capacidad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte se encuentra recorriendo un rumbo que pareciera ya no tener retorno que es la plena aceptación de la doctrina de la protección integral. Por el verdadero respeto de los NNA, más allá de usarlos como bandera para esconder finalidades de caridad o misericordia con el que se considera débil o necesitado, es imperante que la Corte haga plena la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes, es decir su derecho a tener derechos.



LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS EN
SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS



DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: ALGUNAS PAUTAS EMANADAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Agustín Enrique Martín y María Florencia Reggiardo*

Sumario: I. Presentación; II. Introducción; III. Igualdad y ausencia de discriminación en relación con la nacionalidad y la condición migratoria; IV. Condiciones de las limitaciones válidas al ejercicio de determinados derechos en virtud de la irregularidad migratoria; V. Posibles desarrollos respecto problemáticas que involucran los derechos de las personas migrantes.

I. Presentación

Este trabajo da cuenta de estándares jurídicos sobre derechos de las personas migrantes conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de acuerdo a lo que surge de su texto y al entendimiento de los dos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Comisión y Corte, respectivamente). De modo solo adicional, en lo que puntualmente surja de determinaciones de la Comisión, se tendrá en cuenta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración). Aunque no de modo exclusivo, de forma principal se tomará por base manifestaciones realizadas por ambos órganos en ejercicio de su competencia contenciosa.

Dada la acotada extensión del presente texto, y la intención de dar una visión general de las principales pautas emanadas del SIDH, no se presentará un desarrollo exhaustivo de cada tema ni todas las decisiones, sino de aquellas útiles para resaltar los conceptos pertinentes. En ese sentido no se abordará la temática de las personas requeridas de protección internacional¹.

* El autor es abogado de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La autora se encuentra temporalmente prestando funciones como abogada en la misma institución. Las opiniones del autor y la autora vertidas en este texto son personales y no reflejan la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni la de su Secretaría.

¹ La Corte ha conceptualizado la "protección internacional" como "aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva". Indicó también que "el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del [SIDH] se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia. (Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21 (en adelante "*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*"), párrs. 49 y 78.)



Es de igual modo necesario precisar que pese a que es frecuente que los órganos del SIDH tengan en cuenta en sus decisiones normas de diversa índole, así como pronunciamientos de órganos internacionales o nacionales, no se hará referencia a ello. Las normas y pronunciamientos referidos pueden ser verificados mediante el cotejo de las decisiones citadas.

Resta aclarar que toda referencia a artículos legales es a normas de la CADH.

El documento, luego de su introducción, se dividirá en dos partes: la primera, sobre la vigencia y consecuencias de la obligación de no discriminación en lo relacionado con la migración y la nacionalidad; y la segunda, acerca de las condiciones a seguir en la posible restricción a derechos con base en la irregularidad migratoria. Finalmente, como conclusión, se hará una somera consideración sobre posibles desarrollos del SIDH respecto de algunas problemáticas que involucran los derechos de las personas migrantes.

II. Introducción

De conformidad a conceptos utilizados por la Corte, es un emigrante la persona que deja un Estado con el propósito de establecerse en otro, e inmigrante quien llega a un Estado con el propósito de residir en él². Se habla de “Estado o país de origen” para señalar aquél del cual la persona es nacional (o, en caso de personas apátridas, en que tiene residencia habitual), y de Estado receptor como aquél al que se moviliza la persona, sea de tránsito o de destino³. El término “migrante” abarca los de emigrante e inmigrante⁴.

La migración, no está reconocida explícitamente como un derecho, pero el artículo 22 establece los derechos de “[t]oda persona” de “salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”⁵, así como de “residir”, “con sujeción a las disposiciones legales”, en el “territorio de un Estado” en el que “se halle legalmente”.

² Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 (en adelante, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*), párr. 69.

³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 49.

⁴ Id., párr. 69.

⁵ De lo expuesto se evidencia un deber de los Estados en relación con las personas nacionales, extranjeras o apátridas que deseen abandonar su territorio, lo que incluye a las emigrantes, que es permitirles salir libremente del país. De conformidad al inciso 3 del artículo 22, es posible que los Estados “restrin[jan]” tales derechos “en virtud de una ley” en la medida “indispensable en una sociedad democrática” para ciertos fines indicados en la norma. La Corte señaló que los Estados deben observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad” en las restricciones que impongan, y que su regulación legal debe ser precisa y sin ambigüedades, para evitar actuaciones discrecionales. Al respecto, puede verse lo



En relación con los derechos aludidos, así como con el resto de los derechos convencionales, es importante advertir que de acuerdo al artículo 1 los Estados tienen los deberes de “respetar” y “garantizar” los mismos a todas las personas “sometidas a su jurisdicción”⁶. El término “jurisdicción” vincula al Estado a cualquier persona sometida a la misma, sea nacional o no y, por ende, también a migrantes⁷. Por ello la CADH, así como otras normas internacionales de derechos humanos, se erige en un parámetro legal útil para evaluar la validez de distinciones de trato vinculadas a la condición migratoria que pudieren existir en el ámbito interno de los Estados, así como obligaciones de éstos respecto a personas migrantes.

De lo dicho se desprende que los Estados no pueden negar, a partir de la condición de migrante de una persona, la protección de los derechos que otorga el derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, esa condición, según el caso, puede ser un factor relevante en relación con el modo en que se de efecto a diversos derechos. A continuación se reseñaran algunas pautas emanadas del SIDH útiles para comprender lo anterior.

III. Igualdad y ausencia de discriminación en relación con la nacionalidad y la condición migratoria

Como punto de partida para analizar este tema, corresponde advertir que los deberes normados en el artículo 1 deben cumplirse “sin discriminación alguna por motivos de [...] origen nacional”, y que el derecho a la igual protección de la ley, recogido en el artículo 24, debe ser observado respecto a las personas no nacionales⁸, al igual que el resto de los derechos convencionales.

decidido en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párrs. 132 y 133). En el caso, se había impedido a una persona procesada penalmente salir del país con base en una orden del Procurador General. Éste tenía facultades constitucionales y legales de dirigir investigaciones penales, y dar instrucciones a funcionarios que ejercían funciones policiales. La Corte IDH consideró que ello no era base legal suficiente, pues no constituía una regulación precisa de la restricción a la posibilidad de salir del país (párr. 135). Además de acuerdo al artículo 22.5 de la CADH un Estado no puede expulsar de su territorio a una persona nacional, ni impedirle ingresar al mismo.

⁶ La norma mencionada resulta central, pues establece los deberes que los Estados deben cumplir respecto a los distintos derechos convencionales. Desde sus primeras decisiones la Corte ha indicado que se trata de una disposición fundamental para determinar si una violación de los derechos plasmados en la Convención puede ser atribuida a un Estado. Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164.

⁷ En lo que resulta relevante, la Corte ha indicado que el término “jurisdicción”, en sentido territorial, se refiere al “poder jurídico [reconocido al Estado] sobre todos los bienes y todas las situaciones, actividades y personas que, por cualquier causa o motivo ingresen, se encuentren o actúen en [su territorio]”. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, nota a pie de página 75.

⁸ La Corte ha establecido que “la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”, y que los Estados “no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.



Al respecto, los deberes mencionados refieren a derechos que, conforme el Preámbulo de la CADH, “tienen como fundamento los atributos de la persona humana” y “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado”. Por ende, por principio, los Estados no pueden desconocer los derechos inscriptos en el tratado a ninguna persona, sin importar la nacionalidad.

Conforme lo consideró la Corte en la opinión consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, lo anterior no inhabilita a los Estados a establecer distinciones en el marco de la autonomía con la que cuentan para la determinación de sus políticas, inclusive migratorias⁹. No obstante, tales políticas deben ser respetuosas de los derechos humanos, y las distinciones, objetivas, razonables, proporcionales y útiles a efectos de fines válidos¹⁰.

A propósito de lo anterior, los Estados deben tener en cuenta que, como ha afirmado la Comisión los migrantes se encuentran en una “especial situación de vulnerabilidad”¹¹, en particular aquellos “indocumentados”. En este sentido, ha resaltado que éstos están expuestos a mayores abusos y se hallan en una situación de “vulnerabilidad estructural”, que puede llevar a “arrestos arbitrarios y la ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para la concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos”¹².

(Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, puntos resolutivos sexto y undécimo, respectivamente).

⁹ La Corte ha conceptualizado la política migratoria como aquella “constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. (Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párrs. 163, 171).

¹⁰ Así, por ejemplo, para proteger la producción nacional no podría el Estado fomentar o tolerar la contratación de migrantes indocumentados en condiciones de explotación o, de cualquier modo, negarles o limitar el goce de derechos laborales, o de la posibilidad de reclamar su cumplimiento. La búsqueda de un fin válido no puede justificar que se vulneren derechos de personas migrantes, o que se les dé un trato diferenciado injustificado. En ese sentido se ha expresado la Corte en la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (párrs. 168 a 170). (Cfr. también *Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218 (en adelante *Caso Vélez Loo*), párr. 97; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282 (en adelante *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*), párr. 350.

¹¹ CIDH, *Benito Tide Méndez y otros (República Dominicana)*. Informe de fondo No 64/12. 29 de marzo de 2012 (de aquí en adelante *Benito Tide Méndez*), párr. 158. Debe aclararse que el caso *Benito Tide Méndez* fue presentado por la Comisión a la Corte, que determinó denominarlo *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*.

¹² CIDH, *Benito Tide Méndez*, párr. 159; *Informe Anual de la CIDH, 2000, Capítulo V. Estudios especiales. Segundo Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev, 16 abril 2001, párr. 64.



En este sentido, en el caso *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos de América*, la Comisión reconoció la potestad de los Estados de dar un trato diferente a los no nacionales, advirtió que resulta necesario que el Estado demuestre la razonabilidad y proporcionalidad para la adopción de cualquier distinción para que dicha norma no sea discriminatoria¹³. Asimismo, en su Informe de Fondo en el caso *Tide Méndez vs. República Dominicana*, la Comisión manifestó que tal prerrogativa “impone la obligación a los Estados de que las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria respeten y garanticen los derechos humanos de todas las personas migrantes”¹⁴.

Lo anterior es relevante pues la condición migratoria, como lo ha reconocido la Comisión, puede incidir tanto en el goce de derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Si bien ha dicho que “[a]l igual que los derechos civiles y políticos, el principio de universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales aplica para todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados, sin que sean permisibles distinciones en razón de su nacionalidad, situación migratoria, apatridia o cualquier otra condición social”¹⁵, en la práctica diaria es difícil lograr su pleno ejercicio. A modo de ejemplo, en el año 2014 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad de *Daniel Omar Camusso e hijo*, este caso refiere a la demora en el trámite de adopción de un niño oriundo del Uruguay en la Argentina, conforme el análisis preliminar que realizó la Comisión la demora en la regularización de su situación migratoria hicieron que el proceso de adopción demore más de 15 años y que el hijo del señor Camusso se viera imposibilitado de ejercitar otros derechos, tales como el derecho a la honra y dignidad, a la protección a la familia, a los derechos del niño y a la circulación, así como la posibilidad de asistir a la escuela¹⁶.

En similar sentido, en el caso *Niñas Yean y Bosico*, la Corte consideró dentro de los hechos violatorios de los derechos del niño, reconocidos en el artículo 19, que una niña hubiera tenido obstáculos para estudiar, debido a no contar con un acta de nacimiento, pese a haber nacido en territorio estatal. Tal carencia se vinculó en el caso a que pese a la ascendencia extranjera de la

¹³ CIDH, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos)*. Caso 9903, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01. 4 de abril de 2001 (en adelante *Caso Rafael Ferrer-Mazorra*), párr. 239. Así también se ha pronunciado la Comisión en ciertos casos que han sido remitidos a la Corte, por ejemplo: *Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín (República Dominicana)*. Informe de fondo 174/10. Caso No. 12.688. 11 de febrero de 2011, párr. 208; *Benito Tide Méndez*, párr. 260.

¹⁴ Id.

¹⁵ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, párr. 582.

¹⁶ CIDH, *Daniel Omar Camusso e hijo (Argentina)*. Informe de admisibilidad No. 92/14. Petición P-1196-03, 4 de noviembre de 2014, párrs. 1, 34, y 93.



niña. La Corte relacionó la violación indicada con “el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26” respecto a derechos económicos, sociales y culturales, y con la transgresión de los derechos a la personalidad jurídica y al nombre¹⁷.

En lo atinente a derechos laborales, el origen nacional no puede utilizarse en forma discriminatoria para impedir el ejercicio del trabajo. En el caso *Margarita Cecilia Barbería Miranda* la Comisión consideró que el estado chileno vulneró el derecho a la igualdad ante la ley de la señora Barbería Miranda, ya que le impidió ejercer la profesión de abogada en dicho país por ser de nacionalidad cubana¹⁸.

Por otra parte, en tanto un migrante desarrolle una actividad de trabajo, su condición, sea regular o irregular, no puede válidamente motivar su privación de los derechos respectivos. La Corte explicó que “una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales”, adquiere derechos derivados de las mismas “independientemente de su situación migratoria”. Ello, pues el origen de esos derechos se basa en la relación laboral, y por ese motivo “deben ser reconocidos y garantizados”, sin que deba tener relevancia a tal efecto la “situación [migratoria] regular o irregular” de la persona trabajadora, puesto que las obligaciones relativas a esos derechos “deben realizarse sin discriminación alguna”¹⁹.

Además de lo anterior, la Corte ha tenido oportunidad de referirse a las posibilidades de que inmigrantes, o sus hijos nacidos en territorio del Estado en que residen, busquen acceder a la nacionalidad de ese país²⁰. Así, en el caso de *Niñas Yean y Bosico*, en donde consideró que “en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, la discrecionalidad de los Estados para ejercer su competencia interna respecto a la determinación de quienes son

¹⁷ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 (de aquí en adelante *Caso de las Niñas Yean y Bosico*).

¹⁸ CIDH, *Margarita Cecilia Barbería Miranda (Chile)*. Informe de fondo No. 56/10. Caso 12.469, 18 marzo de 2010, párrs. 48 y 50.

¹⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párrs. 133 y 134.

²⁰ Desde sus primeras decisiones, la Corte ha indicado que la nacionalidad es el “vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado” (Cfr. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4 (en adelante *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*), párr. 35. La Corte explicó que se trata de “la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado” (*Caso de las Niñas Yean y Bosico*, párr. 136). A través del mismo, se “dota [...] al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales”, siendo además el “fundamento” de la “capacidad política” y la “capacidad civil” de las personas. (OC4, 35, 34, 32) En ese sentido, ha expresado que es “un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos” (*Caso de las Niñas Yean y Bosico*, párr. 137). La Corte notó que “la determinación y regulaciones de la nacionalidad son competencia de cada Estado, esto es, materia de derecho interno”, pero también que “las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos” (*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 38).



nacionales está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia²¹.

Respecto a mecanismos de “naturalización”, en la *Opinión Consultiva No. 4* la Corte ha manifestado que “[s]iendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno²². No obstante, al decidir el caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* la Corte ha expresado también 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 derechos²³. De ese modo, tuvo oportunidad de colegir que una reforma normativa que planteaba distinciones en razón del género a efectos de la naturalización era discriminatoria y por lo tanto, en ese aspecto, contraria a la Convención²⁴.

Por otro lado, también en los casos de *las niñas Yean y Bosico* y de *las personas dominicanas y haitianas*, en relación con personas nacidas en el territorio del Estado cuyos padres son extranjeros, la Corte advirtió que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron²⁵, refiriéndose concretamente al artículo 20²⁶. También ha manifestado que “los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad”. En ese sentido, “el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos²⁷. Por ello, “si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la

²¹ *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, párr. 137 a 140. Cfr. también *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 256.

²² Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 36.

²³ Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 264.

²⁴ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 67.

²⁵ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, párr. 156; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 260.

²⁶ Artículo 20: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni de su derecho a cambiarla”.

²⁷ Id.



obligación de concederle (*ex lege*, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia”²⁸.

Asimismo, la Corte interpretó que también puede resultar vinculado a la nacionalidad el ejercicio de los “derechos políticos”, establecidos en el artículo 23, que contempla en su texto que la ley pueda “reglamentar [su] ejercicio” por razones de “nacionalidad”, entre otras causales, entre las que se incluye la “residencia” y el “idioma”. Se trata, de acuerdo a la norma, de los derechos de las personas a “participar en la dirección de los asuntos públicos”, de “votar y ser elegid[a]s” y “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

El artículo 23 también indica que son “los ciudadanos” quienes “deben gozar” de los derechos políticos referidos. La Corte ha confirmado que, en efecto, “pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos”²⁹. Sin embargo, no debe asumirse un vínculo directo entre “nacionalidad” y “ciudadanía” en los términos de la CADH, de modo de entender que el tratado manda que sólo los nacionales sean considerados ciudadanos. El propio artículo 23 parece vedar esa interpretación, al indicar que derechos de los que deben gozar “los ciudadanos” pueden reglamentarse en su ejercicio en función de la “nacionalidad”: lo último carecería de sentido si ambas categorías fueran necesariamente coincidentes. El concepto de “ciudadanía”, además, puede variar de conformidad al derecho interno³⁰. Por ende, en modo alguno la norma aludida debe entenderse como un impedimento para que los Estados posibiliten el ejercicio de derechos políticos de personas migrantes.

IV. Condiciones de las limitaciones válidas al ejercicio de determinados derechos en virtud de la irregularidad migratoria

Ahora bien, hay derechos de las personas no nacionales o migrantes que en su goce o ejercicio pueden verse afectados en función de la observancia de las normas previstas para el ingreso, estadía o residencia en el territorio estatal. Así, resulta paradigmático lo que ocurre con los derechos de circulación y residencia previstos en el artículo 22 de la Convención, pues la

²⁸ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas, párr. 261.

²⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 119.

³⁰ En ese sentido, Antonio A. Cançado Trindade manifestó, al emitir, como Juez de la Corte un voto concurrente a la Opinión Consultiva No. 18, que “los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos de ciudadanía varían de país a país y se extienden sólo a los que el derecho positivo estatal considera ciudadanos” (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Voto Concurrente del Juez Antonio A. Cançado Trindade, párr. 55).



inobservancia de las normas aludidas puede derivar, conforme lo que establezca el derecho interno, en la denegación de ingreso o expulsión de quienes no cumplan los requisitos previstos³¹.

En este sentido la Corte se ha pronunciado, tanto en el caso *Vélez Loor* como en el de *las personas dominicanas y haitianas*, manifestando que si bien los Estados, ciertamente, tienen un ámbito de discrecionalidad respecto al ingreso de extranjeros a su territorio, este debe ser utilizado sin desmedro de la observancia de las normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos³². En ese sentido, el acatamiento del deber de no discriminación y el derecho a la igualdad rige inclusive respecto a personas que, en ejercicio de su derecho a salir de un país, buscan ingresar a otro (sea o no para establecerse en su territorio), pues el Estado receptor ejercerá, en los términos del artículo 1, su jurisdicción³³. Ello obliga a que las distinciones que se hagan entre personas no nacionales³⁴ para permitir, condicionar o prohibir su ingreso al territorio deban ajustarse a una finalidad válida, ser razonables y proporcionadas³⁵.

³¹ Pese a que resulta habitual el uso de la voz “deportación”, y ello se observa en el ámbito del derecho interno de diversos Estados, en este texto se hará referencia a “expulsión”, dado que es la palabra utilizada por el artículo 22.

³² La Corte ha señalado tal “ámbito de discrecionalidad”, y ha explicado que “los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana” (*Caso Vélez Loor*, párr. 97. *Cfr.* también *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 350).

³³ La Corte ha tenido oportunidad de señalar que “al intentar ingresar” al territorio de un Estado, una persona se ve sometida a la “autoridad, responsabilidad o control” del mismo que, por lo tanto, ejerce su jurisdicción sobre dicha persona, en los términos del artículo 1. *Cfr. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 61.

³⁴ En cuanto a los nacionales, el artículo 22 en su inciso 5 veda que a una persona se la “priv[e] del derecho a ingresar en el [territorio]” del “Estado del cual es nacional”. Además, prohíbe la expulsión de nacionales de dicho territorio.

³⁵ La Comisión ha “reconoc[ido] que en general” los Estados pueden “controlar el ingreso de extranjeros y su residencia en el territorio del Estado. Sin embargo, congruentemente con los principios que informan el artículo II de la Declaración, el Estado tiene que demostrar que toda distinción de ese tipo es razonable y proporcionada al objetivo que se procura en las circunstancias”. En el caso, extranjeros que buscaban ingresar en Estados Unidos tuvieron un régimen legal y procesal respecto a la privación de libertad distinto al relativo a otras personas. La Comisión advirtió que “[e]l fundamento de esta distinción [fue] la condición de inmigración de los peticionarios de acuerdo con la legislación interna del Estado”. La Comisión determinó que no se había demostrado que ese tratamiento diferenciado fuera razonable. En el caso, el Estado había planteado, según reseña la Comisión en su decisión, que gozaba de “soberanía absoluta para detener y retirar a los extranjeros excluibles y que esta autoridad no está restringida ni sujeta de alguna otra manera a derechos u obligaciones consagrados en la Declaración”. Por ello, sostuvo que “en general los extranjeros que son ‘excluibles’ de acuerdo con la legislación estadounidense no gozan de derechos sustantivos a la libertad en el territorio estadounidense [...] estando pendiente su deportación y consiguientemente [tampoco a] estar libres de detención ni [...] derecho procesal alguno en relación con su detención”. Debe aclararse que, según hizo constar la Comisión, “‘extranjeros excluibles’ son aquellos comprendidos dentro de [...] categorías específicas de extranjeros ‘excluidos para su admisión en Estados Unidos [de América]’, en razón de la legislación de ese país. Señaló que “[é]stas categorías se vinculan, entre otros, a fundamentos vinculados a la salud, fundamentos penales y afines, fundamentos de seguridad y afines y la ausencia de la documentación requerida. Los extranjeros excluibles normalmente tienen que partir inmediatamente y permanecen detenidos con fines de control de inmigración, si es posible en la frontera, hasta que abandonan el país”. No obstante, “[e]l Procurador General libera a los extranjeros excluibles de la detención de inmigración y permite su presencia física en Estados Unidos a través del uso de la facultad de otorgar ‘libertad condicional’[... que] es discrecional y no otorga derecho alguno al extranjero excluible”. La Comisión “accept[ó] que los Estados históricamente han dispuesto de una discreción considerable en el derecho internacional para controlar el ingreso de extranjeros a su territorio. Pero esto no significa que la discreción no tenga que ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos”. Coligió que “los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar los derechos consagrados en la Declaración a todas las personas que se encuentren bajo su autoridad y control, recayendo sobre el Estado la carga de probar la existencia de una disposición o una reserva permisible que explícitamente limite o excluya la aplicación de algunas



Ahora bien, en tanto los Estados ejerzan adecuadamente su facultad de regular el ingreso de personas no nacionales a su territorio, es lícito también que impongan medidas de expulsión para casos en que tal ingreso, o la permanencia en el país, se produzcan en forma irregular; es decir, de modo contrario a la normativa aplicable.

La eventual imposición de las medidas antedichas debe hacerse en el marco del respeto de los derechos establecidos en la Convención³⁶. Ello modula de diversas maneras las posibilidades de actuación estatal. Interesa destacar algunas formas en que ello ocurre.

A tal efecto, debe advertirse primeramente que la Corte ha colegido que las personas en situación de irregularidad migratoria han sido identificadas como “grupo en situación de vulnerabilidad”, en tanto sufren, como consecuencia de su situación un “nivel elevado de desprotección en sus derechos”, en relación con la situación de residentes o nacionales³⁷. Por ello, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, los derechos convencionales deben “interpretarse” considerando “las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad”³⁸.

En los casos *Pacheco Tineo y Vélez Loor* la Corte consideró que la existencia de tales necesidades de protección no impide que se insten procesos contra personas migrantes por

o de todas las disposiciones del instrumento a una clase determinada de personas, como los extranjeros excluibles”. (Caso *Rafael Ferrer-Mazorra*, párrs. 108, 109, 175 a 177, 180 y 239 a 241).

³⁶ Ello, en tanto las personas no nacionales que se encuentran en una situación migratoria irregular, se encuentran sometidas a la jurisdicción del Estado, en los términos del artículo 1. En ese sentido, la Comisión ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre legislación y determinaciones judiciales que llevaban a considerar a determinadas personas extranjeras que se encontraban de facto dentro del territorio estatal como personas que, en términos jurídicos, nunca habían ingresado al mismo. Sobre esa base, el Estado argumentó que no tenía deberes respecto a tales personas derivados de la Declaración. Además, la Comisión constató que la legislación referida y su entendimiento judicial “ha[b]ía determinado que los peticionarios care[cieran] de libertad, del derecho al debido proceso y a un juicio imparcial al amparo de la constitución interna en relación con su detención”. (párr. 218) La Comisión determinó que ese razonamiento jurídico no podía obstar a la vigencia de las normas internacionales aplicables, en tanto las persona en cuestión, de hecho, sí se encontraron en el territorio estatal. Así, afirmó “la legislación interna en base a la cual se detuvo a los peticionarios [...] es en esencia la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I y XXV de la Declaración” (Caso *Rafael Ferrer-Mazorra*, párrs. 218 y 219).

³⁷ La Corte, al dar cuenta de que las personas migrantes han sido identificadas como un “grupo en situación de vulnerabilidad” se refirió a pronunciamientos emanados del ámbito de las Naciones Unidas (Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 114). La Corte agregó que “esta condición de vulnerabilidad conlleva una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Del mismo modo, los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad”. Cfr. *Caso Vélez Loor*, párr. 9; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párrs. 112, 113 y 168.

³⁸ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272 (en adelante *Caso Familia Pacheco Tineo*), párr. 129; *Caso Vélez Loor*, párr. 99.



presuntos incumplimientos de la normativa estatal, si inciden en ciertos recaudos y previsiones que deben seguirse³⁹. Debe hacerse notar, al respecto, que si bien los derechos de circulación o residencia podrían verse restringidos a causa de tal irregularidad, no ocurre lo mismo con derechos que se ejercen o afectan en procedimientos o actos en que se decida, disponga o ejecute la expulsión de una persona, tales como las garantías judiciales y la protección judicial, o la libertad personal, plasmados en los artículos 8, 25 y 7 de la CADH, respectivamente. Estos derechos, en tales casos, deben ser plenamente observados y el acatamiento por parte del Estado de las obligaciones correlativas debe adaptarse a las necesidades de protección antes referidas⁴⁰.

Por ello, al pronunciarse en varios casos sobre estos derechos de las personas migrantes, la Corte ha considerado que las actuaciones respectivas deben realizarse con “un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante”⁴¹, y tanto si la autoridad que actúa es administrativa o judicial⁴². Asimismo, en sus tres opiniones consultivas relacionadas con derechos de los migrantes –No. 16, 18 y 21–, como en el caso *Vélez Loor*, la Corte indicó que para cumplimentar estos objetivos “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”, lo que “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”⁴³.

En el marco de lo anterior, la Corte ha señalado pautas concretas que deben seguirse. Así, en primer término, los procesos deben ser individuales, de modo a evaluar las circunstancias

³⁹ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo*, párr. 129; *Caso Vélez Loor*, párr. 100.

⁴⁰ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo*, párr. 129; *Caso Vélez Loor*, párr. 99.

⁴¹ Cfr. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 402; *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, nota a pie de página 74; *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 402; *Caso Vélez Loor*, párr. 100; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251 (de aquí en adelante *Caso Nadege Dorzema*), párr. 154; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 121; *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, nota a pie de página 74; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 402.

⁴² Cfr. *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 109; *Caso Familia Pacheco Tineo*, párr. 130; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 124; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y *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. 27.

⁴³ Cfr. *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, párr. 109; *Caso Vélez Loor*, párr. 152; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 121; *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 (en adelante *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*), párr. 119.



personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas⁴⁴. Además, la persona sometida al proceso debe: a) ser “informada expresa y formalmente” de las circunstancias que motivarían su expulsión, así como sobre sus derechos a “exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, si los hubiere”, y “solicitar y recibir asistencia consular”, “asesoría legal”, “incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable” y “traducción o interpretación”, “si correspondiere”. Asimismo, “debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin”⁴⁵. La decisión de expulsión debe “ser formal y fehacientemente notificada” y “estar debidamente motivada conforme a la ley”⁴⁶.

Las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la CADH también han sido materia de interpretación por parte de la Comisión. En el caso *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*⁴⁷, esta entendió que en procesos de expulsión los migrantes tienen derecho a contar con un abogado si así lo desean, a ser oídos y tener una adecuada oportunidad para ejercer su derecho a la defensa, lo que significa contar con el tiempo suficiente para defenderse y para aportar y aducir prueba⁴⁸.

⁴⁴ La expulsión de una persona del territorio es una medida que conlleva, por motivos evidentes, un efecto trascendente en la situación personal de quien se vea afectado. El inciso 9 del artículo 22 establece que “[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. La Corte ha colegido que “el criterio fundamental para determinar el carácter ‘colectivo’ de una expulsión no es el número de extranjeros objeto de la decisión de expulsión, sino que la misma no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero”. Por ello, el proceso debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, lo cual requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria. Asimismo, dicho procedimiento no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus”. La Corte entendió que si bien circunstancias tales como que la expulsión se haga en forma sumaria y se concrete llevando a las fronteras del país a un grupo de personas no son *per se* violatorias del inciso 9 del artículo 22, en tanto que no son por sí mismas demostrativas de que no se hizo un examen individual de la situación de cada una de ellas. No obstante, en el marco del examen de un caso concreto, entendió que esos hechos reforzaban la convicción de que expulsiones analizadas en ese caso habían sido colectivas. *Cfr. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párrs. 361, 381 a 384. Ver también *Nadege Dorzema* párr. 175; y *Familia Pacheco Tineo*, párr. 133.

⁴⁵ En el mismo sentido, la Comisión ha entendido que las personas migrantes deben tener acceso a la revisión judicial en caso de decidirse su expulsión, lo que puede permitir al órgano jurisdiccional: (i) determinar la legalidad de su detención; (ii) para analizar la validez de las pruebas en su contra y presentar pruebas de descargo; (iii) permitirles el acceso al recurso de derecho interno que les permitiera impugnar judicialmente la decisión de expulsarlos del territorio. *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*. Informe de Admisibilidad N° 49/99. Caso 11.610, 13 de abril de 1999 (en adelante *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*), párr. 44. Por otro lado, en el caso de la *Familia Pacheco Tineo* al igual que en *Tide Méndez* la Comisión sostuvo que en los procesos de determinaciones de hecho el derecho a recurrir que deben tener efectos suspensivos, dado que por la propia naturaleza del proceso sus consecuencias pueden ser irreversibles. *Cfr. Familia Pacheco Tineo (Bolivia)*. Caso 12.474, Informe de fondo No. 136/11. 31 de octubre de 2011, párr. 142, y *Benito Tide Méndez*, párr.282.

⁴⁶ *Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo*, párr. 133, y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 356.

⁴⁷ *Caso Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, párrs. 70 y 71.

⁴⁸ *Id.*, párr. 70 y 71. Asimismo, en el caso *José Sánchez Guner Espinales*, determinó preliminarmente que el proceso de expulsión sin resguardo de las garantías mencionadas puede constituir una violación no solo al artículo 8 de la Convención sino también a su artículo 25, que prevé el derecho a la protección judicial contra actos que violen derechos fundamentales. *Cfr. CIDH, José Sánchez Guner Espinales y otros (Costa Rica)*. Informe de Admisibilidad N° 37/01. Caso 11.529, 22 de febrero de 2001, párr. 51.



De acuerdo a los órganos del SIDH, imposibilidades fácticas derivadas de la ejecución de expulsiones de modo automático o en breve tiempo pueden constituir vulneraciones a derechos de migrantes. En el caso *Chamorro Quiroz* la Comisión consideró la falta de acceso de facto a los recursos disponibles del país del que fue expulsado el migrante como causal suficiente para admitir la petición, ya que si bien existían recursos internos para cuestionar la expulsión, como la orden se ejecutó de manera automática hubo un impedimento de hecho a interponerlo⁴⁹. La Corte, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas* examinó circunstancias en que “imprevistas privaciones de libertad y expulsiones [...] se efectuaron en menos de 48 horas sin notificación previa”. A partir de ello, entendió innecesario examinar si “en términos generales”, determinados “recursos indicados por el Estado podrían resultar adecuados y efectivos”, pues el modo en que se desarrollaron los hechos privó a las personas afectadas de la posibilidad de presentar recursos, por lo que, según concluyó, “[no] contaron con procedimientos efectivos”, en violación al artículo 25⁵⁰.

Por otro lado, la Corte ha señalado que, en cuanto a medidas que impliquen la restricción de la libertad personal, las mismas deben estar previstas legalmente y, además, tener una finalidad compatible con la Convención; ser idóneas y necesarias para lograr tal cometido, en el sentido de que “no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”. La limitación al derecho a la libertad personal debe ser excepcional y “estrictamente proporcional”, de modo que “el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción”⁵¹. Por eso, si bien las medidas de privación de libertad relacionadas al control de la migración irregular pueden ser válidas, deberán ajustarse a lo anterior. Entonces, serían incompatibles con la CADH políticas migratorias que impongan la detención obligatoria de migrantes en situación irregular, sin dar a las autoridades la posibilidad de utilizar otras medidas⁵².

La Comisión, por su parte, ha considerado que las normas mínimas de justicia deben resguardarse en toda detención administrativa de extranjeros, esto para este organismo significa que “que quien toma la decisión satisfaga las normas imperantes de independencia e imparcialidad, que se otorgue al detenido oportunidad para presentar pruebas y conocer y

⁴⁹ CIDH, *Juan Ramón Chamorro Quiroz (Costa Rica)*. Informe de Admisibilidad No. 89/00. Caso 11.495, del 5 de octubre de 2000, párrs. 35 y 36.

⁵⁰ *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párrs. 396 y 397.

⁵¹ *Cfr. Caso Vélez Loor*, párr. 166.

⁵² *Cfr. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 359; *Caso Familia Pacheco Tineo*, párr. 131; *Caso Vélez Loor*, párr. 171.



controvertir las demandas de la parte opositora, y que se otorgue al detenido oportunidad de ser representado por un abogado u otro representante. Estos requisitos no se considerarán cabalmente cumplidos en los casos en que, por ejemplo, las autoridades no definan con suficiente detalle o justifiquen por otros medios debidamente los fundamentos por los cuales se ha privado de la libertad a la persona, o se asigne al detenido la carga de justificar su liberación”⁵³.

Por otra parte, la Corte ha entendido que la privación de libertad como medida punitiva, para castigar la migración irregular, carecería de una finalidad válida y es incompatible con la CADH. Por eso, tal medida debe ser usada para “asegurar la comparecencia de la persona” o “la aplicación de una orden de [expulsión]”, siendo ello “necesario y proporcionado en el caso en concreto”, y “únicamente durante el menor tiempo posible”⁵⁴.

Interesa resaltar también que la Corte ha determinado que los Estados “no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o niños”, sea que se encuentren no acompañados, separados de sus progenitores o junto a ellos, para “cautelar los fines de un proceso migratorio”. Por el contrario, “pueden y deben disponer alternativas menos lesivas”⁵⁵.

Además, se han indicado otras pautas puntuales respecto a procesos de expulsión que puedan afectar a niñas o niños. En ese sentido, debe advertirse que “la facultad del Estado” de “implementar su propia política migratoria” es un interés que puede entrar en conflicto con “el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia”⁵⁶.

La Comisión ha estimado que “puede haber situaciones en las cuales el derecho a la asociación familiar pesa más que el interés del Estado” en realizar una expulsión, “aun cuando se considere que [la persona a expulsar] plantea una amenaza para la sociedad y el orden público”⁵⁷. Por ende entendió que “los derechos que rigen la protección de la familia pueden ser elementos pertinentes [...] para evaluar la expulsión de no ciudadanos de los Estados miembros de la OEA”⁵⁸.

⁵³ Benito Tide Méndez, párr. 283; Rafael Ferrer-Mazorra, párrs. 230 y 231.

⁵⁴ Cfr. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, párr. 151; *Caso Vélez Loo*, párr. 171.

⁵⁵ Además, la Corte expresó que tampoco puede fundamentarse la privación de libertad de niñas o niños “en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar. Cfr. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 360; *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, párr. 160.

⁵⁶ Id., párr. 275.

⁵⁷ CIDH, *Caso Wayne Smith (Estados Unidos)*. Informe de Admisibilidad N° 56/06. 20 de julio de 2006, párr. 50.

⁵⁸ Id.; *Informe de progreso de la Oficina del Relator sobre los trabajadores migrantes y sus familias en el hemisferio*, Cap. VI, párrs. 18-21; *Informe Anual de la CIDH 1999*, Cap. VI “Estudios Especiales”.



En se sentido, la Corte afirmó que la decisión que conlleve “la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno [o] ambos progenitores” debe perseguir un “interés público imperativo”⁵⁹. Además, debe ser “idónea” a tal fin, así como “necesaria”⁶⁰ y “proporcionada”⁶¹. Para evaluar esto último debe atenderse a las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta aspectos como los que siguen: a) “la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor”; b) la “nacionalidad⁶², guarda y residencia de los hijos” de quien puede ser expulsado”; c) “la afectación que genera[ría] la ruptura familiar debido a la expulsión”, y d) “el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño”, de forma tal de “ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger”⁶³.

Ahora bien, la Corte ha afirmado que cuando la niña o el niño tienen derecho a la nacionalidad o a la residencia permanente del país del que sus progenitores pueden ser expulsados, o a la residencia permanente en él, “resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos”. En tales circunstancias, sería desproporcionada “la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias”⁶⁴.

V. Posibles desarrollos respecto problemáticas que involucran los derechos de las personas migrantes

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo tanto la Comisión como la Corte han desarrollado paulatinamente estándares internacionales que permiten la protección y salvaguarda de los derechos de los migrantes en los diferentes países de las Américas.

⁵⁹ *Cfr. Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, párrs. 276, 279.

⁶⁰ Es decir, no debe haber otra que sea “igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia”. Por ello, “los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria”. *Cfr. Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, párr. 277.

⁶¹ *Id.*, párr. 153.

⁶² *Id.*, párr. 279.

⁶³ *Id.*; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 357.

⁶⁴ *Id.*, párr. 280.



De la reseña efectuada sobre decisiones de los órganos antedichos surgen algunas pautas que rigen el entendimiento sobre la relación entre la migración y los derechos humanos. En ese sentido, es claro que, por principio, los derechos convencionales no están supeditados a la nacionalidad, y que los Estados deben garantizarlos a toda persona sometida a su jurisdicción, inclusive a migrantes y aun a aquellos que se encuentran en una condición irregular.

Lo anterior rige respecto a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y debe ser observado sin discriminación. Por otra parte, los migrantes (más aún los inmigrantes en situación irregular) se encuentran en una situación de vulnerabilidad que amerita la adopción de medidas puntuales para garantizar sus derechos y evitar que se vean discriminados en el acceso, ejercicio o disfrute de los mismos. Las políticas migratorias deben observar lo anterior, y si bien los Estados pueden actuar para evitar la migración irregular, las medidas respectivas deben ejecutarse mediante procesos regulados legalmente, con pleno apego a las garantías procesales, con un control judicial adecuado y utilizando sólo en el marco de lo estrictamente necesario acciones restrictivas de derechos, tales como la privación de libertad.

Las pautas indicadas resultan de suma importancia, deben regir la conducta y políticas estatales en relación con la migración y desplegar sus efectos en relación con diversas cuestiones atinentes a tal fenómeno. Al respecto, es posible vislumbrar distintas problemáticas cuyo abordaje por los órganos del SIDH podría profundizar su desarrollo. Se mencionan seguidamente algunas.

Al respecto, es pertinente comenzar por advertir que el fenómeno de la migración es de gran trascendencia en América. De acuerdo a datos recogidos por la Corte, provenientes de Naciones Unidas, para 2013 la migración en el continente abarcaba cerca del 26,60% de la migración mundial⁶⁵. Además, de acuerdo a la Organización Mundial de las Migraciones (OIM), “Centroamérica, Norteamérica y el Caribe, forman lo que podría considerarse la principal región de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes en el mundo”⁶⁶.

⁶⁵ Corte IDH, *Derechos y Garantías De Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párr. 34. La Corte dijo que “[a]l año 2013, existían a nivel mundial 231.522.215 personas migrantes, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas”.

⁶⁶ Así se indica en su sitio de internet: http://costarica.iom.int/es/tendencias_migratorias_en_la_region (consulta realizada el 17 de agosto de 2015). La OIM explica que en la región se encuentran los países de origen y destino del mayor número de migrantes en el mundo (México y Estados Unidos de América, respectivamente), así como el corredor mundial del mayor número de migrantes en tránsito a nivel mundial (Mesoamérica).



Tener en cuenta la magnitud del fenómeno señalado debe llevar a hacer hincapié en la consideración de la existencia de altos índices de movilidad y migración como una circunstancia consustancial a la época actual. Por ello, debe pensarse como una realidad que está presente y se impone, y que como tal excede la voluntad de los Estados. Contrariamente, parecería ilusorio considerarla como un ámbito cuyas magnitud y características básicas puedan moldearse de conformidad a las políticas que cada Estado pueda determinar en forma discrecional. La primera forma de analizarlo parece regir el abordaje hecho desde el SIDH, y puede ser pertinente para ahondar en las pautas y límites que deben seguir las políticas de los Estados al respecto.

Así, si bien queda establecido que las políticas migratorias deben ser respetuosas de los derechos humanos y no deben ser discriminatorias, puede ser conveniente profundizar en la conceptualización de los límites concretos que pueden válidamente imponerse para restringir la entrada de personas no nacionales al territorio estatal. En esto, es posible resaltar que, como se ha dicho, el artículo 22 señala el derecho de toda persona a “salir libremente de cualquier país”. Parece, al menos en un análisis preliminar, que esta norma, entendida de buena fe, no podría tener sentido si se conceptúa en forma escindida de la posibilidad o derecho de ingresar en otro país. Ciertamente es que la libertad de tránsito, o la movilidad entre países, es sólo un aspecto de la migración, y que ingresar a un país no significa necesariamente tener intención de establecerse o residir en él. Además, el derecho señalado admite restricciones. No obstante, advertir que el tránsito entre países constituye un derecho cuyo ejercicio involucra a más de un Estado lleva a preguntarse por el ámbito de discrecionalidad válido que puede tener el Estado receptor o de tránsito para negar el ejercicio del derecho. El desarrollo de mayores pautas al respecto puede contribuir positivamente al resguardo de los derechos humanos de personas migrantes.

Por otra parte, si se aprecia la magnitud del fenómeno antes señalado, se advierte también que la población inmigrante formará, en muchos casos, una porción de relevancia no desdeñable de la población de un Estado. Cabe pensar a partir de ello, en términos de calidad democrática, los beneficios de la participación de las personas migrantes en la vida pública. Del catálogo de normas convencionales, es el artículo 23 el que más directamente se vincula con el asunto, y el texto del mismo parece imponer a los Estados sólo el deber de asegurar a los “ciudadanos” los derechos que recepta. Es posible preguntarse entonces, por la noción de ciudadanía que puede considerarse adecuada, considerando además que el artículo 1 obliga a garantizar y respetar los derechos convencionales, inclusive a los previstos en el artículo 23, respecto a todas las personas. Por ello, es factible cuestionar si sería admisible o no la negación absoluta de derechos políticos a



las personas migrantes, o que limitaciones serían válidas o compatibles con la CADH. No se pretende aquí insinuar una respuesta, sino sólo plantear la relevancia de la reflexión.

Otro aspecto distinto es que el amplio desarrollo de la migración ha hecho que la misma adquiera particularidades en relación con actos delictivos. Así, resulta de la mayor relevancia, como lo han hecho ya los órganos del SIDH, visualizar las necesidades especiales de protección de las personas migrantes contra el delito; en particular (pero sin perjuicio de otros fenómenos), en relación con la movilidad a través del territorio de Estados de tránsito, actos violentos cometidos con base en percepciones xenófobas, y la trata de personas. En lo anterior, resulta particularmente grave la situación de niñas, niños o adolescentes⁶⁷.

Por último, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, los diversos pronunciamientos de los órganos del SIDH demuestran que los mismos se ven gravemente limitados por prácticas estatales relacionadas con la nacionalidad o la ciudadanía⁶⁸. En este sentido, si bien la Comisión y la Corte las han abordado como violaciones atinentes a derechos civiles o políticos, un tratamiento mediante el sistema de peticiones y casos que tuviera mayor centralidad en los derechos económicos, sociales y culturales podría redundar en mayores precisiones sobre los derechos afectados a la población migrante.

Cabe concluir, a partir de lo expuesto, destacando la importancia de los adelantos dados por el SIDH en la tutela de derechos humanos de personas migrantes, y resaltando la necesidad y pertinencia de que, sobre la base de lo ya realizado, se continúe avanzando en el desarrollo de su protección y el abordaje de problemáticas vinculadas a ello.

⁶⁷ La Comisión, ha advertido como causa de “especial preocupación” el “efecto de la situación de inseguridad ciudadana en la migración o el desplazamiento forzado de niños, adolescentes y jóvenes”. (*Informe Anual 2014*. Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región, párr. 116).

⁶⁸ En su último Informe Anual publicado, la Comisión advirtió que “recibió información sobre leyes, prácticas administrativas y decisiones judiciales de Estados Miembros que afectan de manera desproporcionada la capacidad de personas o poblaciones de una determinada nacionalidad para gozar de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. (*Informe Anual 2014*. Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región, párr. 61).



GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

María Daniela Rivero*

Sumario: I. Introducción; II. La discriminación en razón de género; III: Violencia contra la mujer; IV. Obligaciones del Estado; V. Breves notas sobre los desafíos en la Protección en Razón de Género.

I. Introducción

La discriminación por razón de género es la consecuencia del conjunto de roles socialmente construidos, la imposición de lo que se considera como apropiado para hombres y mujeres, que están basados en la desigual distribución del poder, en la exclusión y discriminación.

La protección especial que brinda el derecho internacional de los derechos humanos a las personas que son discriminadas por razón de género, no se limita exclusivamente a la protección de los derechos de la mujer, sino se extiende a la protección a los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI). Por esta razón, este artículo intenta sistematizar¹ las decisiones más importantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) sobre los estándares jurídicos para la protección de las personas en razón de género.

En primer lugar, es necesaria la definición de ciertos términos para encontrar un lenguaje común que guíe el desarrollo de este artículo. El Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas². Por su parte, la orientación sexual³ se define como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción

* Abogada venezolana con Maestría en la Universidad de Notre Dame. Fue Asesora Legal para Latinoamérica y el Caribe en el Centro para los Derechos Reproductivos y abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente es consultora en temas de derechos humanos. Quisiera agradecer a Ana María Palacios, Selene Soto y Edward Pérez por sus valiosos aportes, correcciones y críticas.

¹ Tiene como limitación que no contiene una lista exhaustiva de todas las decisiones de la CIDH y Corte IDH sobre el tema, solo se citan casos que reflejan las líneas de razonamiento de dichos órganos.

² Comité CEDAW, Recomendación general Nº 28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

³ La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. La identidad de género, de conformidad con los Principios de Yogyakarta es "a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo [...] y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales, Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, disponible en: <http://www.yogyakartaprinciples.org>



emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”⁴.

Este artículo analiza la jurisprudencia relevante de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en relación a la protección especial a las personas en razón de género. En primer lugar se establecen los estándares en relación a la discriminación por razón de género; especificando algunas categorías, como lo son (i) la discriminación de las mujeres en el ejercicio de sus derechos reproductivos, (ii) la afectación especial por la situación de vulnerabilidad, y (iii) la protección a la comunidad LGBTI. En segundo lugar, se hace referencia a un tipo de discriminación por ser la más desarrollada por el SIDH, la violencia contra la mujer; donde se señala (i) el vínculo estrecho entre la violencia contra las mujeres y la discriminación y (ii) la violencia sexual. En tercer lugar, se indicarán las obligaciones de los Estados; y finalmente, se realizará un breve comentario sobre los desafíos que enfrenta el SIDH en materia de género.

II. Discriminación en razón de género

La Corte y la Comisión han analizado la obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho de las personas a la igualdad y a vivir libre de toda forma de discriminación, basándose en los principios consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Desde la *Opinión Consultiva OC- 4/84*⁵ la Corte destacó el principio de igualdad, afirmando que: “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, [...] conduzca a tratar [a un individuo] con privilegio; o que, [...] de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos [...]”⁶. La jurisprudencia de la Corte ha indicado el principio fundamental de igualdad y no discriminación es del dominio del *ius cogens*⁷.

La Corte se pronunció sobre el sexo como factor prohibido de discriminación al evaluar la propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica⁸, estableciendo que “[n]o hab[r]ía, [...] discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a

⁴ Principios de Yogarkata, nota al pie 3.

⁵ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. (en adelante, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*).

⁶ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 55.

⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, (en adelante, *Caso Xákmok Kásek*) párr. 269.

⁸ En concreto, el proyecto otorgaba ciertas consideraciones especiales para la obtención de la nacionalidad a “la mujer extranjera que se case con costarricense”.



situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”⁹. Por su parte, la Comisión en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra*¹⁰ determinó que, las disposiciones del Código Civil de Guatemala vinculadas a las relaciones domésticas¹¹ lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” institucionalizaban desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges¹².

Por primera vez en el caso *del Penal Miguel Castro Castro*¹³, la Corte hizo suya la definición de la CEDAW, estableciendo que se considera discriminación contra la mujer:

[T]oda 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 la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera¹⁴.

Igualmente, afirmó que esta discriminación “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer (i) porque es mujer o (ii) que la afecta en forma desproporcionada”. Así señaló que “[l]a 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”¹⁵.

En relación a los grupos LGBTI en el caso *Homero Flor Freire*¹⁶, la Comisión afirmó que “las circunstancias en las cuales una persona puede ser ‘percibida’ con una orientación sexual distinta a la heterosexual, no implica necesariamente que esta persona se identifique con dicha orientación. Sin embargo, ello no excluye que dicha persona pueda verse expuesta a la discriminación a la que históricamente han sido y son sometidas personas por su orientación sexual o por su identidad o expresión de género”¹⁷.

⁹ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 65.

¹⁰ CIDH, Informe No. 4/01, Caso 11.625. Fondo (Publicación). *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. 19 de enero de 2001. (En adelante: Informe de fondo, *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala).

¹¹ Dichas disposiciones asignaban responsabilidades y obligaciones exclusivamente al esposo, en virtud de su papel como generador de ingresos y, en el caso de la mujer, por su papel como esposa, madre y ama de casa.

¹² CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala, párr. 44 y 52.

¹³ Corte IDH, *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181 (en adelante: *Penal Castro Castro vs. Perú*).

¹⁴ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*, 18 de diciembre de 1979, Artículo 1.

¹⁵ Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 303. Ver también, Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No.205, (En adelante: *Caso Campo Algodonero*) párr. 395 y 221.

¹⁶ CIDH, Informe No. 81/13, Caso 12.743. Fondo (Publicación) *Homero Flor Freire*. Ecuador. 4 de noviembre de 2013, párr. 83. (En adelante: *Homero Flor Freire*. Ecuador).

¹⁷ CIDH, *Homero Flor Freire*. Ecuador. párr. 83.



Estereotipos de género y roles asignados

La Corte en el *Campo Algodonero* se refirió al concepto de “estereotipo de género” afirmando que “refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”¹⁸. En el caso en concreto, afirmó que las manifestaciones efectuadas por el Estado hacen “posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas”¹⁹, como resultado de lo anterior, concluyó que dichas prácticas se convierten en causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer²⁰.

En el *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)*²¹ la Corte resaltó que los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos²². En el mismo orden de argumentos, en el caso *Atala Riffo y Niñas*²³ indicó que:

[E]xigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad [...]”²⁴.

Así, en otro caso²⁵ la Corte observó que existió en el caso “ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos”²⁶, y afirmó que “una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño [o la niña] no es adecuada para asegurar el interés superior de [la niñez]”²⁷.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 401. Ver también, Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 268.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 401.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. (En adelante: *Caso Fecundación in vitro*).

²² Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 302.

²³ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. (En adelante: *Caso Atala Riffo y Niñas*)

²⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 140.

²⁵ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. (En adelante: *Caso Fornerón e hija*).

²⁶ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija*, párr. 94.

²⁷ Corte IDH, *Caso Fornerón e hija*, párr. 99.



En el mencionado caso *Atala*, la Corte estableció que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños²⁸. Por ende, estableció que la injerencia arbitraria se fundó en una “visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual” y que esta, “es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad”²⁹.

La discriminación contra las mujeres y sus derechos reproductivos

La Corte ha identificado en varios casos situaciones relacionadas con la capacidad reproductiva que han afectado desproporcionadamente a las mujeres. *Kákmok Kásek vs. Paraguay* fue la primera decisión de la Corte que identificó el embarazo como un factor que agravó las violaciones en dicha comunidad indígena. En el caso se enfatizó que la pobreza extrema y la falta de cuidado adecuado para mujeres embarazadas o mujeres que recientemente han tenido partos, tienen como resultado altas tasas de mortalidad y morbilidad materna³⁰. Asimismo, en el caso *Gelman*³¹ la Corte aseveró que el estado de embarazo en que se encontraba la víctima cuando fue detenida, constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso³²; este caso reveló “una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”³³.

En el *Caso Fecundación in vitro* la Corte indicó que “la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres”³⁴. Reconoció el vínculo entre el derecho a la vida privada, la autonomía reproductiva y el acceso adecuado a servicios de salud reproductiva y tecnología médica³⁵, afirmando que el derecho a la vida privada incluye el derecho a decidir si ser madre o padre³⁶. La Corte concluyó que la prohibición emanada

²⁸ Sobre el concepto de estereotipos, *cf.* Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 401.

²⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas*, párr. 166.

³⁰ Corte IDH, *Caso Xákmok Kásek*, párr. 233.

³¹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

³² Corte IDH, *Caso Gelman*, párrs. 97-98.

³³ *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 97.

³⁴ Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 299. Ver también, “[...hay] un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV”. Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 300.

³⁵ Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 146.

³⁶ Al explicar el contenido de ese derecho, la Corte invocó el artículo 16 (e) de CEDAW que garantiza el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a tener acceso a la



de la Sala Constitucional de Costa Rica al haber basado su decisión “en una protección absoluta del embrión” y que el no tener derechos que pudiesen estar en conflicto constituyó una interferencia arbitraria, excesiva y desproporcionada a los derechos de vida privada y familiar de las víctimas³⁷.

Recientemente, la Comisión presentó ante la Corte el caso de *I.V vs. Bolivia*³⁸, el cual se relaciona con la intervención quirúrgica sin consentimiento en un hospital público a I.V, que resultó en la pérdida permanente de su función reproductora. La Comisión concluyó que dicha intervención constituyó una violación a la integridad física y psicológica de la señora I.V, así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos.

Afectación especial por la situación de vulnerabilidad

La Convención de Belém do Pará³⁹ estableció la obligación del Estado de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros⁴⁰. Se identifican en las decisiones de la Corte y de la Comisión tres grupos: (i) mujeres indígenas; (ii) mujeres en el conflicto armado; y (iii) defensoras de derechos humanos.

En primer lugar, en relación a las mujeres indígenas, la Corte se refirió en los casos *Fernández Ortega*⁴¹ y *Rosendo Cantú*⁴² a los obstáculos particulares que enfrentan para acceder a la justicia, como son: (i) el idioma, no tener acceso a intérpretes, y (ii) la escasez de recursos económicos para acceder a una representación legal⁴³. La Corte consideró que para las mujeres indígenas éstas barreras son particularmente graves dado que también se enfrentan al rechazo y al ostracismo de sus comunidades cuando denuncian crímenes con causas específicas de

información, educación y a los medios necesarios para ejercer este derecho, ver Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 146.

³⁷ Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 316.

³⁸ CIDH, Informe No. 72/14, Caso 12.665. Fondo. I.V. Bolivia, 15 de agosto de 2014.

³⁹ Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belém Do Pará".

⁴⁰ El artículo 9 de la *Convención de Belém do Pará* establece que "los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada".

⁴¹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. (En adelante: *Caso Fernández Ortega*).

⁴² Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216. (En adelante: *Caso Rosendo Cantú*).

⁴³ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega*, párr. 78; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 185. En relación a la escasez de recursos, ver Corte IDH, Informe No. 59/14 Petición 12.376, *Informe de Solución Amistosa Alba Lucia Rodríguez Cardona, Colombia*.



género. En el caso *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*⁴⁴ la Comisión⁴⁵ concluyó que el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se habían agravado por la falta de consideración del Estado de su condición de indígena, y de su cosmovisión e idioma distinto en la respuesta judicial a los hechos⁴⁶.

En segundo lugar, en relación a la situación de las mujeres en los conflictos armados, la Corte en los casos *de la Masacre de Mapiripán*⁴⁷ e *Ituango*⁴⁸ estableció que la vulnerabilidad de los desplazados “afecta con especial fuerza a las mujeres, quienes principalmente son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazada”⁴⁹. Así, en los casos de las Masacres en Guatemala⁵⁰ afirmó que “durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual”⁵¹. En dichos casos, la Corte dio por probado que “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”⁵².

Por último, en relación a las defensoras de derechos humanos, en el caso *Defensor de Derechos Humanos* en relación a las medidas de protección, la Corte afirmó la especial importancia del enfoque de género dentro del procedimiento de evaluación del riesgo, por el impacto diferenciado en el nivel de riesgo y la implementación de las medidas de protección que puede tener ser mujeres⁵³. En 2014, la Comisión interpuso el caso *Ana Teresa Yarce y otras respecto de Colombia*⁵⁴, relacionado con las amenazadas, hostigamientos y el desplazamiento de cinco defensoras. La Comisión consideró que los hechos ocurrieron por el incumplimiento del deber acentuado de protección que tenía el Estado, reforzado por la situación de riesgo particular

⁴⁴ CIDH, Informe N° 53/01, Caso 11.565. Fondo. Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez. México. 2 de abril de 2001.

⁴⁵ Otros pronunciamientos son, Ver Maria da Penha Mai Fernandes 121 (Brasil); Claudia Ivette Gonzáles y otras (México); Valentina Rosendo Cantú (México); Inés Fernández Ortega (México); y Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros (Estados Unidos).

⁴⁶ CIDH, Informe N° 53/01, Caso 11.565. Fondo Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez. México. 2 de abril de 2001.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. (En adelante: *Caso de la Masacre de Mapiripán*).

⁴⁸ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. (En adelante: *Caso de las Masacres de Ituango*).

⁴⁹ *Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 175; *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 125.106, 212.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 (En adelante: *Caso Dos Erres*) y Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105. (En adelante *Caso Masacre Plan de Sánchez*).

⁵¹ Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, párr. 139 y *Caso Masacre Plan de Sánchez*, párr. 141.

⁵² Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres*, párr. 139.

⁵³ Corte IDH, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 157.

⁵⁴ CIDH, Informe No. 86/13, Caso 12.595. Fondo. Ana Teresa Yarce y Otras. Colombia, 4 de noviembre de 2013.



de las mujeres defensoras de derechos humanos, en razón de la discriminación histórica que han sufrido y las particularidades de su trabajo⁵⁵.

Protección de las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género real o percibida

La interpretación del artículo 1.1 de la CADH, permitió a la Corte determinar que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la [CADH]” por lo que “está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona”⁵⁶, ya que “[l]os criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la CADH, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”⁵⁷.

La Corte en *Atala Riffo*⁵⁸, al identificar una diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona, procedió a analizar la justificación brindada por el Estado⁵⁹; para determinar si el objetivo de la distinción atendía a un fin legítimo imperioso⁶⁰ y era adecuado para cumplir con la finalidad⁶¹. Estableció que la restricción del derecho a la igualdad con base en la orientación sexual “exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”⁶². Asimismo, la Corte enmarcó dentro del derecho a la vida privada, “las conductas en el ejercicio de la homosexualidad”, e identificó a la orientación sexual como “un componente esencial de la identidad de la persona”⁶³.

La Comisión sometió ante la jurisdicción de la Corte dos casos relacionados a la comunidad LGBTI. El caso *Duque* se relaciona sobre la negativa del Estado de otorgarle a la víctima una pensión de sobrevivencia de su pareja, ya que la ley limitaba la calidad de beneficiario de dicha pensión al cónyuge o compañero permanente, siempre que la unión sea entre un hombre

⁵⁵ Nota de Remisión, Informe No. 86/13, Caso 12.595. Fondo Ana Teresa Yarce y Otras, (Comuna 13). Colombia.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 91.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 91.

⁵⁸ En dicho caso, un tribunal chileno encargado de la causa de tuición seguida en contra de la señora Karen Atala por la custodia de sus tres hijas fue decidido en su perjuicio debido a su orientación sexual. El Estado chileno alegó que dicha decisión judicial pretendía la protección del principio del interés superior del niño.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 99.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 107.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 114.

⁶² Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 124. En términos similares, la CIDH afirmó que distinciones con base en la orientación sexual deben ser consideradas categorías sospechosas, y por lo tanto, “se presume que la distinción es incompatible con la [CADH]”, Cf. CIDH. Demanda ante la Corte IDH, *Karen Atala e hijas vs. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párrs. 88, 89 y 95.

⁶³ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 139.



y una mujer⁶⁴. La Comisión consideró que la distinción en el acceso a la pensión de sobreviviente por razón de la orientación sexual no era idónea para garantizar la protección de la familia, pues se fundamentaba en una concepción limitada y estereotipada de la familia, que excluye a las familias formadas por parejas homosexuales⁶⁵. Por último, el caso *Flor Freire* versa sobre su baja del servicio que prestaba en la Fuerza Terrestre ecuatoriana por la aplicación de la normativa militar que sancionaba la “comisión de actos de homosexualidad”. En este sentido, la Comisión determinó que basta que la persona fuera percibida como homosexual para que estuviese protegida por la prohibición de discriminación⁶⁶. Así, la justificación de la normativa se basaba en una concepción estereotipada en contra de las personas homosexuales y su capacidad de ejercer la disciplina militar⁶⁷.

III. Violencia contra la Mujer

El preámbulo de la Convención Belém do Pará⁶⁸ señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, que incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. La Corte estableció que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que “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”⁶⁹.

El vínculo estrecho entre la violencia contra las mujeres y la discriminación

En el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú*, por primera vez la Corte afirmó que la violencia de género es una forma de discriminación de acuerdo a los precedentes del CEDAW⁷⁰. En este sentido, la Comisión reconoció las consecuencias graves de la discriminación contra las

⁶⁴ CIDH, Informe No. 5/14, Caso 12.841. Fondo, Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014, (En adelante: *Caso Ángel Alberto Duque*) párr. 38 a 40.

⁶⁵ CIDH, *Caso Ángel Alberto Duque*, párr.78.

⁶⁶ CIDH, *Caso Ángel Alberto Duque*, párr.82.

⁶⁷ CIDH, *Caso Ángel Alberto Duque*, párrs.111 y 112.

⁶⁸ La Convención de Belém do Pará cuenta con 32 ratificaciones de Estados Miembros de la OEA.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega*, párr. 118 y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú*, párr. 108.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 303.



mujeres y las nociones estereotipadas de sus papeles, y cómo este ciclo de discriminación está estrechamente vinculado a la violencia contra las mujeres⁷¹.

En el caso de *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros*⁷², la Comisión por primera vez se pronunció sobre la discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana y el vínculo con la violencia contra la mujer, estableciendo que los Estados están obligados bajo la Declaración Americana a dar efecto legal a los deberes contenidos en su artículo II y su obligación de no discriminar; que comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como un componente crucial del deber de eliminar formas directas e indirectas de discriminación. En relación a la violencia doméstica afirmó que, en ciertas circunstancias el Estado puede incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de dichos actos, dando lugar a una violación del derecho a la vida reconocido en el artículo I de la Declaración Americana y, al deber de otorgar una protección especial, establecido en el artículo VII del mismo instrumento⁷³.

La violencia sexual

La Corte abordó por primera vez de manera específica la violencia sexual contra las mujeres en el caso del *Penal Castro Castro*. En la Sentencia se elaboró una definición amplia de violencia sexual, se estableció que “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en 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 alguno”⁷⁴.

En relación a la violación sexual, la Corte consideró que “no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. [...] También debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la

⁷¹ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*. Guatemala. Este criterio fue reafirmado en el caso *Paloma Angélica Escobar*, al afirmar que “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, Cf Informe No. 51/13, Caso 12.551, Fondo (Publicación) Paloma Angélica Escobar Ledezma y Otros. México.

⁷² CIDH, Informe No. 80/11, Caso 12.626, Fondo. *Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros*. Estados Unidos. 21 de julio de 2011. (En adelante: *Jessica Lenahan y otros*. EEUU) Este caso se refiere a la omisión del Estado de actuar con debida diligencia para proteger a Jessica Lenahan y a sus hijas contra actos de violencia doméstica cometidos por su ex marido y el padre de las niñas, pese a haberse dictado una orden de protección contra el ex cónyuge y a favor de la señora Lenahan; y que resultaron en la muerte de las niñas.

⁷³ CIDH, *Jessica Lenahan y otros*. EEUU.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 306. ver Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 191. Posteriormente, el en caso *J* se consideró que la invasión física del cuerpo, el involucramiento del área genital de la presunta víctima, así como las circunstancias en las que se produjo, eliminó cualquier posibilidad de que hubiese habido consentimiento, por lo que constituyó un acto de violencia sexual, *Cfr. Caso J. vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, (En adelante: *Caso J. vs. Perú*) párr. 324.



penetración bucal mediante el miembro viril”⁷⁵. Por último, se estableció que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres⁷⁶.

La Corte también ha utilizado la existencia de violencia sexual para determinar que un homicidio fue por razones de género. De este modo, en el caso *Veliz Franco*⁷⁷ determinó que “las mujeres víctimas de homicidios por razones de género con frecuencia presenta[n] signos de brutalidad en la violencia ejercida contra ellas, así como signos de violencia sexual o la mutilación de los cuerpos”⁷⁸.

En materia de prueba sobre el hecho, la Corte ha establecido que la violación sexual al “[ser] 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. [...] 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”⁷⁹. Así, al analizar las declaraciones, la Corte precisó que debe tomarse en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva, por esto “las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad”⁸⁰. Por último, la Corte señaló en el caso *J* que “la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes”⁸¹, esto es cierto también para casos de violencia y violación sexual, por lo que no necesariamente se verán reflejados señales físicas en un examen médico⁸².

La violencia sexual contra la mujer como una forma de tortura

La Corte en el caso *del Penal Castro Castro*, luego de determinar que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas y psicológicas que se ven agravadas en los casos de

⁷⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 310. Así en el caso *J* afirmó que “para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea [...] Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal *Caso J. vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 359.

⁷⁶ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú*, párr. 108.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277. (En adelante: *Caso Veliz Franco*).

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Veliz*, párr. 178.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega*, párr. 100, Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, (En adelante: *Caso Espinoza González*) párr. 150 y Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, párr. 324.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, párr. 324.

⁸¹ Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, párr. 329.

⁸² *Ídem*.



mujeres detenidas por “la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente”⁸³, afirmó que, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la violación sexual por dichos efectos había constituido tortura⁸⁴. En *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*⁸⁵ la Corte examinó los criterios establecidos en la mencionada Convención para determinar la existencia de tortura. De este modo, en primer lugar, constató la existencia de un acto intencional, debido a que el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de las víctimas. En segundo lugar, en cuanto al sufrimiento físico, afirmó 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 agudo”⁸⁶, y determinó que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas”⁸⁷. Por último, la Corte consideró 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 que la sufre”⁸⁸, en ambos casos, la Corte dio por probado que dichos actos tuvieron una finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada⁸⁹.

En los casos de *Raquel Martín de Mejía*⁹⁰ la Comisión por primera vez abordó el concepto de violencia sexual como tortura y el acceso a la justicia para las víctimas. Determinó que estaban presentes los tres elementos establecidos en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura para probar la existencia de tortura. Al analizar estos elementos, la Comisión tuvo en cuenta el sufrimiento físico y psicológico causado por la violación sexual, la posibilidad de que la víctima sufriera “ostracismo” si denunciaba estos actos, y la forma en que la violación pudo haber sido perpetrada con la intención de castigar e intimidar a la víctima⁹¹.

IV. Obligaciones del Estado

El derecho de protección igualitaria de la ley y la no discriminación implica que los Estados tienen la obligación de (i) abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos de una población, (ii)

⁸³ Cort IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 311.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Dichos requisitos también fueron comprobados en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia* de 25 de octubre de 2012, (En adelante: *Caso Masacres EL Mozote y lugares aledaños*) párr. 165. Asimismo, ver Corte IDH, *Caso Espinoza González*, párr. 150 y Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, párr. 195.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega*, párr. 124; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú*, párr. 114.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Fernández*, párr. 127 y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú*, párr. 117.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ CIDH, Informe N° 5/96, Caso 10.970, Fondo. *Raquel Martín de Mejía*. Perú. del 1º de marzo de 1996. (En adelante: *Raquel Martín de Mejía*. Perú).

⁹¹ CIDH, *Raquel Martín de Mejía*. Perú.



eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, (iii) combatir las prácticas discriminatorias, y (iv) establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley⁹². En el mismo sentido, la Comisión⁹³ resaltó las concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación⁹⁴; la primera referida a la prohibición de diferencia de trato arbitrario⁹⁵ y otra, la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados⁹⁶. Ambas, según la Comisión, merecen una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la CADH⁹⁷.

La Corte ha señalado que en casos de violencia contra las mujeres el deber de investigar efectivamente tiene alcances adicionales⁹⁸. Así, la Convención de *Belém do Pará* establece que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia contra las mujeres⁹⁹. La obligación de los Estados incluye los deberes de investigar, procesar y condenar a los responsables, así como el deber de “prevenir estas prácticas degradantes”¹⁰⁰.

La impunidad de los delitos contra las mujeres envía el mensaje que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en la administración de justicia¹⁰¹. Por su parte la Comisión en el caso de *María da Penha Maia Fernandes*, aplicando por primera vez la Convención de Belém do Pará, afirmó que el Estado

⁹² Corte IDH. *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. 141 y Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 88, citados en Corte IDH, *Caso López Álvarez. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

⁹³ CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas vs. Chile*, 17 de septiembre de 2010, (En adelante: *Caso Karen Atala e Hijas*) párr. 80.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7, Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 92; CIDH, *Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.LV/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, adoptado el 7 de marzo de 2003, párr. 87.

⁹⁶ CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas*, párr. 80.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ La Corte ha establecido que en casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del artículo 7.b de la Convención de *Belém do Pará*, ver *Caso Fernández Ortega*, párr. 167; *Caso Rosendo Cantú*, párr. 177; *Caso Masacres EL Mozote y lugares aledaños*, párr. 243.

⁹⁹ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. LV/II. doc. 68, adoptado el 20 de enero de 2007, párr. 32.

¹⁰⁰ CIDH, Informe, No. 54/01, Caso: 12.051, Fondo. María Da Penha Fernandes. Brasil., 16 de abril de 2001, (En adelante: *María Da Penha*. Brasil) párr. 56.

¹⁰¹ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 400; Ver también, CIDH, *María Da Penha*. Brasil, párr. 56.



había fallado en actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, por no haber condenado ni sancionado al agresor por diecisiete años¹⁰².

1. Deber de prevención

La Corte estableció que los Estados “deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer¹⁰³”.

En *Kákmok Kásek* la Corte afirmó el deber del Estado de adoptar “políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección¹⁰⁴”. Asimismo, en *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* se estableció el deber prestar especial atención y cuidado a la protección de [las mujeres] y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica¹⁰⁵.

En relación a la responsabilidad del Estado por actos de terceros, la Corte estableció que debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares y las obligaciones de garantía específicas, en consecuencia determinó que:

[L]as obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican 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

¹⁰² La Comisión encontró en este caso que el Estado violó el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y a las garantías procesales en el marco de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, junto con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el artículo 1(1) de dicho instrumento, así como el artículo 7 de la Convención de *Belém do Pará*. Véase, CIDH, *María Da Penha*. Brasil, párr. 60.

¹⁰³ Corte IDH, *Campo Algodonero*, párr. 258.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Caso Xákmok Kásek*, párrs. 233-234.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr.177.



de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo¹⁰⁶.

La Corte evaluó la responsabilidad del Estado y el conocimiento de una situación real de riesgo en dos momentos claves, el primero antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida. Así en *Campo Algodonero* y *Veliz Franco*¹⁰⁷ se evaluó el contexto del caso para determinar que dicho contexto “surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días”¹⁰⁸. Determinó también que esta obligación al ser de medio, es más estricta y por lo tanto “es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde [el comienzo]”¹⁰⁹.

La Comisión también se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados en relación a los hechos cometidos por terceros. En el caso *María da Penha Maia Fernandes* encontró que este caso se enmarcaba en un patrón general de tolerancia del Estado y de ineficiencia judicial ante casos de violencia doméstica¹¹⁰. Así estableció que la obligación del Estado de actuar con debida diligencia va más allá de la obligación de procesar y condenar a los responsables, y también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”¹¹¹. Asimismo, en el caso de *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros*¹¹², consideró que el Estado puede ser responsable bajo el estándar de debida diligencia por no proteger a las mujeres de la violencia doméstica ejercida por actores privados cuando las autoridades tiene conocimiento o debieron haberlo tenido en relación a que las víctimas se encontraban en una situación de riesgo¹¹³.

2. Deber de investigar con debida diligencia

La Corte estableció que el Estado tiene la obligación de investigar de oficio cuando tiene conocimiento de hechos relacionados con violencia contra la mujer, así en el caso *J* la Corte estableció que “el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del

¹⁰⁶ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 280.

¹⁰⁷ Corte IDH, *Caso Veliz Franco*, párr. 138.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 283 y Corte IDH, *Caso Veliz Franco*, párr. 139 y 153.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ CIDH, *María Da Penha*. Brasil, párr. 55.

¹¹¹ CIDH, *María Da Penha*. Brasil, párr. 56.

¹¹² CIDH, *Jessica Lenahan y otros*. EEUU.

¹¹³ CIDH, *Jessica Lenahan y otros*. EEUU, párr. 133 a 136.



derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole¹¹⁴.

En casos de alegados actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia en razón de género. Para determinar si el acto de agresión o el homicidio fueron perpetrados en razón de género de la víctima, los Estados tienen el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual, por lo que la investigación no debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual y no solo el homicidio¹¹⁵. Por último, deben existir reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas¹¹⁶.

La Corte especificó, en el caso *Espinoza y otros*, obligaciones especiales que deben ser cumplidas en la investigación penal por violencia sexual, entre las que se encuentran i) la documentación de los actos investigativos, (ii) el manejo diligente de la prueba y la correcta cadena de custodia; ii) el acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima, y iii) la atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere¹¹⁷. Asimismo, la Corte estableció que se debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación profunda del trauma¹¹⁸.

La Comisión presentó a la Corte en marzo de 2014 el caso *Claudina Isabel Velásquez*¹¹⁹, este caso se refiere a la falta de adopción de medidas inmediatas y exhaustivas de búsqueda y protección a favor de la víctima durante las primeras horas de su desaparición. Esto, a pesar del conocimiento por parte de las autoridades estatales de la existencia de un contexto de violencia contra las mujeres que ubicaba a la víctima en una clara situación de riesgo inminente; en el proceso se tomaron en consideración estereotipos discriminatorios que tuvieron un serio impacto en la falta de diligencia en la investigación.

¹¹⁴ Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*.

¹¹⁵ Corte IDH, *Caso Velíz Franco*, párr. 187.

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 470 y Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles*, párr. 278.

¹¹⁷ Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles*, párr. 242.

¹¹⁸ Ver Corte IDH, *Caso Fernández Ortega*; Corte IDH *Caso Rosendo Cantú*. La Corte estableció como deben realizar las entrevistas que se realicen a una persona que afirma haber sido sometida a actos de tortura, y de forma especial a las víctimas de violencia o violación sexual, debe seguir los parámetros establecidos, *Cfr. Caso Espinoza Gonzáles*, párr. 248 y 249.

¹¹⁹ CIDH, Informe N° 53/13, Caso 12.777, Fondo. Claudina Isabel Velásquez Paiz y otros. Guatemala. 4 de noviembre de 2013.



3. Reparaciones con perspectiva de género

La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer resaltó la importancia de las garantías de no repetición, ya que "[i]enen] el mayor potencial transformador, [...] son las más propicias para transformar las relaciones de género, pues catalizan el debate acerca de las causas subyacentes de la violencia de género y de las reformas institucionales o jurídicas más generales que pudieran hacerse necesarias para impedir que el mal se repita"¹²⁰. La Corte subrayó por primera vez, en el caso *Campo Algodonero* la necesidad de ir más allá de las medidas de restitución en los casos de violencia contra la mujer y de elaborar reparaciones orientadas a abordar el contexto de la discriminación estructural que promueve la repetición de los casos de violencia contra la mujer¹²¹.

En este caso, la Corte ordenó la armonización de los protocolos penales de México con las normas internacionales para los casos de desaparición forzada, abuso sexual y asesinato de mujeres, así como la implementación de programas educativos y de capacitación en derechos humanos con una perspectiva de género¹²². En los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, ordenó que el Estado continúe "implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad; además, a "implementar, un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos, dirigido a los miembros de las Fuerzas Armadas. Asimismo, en el caso de *Fecundación in Vitro* ordenó a Costa Rica "implement[ar] programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación", además, "adopt[ar] las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la Fecundación in Vitro"¹²³.

En el *Caso de Atala Riffo y Niñas* indicó reparaciones transformadoras en el contexto de la discriminación por razones de orientación sexual y de identidad de género. Reconoció que "algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora [...] que tengan] un efecto [...] repositivo [y] correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI"¹²⁴. La Corte ordenó la capacitación de los funcionarios públicos, en cuestiones de derechos humanos, orientación sexual y no discriminación, así

¹²⁰ Consejo de Derechos Humanos, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/14/22, 19 de abril de 2010, p. 26.

¹²¹ Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 450.

¹²² Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párr. 502. y 540.

¹²³ Corte IDH, *Caso Fecundación in vitro*, párr. 336.

¹²⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 269.



como cambios legales y administrativos para incorporar la no discriminación y la orientación sexual dentro de las garantías judiciales¹²⁵.

Por su parte, la Comisión en el caso *Karina Montenegro y otras*, solicitó al “Estado ecuatoriano [que] garantice la no repetición de las acciones de discriminación de que son objeto las mujeres embarazadas privadas de libertad y las mujeres de la tercera edad o discapacitadas”¹²⁶, así como la “creación de un programa especial de atención médica a las mujeres embarazadas, sus hijos/as y las personas de la tercera edad”¹²⁷. En el caso *Miriam Riquelme Ramírez* el Estado paraguayo reconoció su responsabilidad internacional por haber realizado la detención, mientras Miriam Riquelme se encontraba en período de lactancia de su hija. Dentro de las medidas de reparación se incluyeron diversas acciones dirigidas a restablecer el vínculo materno filial¹²⁸.

V. Breves notas sobre los desafíos en la Protección en Razón de Género

En primer lugar, es evidente que son pocos los casos que la Corte ha resuelto en relación a la discriminación en razón de género. Dicho número no es representativo de las situaciones de violencia y discriminación existentes en la región¹²⁹. Esto podría ser el resultado de varios factores: (i) la larga duración de los casos en la Comisión¹³⁰, (ii) el incumplimiento de las Soluciones Amistosas sobre estos casos, y (iii) la ausencia de representación paritaria entre mujeres y hombres en la Comisión y la Corte¹³¹.

En segundo lugar, existe una falta de desarrollo de algunos temas, como lo son la obligación estatal de brindar sin discriminación servicios de salud sexual y reproductiva¹³², a pesar de la existencia de peticiones ante la Comisión, por ejemplo, sobre casos de denegación de acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, privación de libertad por la ocurrencia de emergencias obstétricas, y esterilizaciones forzadas de mujeres en situaciones de

¹²⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas*, párr. 269 y 267.

¹²⁶ CIDH, Informe N° 61/13, Caso 12.631, Fondo. *Karina Montenegro y Otras*. Ecuador. 16 de julio de 2013.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ CIDH, Informe N° 25/13, Petición P-1097-06, *Miriam Beatriz Riquelme Ramírez*. Paraguay. 20 de marzo de 2013.

¹²⁹ Ver, Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe. Informe anual 2013-2014. El enfrentamiento de la violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe, disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37185/S1500499_es.pdf?sequence=4

¹³⁰ CIDH, Informe Anual 2014, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/indice.asp>

¹³¹ CEJIL, Documento de Coyuntura, *Proceso de Selección de Integrantes de La Comisión y La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Reflexiones hacia una reforma, 2014 disponible en <https://cejil.org/sites/default/files/Documento%20de%20Coyuntura%20N%C2%BA%2010.pdf>

¹³² La definición de salud reproductiva adoptada en 1994 en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo especifica las características esenciales que diferencian la salud reproductiva y sexual de los demás campos de la salud. La salud sexual no se limita al período reproductivo de una persona, y está estrechamente relacionada con diversos factores socioculturales, las funciones características de uno u otro sexo y el respeto y la protección de los derechos humanos ver, OMS, *Proyecto de estrategia para acelerar el avance hacia el logro de los objetivos y metas internacionales de desarrollo*, EB113/15 Add.1, 18 de diciembre de 2003.



vulnerabilidad. Otros temas que han sido poco o nada desarrollados por el SIDH son las obligaciones del Estado en relación a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de grupos como, mujeres migrantes, niñas y adolescentes, indígenas, afros, personas con discapacidades, y personas que viven con VIH/SIDA. Es importante resaltar que, según el Programa de las Naciones Unidas para el VIH y SIDA el riesgo de contraer el virus puede ser hasta tres veces mayor en las mujeres víctimas de violencia que en las que no han tenido que enfrentarla¹³³. Asimismo las mujeres VIH positivas son víctimas de violencia y discriminación con más frecuencia que las mujeres VIH negativas¹³⁴.

Adicionalmente, es importante indicar la falta de desarrollo sobre contextos socioeconómicos en los que se producen las discriminaciones en razones de género. Se ha utilizado, en pocos casos, para precisar el grado en que era exigible al Estado sus obligaciones de prevención, y la existencia de un riesgo real e inminente. Ante ello surge la pregunta respecto de si la Corte tuvo la información disponible para llegar a tales afirmaciones, por ejemplo en el caso *Veliz Franco y otros* y *Espinoza González*¹³⁵.

En tercer lugar, aunque la Corte ha señalado un “vínculo indisoluble” entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y el principio de igualdad y no discriminación¹³⁶, en algunos casos ha establecido una diferencia entre estos artículos, indicando que el artículo 1.1 incorpora una prohibición de discriminación en el ejercicio y aplicación de los derechos consagrados en el mismo instrumento, mientras que el artículo 24 prohíbe dicha discriminación en lo que respecta no sólo a los derechos establecidos en la CADH, sino a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación¹³⁷. Esto ha sido indicado por la Comisión en su informe de fondo en el caso *Atala Riffo*¹³⁸.

En cuarto lugar, la falta de desarrollo sobre estándares relativos a la discriminación por orientación sexual e identidad de género, por ejemplo, los órganos del SIDH aún no han procedido a analizar las obligaciones positivas que tienen los Estados a favor de la comunidad LGBTI, como grupo vulnerable para el goce de sus derechos convencionales, falta de criterios en relación a la

¹³³ UNAIDS, *Women, Girls and HIV Fact Sheet* (Geneva: UNAIDS, 2010), p. 1 http://data.unaids.org/pub/FactSheet/2010/20100302_fs_womenhiv_en.pdf

¹³⁴ El caso *TGGL vs. Ecuador*, podría ser un momento para que la Corte se pronuncie sobre dichas obligaciones.

¹³⁵ Corte IDH, *Caso Veliz Franco*, párr. 65 y Corte IDH, *Caso Espinoza González*, párr. 68.

¹³⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

¹³⁷ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú*, párr. 103; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega*, párr. 199.

¹³⁸ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso *Karen Atala e Hijas*, Caso 12.502 contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010.



adopción por parte de parejas homosexuales¹³⁹, o la referencia a los derechos de las personas trans, y en general, a temas que, que no se limiten a la orientación sexual¹⁴⁰.

Sin duda las decisiones tomadas por la Comisión y Corte en materia de género han creado estándares importantes para comprender algunas de las desigualdades de género existentes en la región. Sin embargo, para que los órganos de protección del SIDH cumplan con su rol fundamental, es necesario profundizar el marco de análisis de las violaciones de derechos humanos derivadas de la existencia de estereotipos y roles de género en sus decisiones.

¹³⁹ Se convocó Audiencia Pública sobre el caso Duque para el 25 de agosto de 2015, para más información ante de la emisión de la Sentencia, ver http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/angel_alberto_duque.pdf

¹⁴⁰ En este sentido, en el caso *Hamalainen vs. Finlandia*, la Corte Europea tuvo que pronunciarse sobre la validez de un matrimonio contraído entre personas de distinto sexo, al momento en el que uno de sus integrantes cambió de sexo. Corte Europea de Derechos Humanos, *Hamalainen vs. Finlandia*, 16 de julio de 2014.



AVANCES, APROXIMACIONES Y DESAFÍOS EMERGENTES EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Calderón Gamboa*

I. Introducción; II. Avances puntuales en el derecho a la propiedad colectiva; III. Avances en la protección de los recursos naturales; IV. Avances en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, a través del concepto de “vida digna”; V. Avances en el reconocimiento de las comunidades como colectivo ante el SIDH; VI. Avances en las medidas de reparación integral con carácter colectivo; VII. Aproximaciones de la Corte a la realidad indígena o tribal; VIII. Desafíos emergentes para la jurisprudencia de la Corte IDH; IX. Conclusión.

I. Introducción

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) es hoy en día un referente para el importante desarrollo en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales a nivel internacional, con un impacto para más de 45 millones de personas indígenas, integrantes de un aproximado de 826 pueblos indígenas en la región latinoamericana¹.

Es así como el Derecho Internacional ha dado pasos recientes, en los términos de la historia de la humanidad, en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas. En esta esfera, fue con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989² que se dio el primer reconocimiento efectivo de sus derechos colectivos. La Declaración de Pueblos

* Abogado Coordinador *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lic. Universidad Iberoamericana, México DF; Maestría (LL.M.) en *International Legal Studies*, American University, Washington College of Law. Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la Corte IDH.

¹ Del Popolo, Fabiana y Reboiras, Leandro, *Los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Chile, ONU, CEPAL, 2014, p. 120. Dicha cifra, tomando en cuenta su auto reconocimiento. Actualmente es posible contabilizar 826 pueblos indígenas en los países de la región, también con un panorama muy diverso: en un extremo se ubican el Brasil, donde existen 305 pueblos indígenas, y luego Colombia (102), el Perú (85) y México (78); y en el otro, Costa Rica y Panamá, en cada uno de los cuales viven 9 pueblos indígenas, y luego El Salvador (3) y el Uruguay (2).

² *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169)*, 72 ILO Official Bull. 59, entered into force Sept. 5, 1991. El Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales fue el primer convenio internacional que trató a las necesidades específicas de derechos humanos de los pueblos indígenas. El Convenio perfila las responsabilidades de los gobiernos en la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>



Indígenas de la ONU³, aprobada por la Asamblea General en el 2007 reconoció derechos colectivos, incluyendo sobre el territorio y los recursos naturales. En el Sistema Interamericano desde 1997 se ha trabajado en el Proyecto de Declaración Americana de los Pueblos Indígenas⁴ que hasta la fecha no ha sido aprobada por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵ (Comisión) y la Corte han venido trabajando, principalmente a partir de este milenio, en el análisis de casos contenciosos donde se han sentado importantes estándares respecto de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas. En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte ha impactado de manera sustantiva en el desarrollo de estos derechos en la región y a nivel internacional.

La Corte ha conocido de al menos 22 casos contenciosos relacionados con temas indígenas o tribales, referentes a 9 países del continente Americano. A saber: *Aloeboetoe vs. Suriname*; *Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Yakye Axa vs. Paraguay*; *Moiwana vs. Suriname*; *Plan de Sánchez vs. Guatemala*; *Yatama vs. Nicaragua*; *López Álvarez vs. Honduras*; *Escué Zapata vs. Colombia*; *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*; *Saramaka vs. Suriname*; *Tiu Tojín vs. Guatemala*; *Chitay Nech vs. Guatemala*; *Xámok Kásek. Paraguay*; *Fernández Ortega vs. México*; *Rosendo Cantú vs. México*; *Sarayaku vs. Ecuador*; *Operación Génesis vs. Colombia*; *Norín Catrimán vs. Chile*; *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano Panamá vs. Honduras*; *Garífunas de Triunfo de la Cruz vs. Honduras*; *Garífunas de Punta Piedra vs. Honduras*; *Kaliña y Lokonos vs. Suriname*⁶.

Las principales temáticas abordadas han versado sobre: a) los derechos a la propiedad colectiva; b) el derecho a la vida digna de las comunidades; c) los derechos políticos; d) el

³ UN-GA. Resolution, A/RES/61/295, (A/61/PV.107, 13 Sept. 2007 GA/10612) *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Antecedent: Human Rights Council Res. 2006/2, Working group of the Commission on Human Rights to elaborate a Draft Declaration in accordance with paragraph 5 of the General Assembly res. 49/214 of 23 December 1994 (2006). Establece derechos colectivos en mayor grado que cualquier otro documento protector de los derechos humanos a nivel internacional. También protege el derecho de pueblos indígenas de poseer la tierra colectivamente y la protección de sus recursos naturales. *Cfr.* Artículos 25 a 32.

⁴ Propuesta de Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas (Aprobada por la CIDH el 26 de febrero de 1997, en su 95 Período Ordinario de Sesiones, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc.6 (1997). http://www.oas.org/OASPage/Events/default.asp?eve_code=8

⁵ La Comisión Interamericana cuenta con una Relatoría de Pueblos Indígenas desde el año 1990, la cual emite informes temáticos, reportes de países, realiza visitas *in loco*, etc. La CIDH ha emitido resoluciones en los siguientes casos, *inter alia*: *Dann Case vs. USA* (2002); *Comunidad de San Mateo de Huancho respecto Perú* (2004), *Mercedes Julián Huenteao Berioza respecto Chile* (2004), *Yanomani respecto Brasil*; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)* (2004). *Comunidad de la Oroya respecto Perú* (2007). *Ver.* Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09 Ver. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Index.htm>.

⁶ Los últimos tres casos, dos de Honduras y uno de Suriname, se encuentran pendientes de resolución ante la Corte, ha ser resueltos a finales de 2015.



reconocimiento de su personalidad jurídica; e) el derecho a la lengua propia; f) los derechos de los niños indígenas; g) el desplazamiento forzado y derecho de circulación; h) el acceso a la justicia i) el derecho a la identidad cultural; j) la prohibición de la discriminación de leyes, estructural, a través de estereotipos; y k) los recursos naturales y proyectos de desarrollo en sus territorios ancestrales, entre otros.

A fin de brindar una protección de tales derechos, la Corte ha debido interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), mediante diversas vías de interpretación, tales como la sistemática, evolutiva, pro persona, ya que dicho tratado no contempló ninguna cláusula especial referente a los derechos de estos pueblos. Es por ello, que la Corte ha utilizado el *corpus juris* internacional en la materia (*supra*)⁷, a fin de dar una interpretación conforme a la CADH.

Sin perjuicio de las amplias temáticas abordadas por la Corte, los mayores ejemplos de esta interpretación del Tribunal en la materia, consisten en lo referente al derecho a la propiedad colectiva y protección de los recursos naturales de los Pueblos Indígenas⁸, así como las garantías de algunos derechos económicos, sociales y culturales, a través del concepto de “vida digna”, temas de referencia a continuación.

II. Avances puntuales en el derecho a la propiedad colectiva

En el caso de la *Comunidad Mayagna* relacionado con la falta de demarcación, delimitación y titulación del territorio ancestral de la Comunidad, frente a afectaciones por concesión de explotación maderera a una empresa privada en su territorio, la Corte por primera ocasión interpretó el artículo 21 de la CADH sobre “propiedad privada” desde una visión más amplia. Así, estableció que mediante una interpretación evolutiva de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado --que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos--, “el artículo 21 protege el derecho a la propiedad en un

⁷ Adicionalmente a las ya citadas, *inter alia*: ONU. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas; ONU. Comité de Derechos Humanos; Comité para la Discriminación Racial; Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas; Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁸ Algunos fragmentos de este artículo han sido publicados en el artículo: Calderón Gamboa Jorge. *Pueblos Indígenas y Recursos Naturales en la Jurisprudencia de la Corte IDH*. En Libro: “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano: Principios Básicos”. OEA. Secretaría de Asuntos Jurídicos. 2014. Washington DC.



sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”⁹.

Asimismo, la Corte señaló que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural¹⁰.

En este sentido, la Corte se ha pronunciado respecto de diversos supuestos en que la propiedad tradicional se encuentra en conflicto respecto a situaciones de posesión, despojo o pérdida de la misma, señalando que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado¹¹; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro¹²; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas¹³; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe¹⁴, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad^{15,16}.

Además, respecto de la relevancia en la protección del territorio tradicional y sus recursos naturales, la Corte en el caso *Mayagna sumo Awas Tingni* señaló que los Estados deben

⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

¹⁰ *Ibíd.* párr. 146.

¹¹ Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna*, párr. 151, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

¹² Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna*, *supra*, párr. 151, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 128.

¹³ Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna*, *supra*, párr. 164; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 215, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 194.

¹⁴ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 133, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 128.

¹⁵ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párrs. 128.

¹⁶ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de agosto de 2010. Serie C. 214, párr. 109. , 60, párr. 109.



garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas, y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio¹⁷. En el caso *Saramaka* estableció que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros¹⁸. En el caso *Sarayaku* dispuso que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas para el control y uso de su territorio y recursos naturales¹⁹. En el caso *Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano* la Corte especificó que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas²⁰.

III. Avances en la protección de los recursos naturales

En particular, y respecto de la protección de los recursos naturales en territorio tradicional, en el caso de la *Comunidad Saramaka vs. Suriname*, referente a la concesión a una empresa privada para llevar a cabo trabajos de explotación maderera y minería en el territorio de la Comunidad afrodescendiente, la Corte analizó a mayor profundidad lo que se refiere a recursos naturales y señaló que tales recursos son los necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo²¹.

El Tribunal estableció que el artículo 21 de la CADH no impide al Estado emitir concesiones para la exploración o extracción de recursos naturales, no obstante, para que éstas no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo como tal y a fin de preservar, proteger y garantizar dicha relación especial de los miembros, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias²²: 1) consultar para obtener consentimiento; 2) compartir beneficios generados a partir de las concesiones emitidas; 3) realizar estudios de impacto ambiental y social, y 4) no

¹⁷ *Comunidad Mayagna*, supra, 214, párr. 153 y 164.

¹⁸ *Caso del Pueblo Saramaka*, supra 59, párr. 115.

¹⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012 Serie C No. 245.*, párr. 146.

²⁰ *Cfr. Caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano*, párr. 117. Ver también: *Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 209; *Caso de la Comunidad Mayagna*, párr. 151 y 153, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, supra, párr. 109.

²¹ *Caso del Pueblo Saramaka*, supra, párr. 122.

²² *Ibid.* párr. 129 y 143.



afectar la sobrevivencia del pueblo. La Corte ha desarrollado el alcance de cada uno de sus aspectos en su jurisprudencia en los casos *Saramaka* y *Sarayaku*.

a) *Derecho a ser consultado y obligación de obtener consentimiento*

La consulta debe garantizar la participación efectiva de los integrantes de la comunidad y debe ser realizada: i) de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; ii) conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones; iii) en las primeras etapas del proyecto en cuestión, y iv) previa entrega de toda la información relevante, inclusive los posibles riesgos²³. La Corte aclaró que es el pueblo y no el Estado quien debe decir sobre quién y quiénes representan a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones²⁴. Asimismo, mediante Sentencia de Interpretación, la Corte precisó al menos seis asuntos de consulta para el caso concreto²⁵.

Agregó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación de obtener el “consentimiento” libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones²⁶. En relación a ello, la salvaguarda de la participación efectiva es un requisito adicional debido al impacto profundo que dichos planes pueden tener sobre el derecho a la propiedad²⁷.

El caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Sarayaku o Pueblo Sarayaku)*²⁸ de 2012, se refiere a al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio indígena, incluyendo la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del mismo, sin haber realizado el debido procedimiento de consulta y demás salvaguardias, creando

²³ *Ibid.* párr. 133.

²⁴ *Caso del Pueblo Saramaka, supra*, párr. 18.

²⁵ (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo *Saramaka*; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo *Saramaka* el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo *Saramaka* a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo *Saramaka* a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo *Saramaka*, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio. *Ibid.* párr. 16.

²⁶ *Caso del Pueblo Saramaka, supra*, párr. 134.

²⁷ *Ibid.* párr. 138.

²⁸ *Cfr. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.*



con ello una situación de riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. El área total que sería afectada por el proyecto en el territorio *Sarayaku* comprendía bosque primario, sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales y lugares de ritos culturales. Al respecto, la Corte desarrolló mayores estándares sobre la obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con el derecho a la identidad cultural del Pueblo Indígena.

La Corte estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Dicho derecho está reconocido en el Convenio 169 de la OIT²⁹, entre otros instrumentos internacionales y una práctica constante de los más altos tribunales de justicia de la región. El deber de consultar se genera cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Por tanto, el Estado debe incorporar los estándares nacionales e internacionales en la materia desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas. Frente a ello, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva por medio de los órganos correspondientes³⁰.

Asimismo, especificó la Corte que respecto del *carácter previo* de la consulta “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”. Lo anterior puede aplicar a medidas legislativas, respecto de

²⁹ Ecuador ratificó el Convenio Nº 169 de la OIT en abril de 1998, y ese mismo año se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998. La Corte señaló que “era indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo *Sarayaku*, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena”.

³⁰ Cfr. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, *supra*, párrs. 159 a 179.



las cuales deberán ser consultados previamente en todas las fases de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a meras propuestas³¹.

Respecto de la *buena fe y finalidad* de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, se pretende concebir un verdadero instrumento de participación con miras a alcanzar un consenso entre las partes, y por tanto es incompatible cualquier medio de coerción o intentos de desintegración de las comunidades. El deber de consulta es un deber del Estado que no puede delegarse a una empresa privada o terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta³².

Para que la consulta sea *adecuada y accesible*, debe realizarse a través de procedimientos culturales adecuados, tomando en cuenta sus tradiciones y la naturaleza de la medida consultada. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión³³.

Finalmente, la consulta debe ser *informada*, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes³⁴.

El Tribunal aclaró que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas³⁵. En específico, en el caso *Sarayaku* el Estado no cumplió con los estándares antes referidos, por lo que la Corte declaró que Ecuador violó el derecho a la consulta del Pueblo Indígena³⁶.

Respecto de otras afectaciones derivadas de la falta de la consulta, en el caso *Sarayaku* la Corte desarrolló pautas para esbozar el derecho a la identidad cultural³⁷. Al respecto, señaló que

³¹ *Ibid.* párrs. 180 a 184.

³² *Ibid.* párrs. 185 a 200.

³³ *Ibid.* párrs. 201 a 203.

³⁴ *Ibid.* párrs. 208 a 2010.

³⁵ *Ibid.* párr. 179.

³⁶ *Ibid.* párr. 211.

³⁷ Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones



éste es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. “Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”. En específico, la Corte sostuvo que la falta de consulta al Pueblo *Sarayaku* afectó su “identidad cultural”, dándole valor como derecho innominado en la CADH, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implicó una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos³⁸.

b) Compartir beneficios

El Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas y que derivan de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos³⁹, como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH⁴⁰. La Corte especificó que la comunidad es quien deberá determinar y resolver respecto de quiénes son los beneficiarios de una compensación según sus costumbres y tradiciones y de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal⁴¹.

c) Elaboración de estudios de impacto ambiental y social (EIAS)

Las autoridades deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros de la Comunidad. En este sentido, el Estado deberá garantizar que no se emita ninguna concesión a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural. Por su parte, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, como el Comité PIDESC y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías, se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios. (*Ibid.*, párr. 215 y 216).

³⁸ *Sarayaku*, *supra* nota 30 párr. 220.

³⁹ *Saramaka*, *supra* nota 1, *ibid.* párr. 140.

⁴⁰ *Ibid.* párr. 139.

⁴¹ *Saramaka*, *supra*, párrs. 26 y 27.



Estado, realicen un estudio de impacto social y ambiental⁴². Así, la Corte también especificó que “los EIAS deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto⁴³, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo. Uno de los factores que debiera tratar los EIAS es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”⁴⁴. La Corte notó que el nivel de impacto aceptable demostrado por los EIAS puede diferir en cada caso, no obstante el principal criterio consiste en que éste no niegue la capacidad de los miembros de la comunidad a sobrevivir como pueblo⁴⁵.

En específico, en el caso *Saramaka* la Corte concluyó que no sólo se había 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 [había] recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio”⁴⁶. Asimismo, encontró que las concesiones madereras dañaron el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales de la comunidad, sobre los cuales tiene un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo ni 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 la comunidad. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo y, a su vez, los miembros del pueblo no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo ello violó el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la CADH⁴⁷.

En el caso *Sarayaku*, la Corte concluyó que el plan de impacto ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia. Así, observó las obligaciones al respecto derivadas del artículo 7.3 del Convenio 169

⁴² *Saramaka*, *supra* nota 1 párr. 129.

⁴³ Uno de los más completos y utilizados estándares para EIAS en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*, el cual puede ser encontrado en: <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-en.pdf>

⁴⁴ *Saramaka*, *supra* párr. 41.

⁴⁵ *Ibid.* párr. 42.

⁴⁶ Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indicaban que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio *Saramaka* y no se les pagó ningún tipo de indemnización por ello. *Saramaka*, *supra*, párr. 153.

⁴⁷ *Saramaka*, *supra*, párr. 154.



de la OIT⁴⁸, y reiteró que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión. En el caso concreto, el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo *Sarayaku*; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo *Sarayaku*⁴⁹.

IV. Avances en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, a través del concepto de “vida digna”

La Corte ha desarrollado el concepto de “vida digna”, en interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en casos de grupos en situación de vulnerabilidad y en relación con el artículo 1.1 (*deber de garantía*), así como del artículo 29 de la misma, dándole contenido a su interpretación a la luz de otros instrumentos nacionales e internacionales.

Así, la Corte ha señalado que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”⁵⁰. En específico, el Estado debe generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. Asimismo, “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁵¹.

En los casos paraguayos de pueblos indígenas (*supra*), derivado de la falta de su territorio ancestral, los miembros de las comunidades se encontraban en una situación de extrema pobreza, con índices deplorables en sus condiciones de vida, tales como la falta de acceso al agua potable, alimentación, salud, vivienda, etc. Al respecto, la Corte desarrolló a mayor profundidad el concepto

⁴⁸ Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”

⁴⁹ *Sarayaku*, *supra*, párrs. 204 a 207.

⁵⁰ *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 161.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 162.



de *vida digna* a través de una interpretación evolutiva del derecho a la vida en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 de la CADH y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (derecho a la salud); 11 (derecho a un medio ambiente sano⁵²); 12 (derecho a la alimentación); 13 (derecho a la educación) y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT⁵³. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14⁵⁴.

De esta manera, la Corte en el caso *Yakye Axa* observó que, en el supuesto de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, está directamente vinculado con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia⁵⁵. Por tanto, concluyó que la privación de su derecho a la propiedad comunitaria había afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades⁵⁶. En consecuencia, el Estado no había adoptado medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna en contravención con los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH.

Posteriormente, en el caso *Sawhoyamaxa* el Tribunal especificó que para encontrar responsabilidad del Estado por riesgo de vida, debía éste al momento de los hechos tener conocimiento de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida y no tomar las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo⁵⁷. En el caso *Xákmok Kásek*, en el que el Estado ya había prestado ciertas medidas de asistencia humanitaria a la comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Consideró también que esta situación estaba

⁵² Artículo 11. *Derecho a un Medio Ambiente Sano* 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

⁵³ *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 163.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 166, citando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Artículo 12.

⁵⁵ *Cfr.* U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20º período de sesiones, 1999), párr. 13, y U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC, (29º período de sesiones 2002), párr. 16.

⁵⁶ *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párrs. 167, 168 y 176.

⁵⁷ *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena, Sawhoyamaxa*, *supra*, párr. 155.



estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria⁵⁸.

Por tanto, el concepto de *vida digna* en estos casos incluye, de manera intrínseca, garantizar a los pueblos indígenas de las condiciones favorables para utilizar y disfrutar de los recursos naturales en sus territorios, para así brindar las condiciones mínimas de vida y desarrollo, a la luz de los derechos económicos, sociales y culturales.

V. Avances en el reconocimiento de las comunidades como colectivo ante el SIDH

En cuanto al reconocimiento colectivo por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cabe señalar que si bien la Corte venía exigiendo a los Estado el reconocimiento interno colectivo de los derechos de estos pueblos, la jurisprudencia del Tribunal interamericano en casos de pueblos indígenas y tribales había consistido en interpretar el concepto de persona establecido en los artículos 1.2 y 44 de la CADH, derivando que las violaciones a ésta exclusivamente se podían declarar en perjuicio de los “miembros o integrantes” de las comunidades indígenas (debidamente individualizados), y no así a la comunidad como colectivo. No obstante el carácter colectivo de las violaciones declaradas y las consecuentes medidas de reparación que la Corte otorgaba en beneficio de toda la comunidad⁵⁹. Al respecto, finalmente en el caso *Sarayaku* y en adelante, la Corte reconoció a los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de protección de la CADH, al considerar que “la normativa internacional relativa a estos reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva”⁶⁰.

Lo anterior, adquiere gran relevancia no sólo en el plano enunciativo, sino que en la protección de los recursos naturales, que en su mayoría tienen un carácter difuso y su titularidad se hace indispensable vincularla con el pueblo como sujeto colectivo. Asimismo, la jurisprudencia

⁵⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párr. 215 y 216.

⁵⁹ Cfr. Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, *Caso Xákmok Kásek*, *supra* nota 19. En el sentido de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos colectivos protegidos por la CADH.

⁶⁰ Cfr. *Caso del Pueblo Indígena Sarayaku*, *supra*, párr. 231.



en materia de propiedad colectiva, identidad e integridad cultural y reparaciones adquiere sentido en el entendido que es la comunidad en la que recaen dichas afectaciones como parte lesionada.

VI. Avances en las medidas de reparación integral con carácter colectivo

Las medidas de reparación integral que ha otorgado en estos casos, han incluido una perspectiva colectiva de los derechos en juego y con un perfil étnico aplicado al caso, a la luz de un catálogo de al menos seis categorías de medidas aplicadas a pueblos indígenas: restitución territorial; satisfacción compensatoria; rehabilitación del territorio o comunidad; garantías de no repetición; compensación (con fondos de desarrollo); deber de investigar, tomando en cuenta la no discriminación y el acceso a la justicia. Bajo ese catálogo, la Corte ha ordenado: la demarcación, titulación, restitución y protección del territorio ancestral; la adopción de mecanismos para el reconocimiento de su personalidad jurídica, debida implementación de la consulta y demás salvaguardas para los Pueblos Indígenas. Creación de fondos de desarrollo y diversas medidas de infraestructura en favor de las comunidades, publicaciones del resumen de la sentencia y actos públicos en lenguas indígenas, becas de estudios, retiro de materiales peligros del territorio tradicional, entre otras medidas legislativas y administrativas para evitar la repetición de los hechos y en favor de la demás población indígena o capacitaciones para funcionarios en la materia⁶¹.

Estas medidas con perspectiva étnica han permitido a la Corte reorientar situaciones de desventajas o discriminación estructurales en al menos los 9 países que han recibido sentencias, y orientado así a muchos otros países que han utilizado la jurisprudencia de la Corte para interpretar sus propias decisiones⁶².

VII. Aproximaciones de la Corte a la realidad indígena o tribal

En este apartado destacamos dos tipos de diligencias probatorias que han permitido al tribunal acercarse a las conflictividades particulares de los casos: Por un lado, las modalidades en la prueba documental o testimonial que se reciben ante la Corte y las visitas o diligencias *in situ* en territorio indígena.

⁶¹ Caso del Pueblo Indígena Sarayaku, *supra* párr. 302.

⁶² Vease por ejemplo Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 38713, párrs. 9 y ss.



Sobre la prueba, el Tribunal ha escuchado en audiencia pública y mediante *affidávits*, no sólo testimonios de declarantes y peritos en materia legal, sino que de relatores especiales de la ONU, antropólogos, sociólogos, historiadores, líderes de las comunidades, chamanes, etc.

Para mostrar un ejemplo de ello, recordamos la emblemática declaración de la perito Rosalina Tuyuc, líder indígena maya, quien en el caso *Chitay Nech vs. Guatemala* rindió peritaje sobre la persecución a los líderes indígenas durante el conflicto armado interno, y señaló ante el Tribunal que “la conexión energética con la tierra tiene una importancia fundamental en la cosmovisión maya”, por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual⁶³. Así, refirió que:

“Muchos de los hijos de campesinos, o de mayas su principal conexión es la Madre Tierra. [...] Para la cosmovisión de los pueblos mayas, principalmente está esa conexión con la tierra, con el aire, con el agua, con los bosques, y cuando uno está fuera de la comunidad prácticamente no tiene esa conexión energética, y por ello es que actualmente muchos de los miles y cientos de hijos huérfanos ya no saben por qué el movimiento de estas energías, por haber sido negado, inducido a estar fuera de su comunidad [...] y fuera de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas”.

Dichos testimonios han sido rendidos en diversos idiomas y lenguas indígenas, aunque no sean parte de los idiomas oficiales de la OEA. La prueba documental recibida también ha sido amplia para probar cuestiones de facto que existen en las realidades sociales.

Respecto de las visitas, la Corte ha realizado ya seis diligencias *in situ* a territorio indígena a fin de comprender la situación del caso y recabar información de campo. Desde el caso *Aloeboetoe vs. Suriname* (1993), *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), *Kaliña y Lokono vs. Suriname* (2015), *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras* (2015)⁶⁴, y Caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano Panamá vs. Honduras (2015, en supervisión de cumplimiento).

⁶³ Cfr. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 145.

⁶⁴ Ver comunicado del 53 Período extraordinario de sesiones en Honduras.



Dichas prácticas han permitido al Tribunal comprender las realidades sociales y humanas de estos pueblos, lo cual se ha visto reflejado en la interpretación de la CADH y la resolución de los casos, en el sentido de comprender de mejor forma la cosmovisión indígena.

VIII. Desafíos emergentes para la jurisprudencia de la Corte

Algunos de los principales desafíos que se presentan en la materia, consisten en los estándares que el SIDH deberá generar respecto de la compatibilidad entre reservas naturales y áreas protegidas dentro de territorios tradicionales indígenas⁶⁵.

Asimismo, será importante definir el alcance del concepto de territorio ancestral que debe ser titulado, si este incluye la zona habitacional y de trabajo, o también otras áreas que corresponden parte de su *hábitat funcional*, y si también alcanzaría otras áreas más extensas de desplazamiento o desarrollo de su cultura. Cómo aplica lo anterior, respecto de territorios ocupados por pueblos nómadas o agricultores⁶⁶.

De especial importancia resultará establecer cuáles es el alcance de la garantía del uso y goce de la propiedad indígena frente a invasiones de terceros, a través de medidas como el saneamiento, lo cual se incluiría como un deber adicional a los ya reiterados sobre delimitación, demarcación y titulación⁶⁷. Cabe señalar que esta temática es común en la región, donde un gran porcentaje de tierras indígenas, ya reconocidas por el Estado o tituladas se encuentran en manos de terceros no indígenas⁶⁸. Pero también, resulta relevante cómo conciliar dichos derechos preferentes frente a otros campesinos que también puedan constituir grupos vulnerables, o dónde se disputen territorios tradicionales entre indígenas y pueblos tribales.

La Corte deberá definir y especificar también los límites a las salvaguardas para la explotación de recursos naturales en territorio indígena, así como definir el alcance entre los conceptos de consulta y consentimiento frente a proyectos de desarrollo, temas que ha anunciado

⁶⁵ Ver Casos pendientes ante la Corte: *Comunidad Triunfo de la Cruz vs. Honduras*; y *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*.

⁶⁶ Ver artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT.

⁶⁷ Ver Caso pendiente ante la Corte: *Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras* y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

⁶⁸ Ver por ejemplo Audiencia Pública en la CIDH sobre “Denuncias de violación de derechos humanos de pueblos indígenas en Costa Rica”. 153 Período de Sesiones de la CIDH. Viernes, 31 de octubre de 2014. Ver también casos derivados de la titulación del Pueblo Mayagna en Nicaragua, Peticiones ante la CIDH.



en casos anteriores, así como los alcances y límites a la autonomía y autodeterminación indígena y/o tribal.

El SIDH deberá enfrentar también casos relacionados con la protección colectiva de conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, como por ejemplo el uso de medicinas naturales, arte, tradiciones, etc.

Por otra parte, hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no ha lidiado con un tema complejo como lo es la jurisdicción indígena en la aplicación de su autonomía, sus usos y costumbres que puedan ser contrarios a principios democráticos, de igualdad y no discriminación (género) o inclusive contrarios a los derechos civiles y políticos de los Estados.

Otros desafíos se presentan en el rol del Estado social frente a los pueblos nativos no contactados, al igual que respecto de los conflictos territoriales entre personas del mismo grupo indígena.

Resulta también relevante replantear en la jurisprudencia de la Corte la visión de los pueblos indígenas en relación con sus formas de vida ancestrales y de subsistencia, siendo que la movilidad de éstos a lo largo de los siglos pareciera exigir un reconocimiento también de sus formas de desarrollo moderno y evolución como pueblos que no pueden estar supeditados a las exigencias meramente del folclor indígena o basadas en estereotipos. Al respecto, también se deberán replantear algunas visiones paternalistas por parte de la Corte en el sentido que los Estado intervengan en la toma de decisiones o administración de los fondos de desarrollo indígenas ordenados por ese Tribunal interamericano.

Además, existen también desafíos en el análisis de las políticas públicas para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos, también respecto de las políticas trasfronterizas o migratorias que los puedan afectar significativamente.

Finalmente, es relevante tomar en cuenta que la Corte queda vinculada a sus propias medidas de reparación ordenadas, ya que le corresponde a ella la supervisión de su cumplimiento. Si bien muchas de las principales medidas en estos casos aún se encuentran pendiente de



cumplimiento, otras se han efectivizado positivamente⁶⁹. Para ello, la Corte ha jugado un rol sumamente activo para llamar a las partes a audiencias privadas o públicas de supervisión de cumplimiento, emitir resoluciones e inclusive visitar los países y comunidades indígenas (supra). No obstante, el desafío en la adecuada implementación se juega también con que ésta sea pronta y efectiva. En este sentido, destacamos que es un reto de todo el SIDH y particularmente de toda la región, hacer que los fallos de la Corte, especialmente en materia de grupos en situación de vulnerabilidad, sean adoptados de manera inmediata.

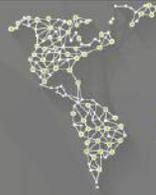
IX. Conclusión

Frente a la dimensión del impacto que la jurisprudencia de la Corte en esta materia tiene para millones de personas y pueblos de la región, ésta ha garantizado una protección amplia para el reconocimiento colectivo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, a través de la adecuada interpretación del *corpus juris* internacional aplicable, el desarrollo de estándares relevantes en diversas temáticas y el otorgamiento de medidas de reparación integral con perspectiva étnica, lo cual ha posicionado al Tribunal interamericano como uno de los principales órganos a nivel internacional en esta materia.

Asimismo, cada vez son más los tribunales internos que han adoptado en su derecho interno los criterios emitidos por la Corte vía interpretativa o por medio de la doctrina del control de convencionalidad⁷⁰, alcanzando así un efecto multiplicador en beneficio de una mayor protección para estas poblaciones de la región.

⁶⁹ Ver las Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento en los distintos casos indígenas aquí abordados.

⁷⁰ Ver por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 38713, párrs. 9 y ss. Mediante la cual siguiendo los precedentes del SIDH ha señalado que el Estado se encuentra obligado a proteger los territorios colectivos contra actos de terceros. Sobre el concepto de imprescriptibilidad del territorio indígena, ver por ejemplo: Argentina: Constitución de la Nación Argentina de 1994, artículo 75.17; Constitución de la Provincia del Chaco de 1994, artículo 37; Constitución de la Provincia del Chubut de 1994, artículo 34; Constitución de la Provincia de Salta de 1986, artículo 15.I; Ley N°. 4086 de 1966, Provincia de Salta; Constitución de la Provincia de Formosa de 1957, artículo 79; Ley 2727 de 1989, Provincia de Misiones. Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado de 2008, artículo 394.III; Ley N°. 1715 de 1996, "Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria"; Brasil: Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 231.4; Chile: Ley 19.253 de 1993 "[e]stablece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena" (reformada 25 de marzo de 2014). Colombia: Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 63 y 329; Decreto 2164 de 1995. Costa Rica: Ley 6172 de 1977, "Ley indígena". Ecuador: Constitución del Ecuador de 2008, artículo 57.4. Honduras: Decreto N°. 82-2004, "Ley de propiedad" de 2004. Paraguay: Constitución Nacional del Paraguay de 1992, artículo 64. Perú: Decreto Legislativo N°. 295 de 1984, "Código Civil"; Decreto Ley N°. 22175 de 1978, "Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva". Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 119; Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de 2005. Ver Citas: *Caso Pueblo Sarayaku*, supra, párr. 164.



La reciente práctica de la Corte de realizar visitas *in loco* para este tipo de casos, es un elemento positivo que alerta la perspectiva que puede mantener un tribunal de derechos humanos al resolver realidades complejas. Es por ello que el SIDH y, particularmente la Corte, cuentan con las bases necesarias para enfrentar las diferentes problemáticas y desafíos sociales y jurídicos emergentes en esta materia, en vista de un adecuado reconocimiento de la calidad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, en armonía y ponderación con otros factores sociales que se presentan en la actualidad en la región interamericana.



LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS
SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS



LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: RETOS Y AVANCES

Patricia Tarre Moser*

Sumario: I. Introducción; II. La posición de garante del Estado; III. Los derechos de las personas privadas de libertad; IV. Retos pendientes sobre los derechos de las personas privadas de libertad.

I. Introducción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) protege el derecho a la libertad personal en su artículo 7. Dicho artículo regula los límites o restricciones que el Estado puede imponer a la libertad personal¹. En este sentido, se permite que el Estado prive a una persona de su libertad personal, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos, entre los que se encuentra que la privación de la libertad sea legal, necesaria y proporcional en relación con el fin que intenta lograr².

Adicionalmente, la CADH no limita la aplicación del artículo 7 a privaciones de libertad con un fin particular. Por el contrario, esto queda abierto, y se ha considerado aplicable a diferentes situaciones³. Por tanto, a pesar de que la mayoría de los casos ante el sistema interamericano conciernen privaciones de libertad relacionadas con procesos penales, en lo pertinente, los mismos estándares son aplicables a todas las personas privadas de libertad por el Estado⁴.

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 2012. Estudió un LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Notre Dame (*summa cum laude*). Realizó sus estudios de derecho en la Universidad Central de Venezuela. Las opiniones expresadas en este artículo son personales y no reflejan las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o su Secretaría.

¹ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 53.

² Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 120.

³ La Corte ha aplicado el artículo 7 a privaciones de libertad llevadas a cabo como medida cautelar y como medida punitiva en el marco de procesos penales, por la situación migratoria, así como a detenciones colectivas y programadas. Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párrs. 115 y 134; *Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 106, y *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 38.

⁴ En el mismo sentido, véase, CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II Doc. 64. adoptado el 31 de diciembre de 2011 (en adelante *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*), Cap. I, párr. 38.



Si bien el Estado tiene la facultad de restringir la libertad personal, debe asegurarse que el trato dado durante la privación de la libertad no sea violatorio a la CADH. Al respecto, el artículo 5 de esta convención establece que:

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. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Es dentro de este artículo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) ha analizado las condiciones carcelarias⁵.

La primera vez que la Corte se pronunció sobre los derechos de las personas privadas de libertad fue en 1995 en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. El caso trataba de la muerte de tres personas privadas de libertad durante la debelación de un motín. La Corte dejó claro que

[T]oda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos⁶.

⁵ Steiner, Christian y Uribe, Patricia coords. Comentario al artículo 5 derecho a la libertad personal de Claudio Nash, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 1a. ed., México, Konrad-Adenauer-Stiftung, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 150.

⁶ Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60.



Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte ha ido ampliando esta interpretación en varios sentidos. La finalidad de este artículo es describir los principales avances realizados, así como comentar algunos de los retos aún pendientes. Por tanto, se explicará que implica la posición de garante del Estado frente a las personas privadas de libertad, y seguidamente se describirá la jurisprudencia sobre los derechos de las personas privadas de libertad. Por último, se desarrollará brevemente sobre algunos de los retos pendientes.

II. La posición de garante del Estado

La idea básica sobre la responsabilidad del Estado en relación con las personas privadas de libertad es que el Estado, a través de las autoridades penitenciarias, ejerce un control total sobre éstas⁷. La Corte ha establecido que:

[S]e 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 digna⁸.

Es por esto que el Estado tiene en cierto modo una responsabilidad mayor a la que tiene con personas en libertad, y se habla que el Estado tiene una posición de garante de los derechos de los detenidos.

Tras lo establecido de forma general en el caso *Neira Alegría*, la Corte ha inferido que la posición de garante además implica la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Corte ha considerado que el “Estado debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a una persona que presentaba

⁷ Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 63.

⁸ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeduación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152.



condiciones físicas normales cuando se inició su custodia y durante ésta o al término de la misma empeoró”⁹.

Por otra parte, en el caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, relativo a un incendio ocurrido en un centro de detención, la Corte resaltó que “el Estado en su función de garante debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que pondría en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia”¹⁰. Asimismo, la Corte señaló que:

[E]l Estado debe incorporar en el diseño, estructura, construcción, mejoras, manutención y operación de los centros de detención, todos los mecanismos materiales que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzcan situaciones de emergencia ó incendios y en el evento que se produzcan estas situaciones se pueda reaccionar con la debida diligencia, garantizando la protección de los internos o una evacuación segura de los locales. Entre esos mecanismos se encuentran sistemas eficaces de detección y extinción de incendios, alarmas, así como protocolos de acción en casos de emergencias que garanticen la seguridad de los privados de libertad¹¹.

III. Los derechos de las personas privadas de libertad

a) Derecho a la vida y a la integridad personal

El artículo 5.2 de la CADH establece que “[t]oda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Asimismo, la Comisión Interamericana (Comisión) en los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de Libertad en las Américas” estableció que toda persona privada de libertad debe ser “tratada humanamente con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y

⁹ Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 127, y *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 100.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 68, y *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 178.

¹¹ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 68.



garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”¹².

Inicialmente la jurisprudencia de la Corte se enfocó en el deber del Estado de respetar a las personas privadas de libertad el derecho a la vida y el derecho a no ser objeto de torturas u otros tratos cueles, inhumanos o degradantes¹³. Es así como, por ejemplo, desde sus primeras sentencias, la Corte consideró al aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva como contrario a la CADH¹⁴. Asimismo, se ha dejado claro que “[t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la CADH”¹⁵.

Posteriormente, la Corte desarrolló el concepto de vida digna y lo comenzó a aplicar a casos de personas privadas en el año 2004 en el caso del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*¹⁶. Al respecto, la Corte señaló que “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, [...] es la de procurarle a [las personas privadas de libertad] las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”¹⁷. Asimismo, se ha reconocido la obligación de garantizar “que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”¹⁸. En casos posteriores la Corte ha ido incluyendo entre algunas de las condiciones carcelarias que:

- [T]odo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una

¹² Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de Libertad en las Américas, principio 1.

¹³ La Corte ha diferenciado la obligación de respetar de la obligación de garantizar en el sentido que, mientras que la primera se refiere a una obligación de no hacer, la segunda se refiere al “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, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 165 y 166.

¹⁴ Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 156, y Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 90.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

¹⁶ En el caso de *Los Niños de la Calle vs. Guatemala* la Corte comenzó a interpretar que el Estado tiene la obligación de garantizar a los niños “unas mínimas condiciones de vida digna”. Corte IDH, *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. 191.

¹⁷ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 152 y 159.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 42, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 198.



falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;

- [L]a alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;
- [T]odas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;
- [L]os servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad¹⁹.

De la misma manera, la Corte ha ido avanzando respecto a los servicios de salud que debe brindarle a las personas privadas de libertad²⁰. Sobre este punto, se ha considerado que “la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la CADH²¹. En consecuencia, “el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera²². Asimismo, se ha resaltado la importancia que el personal médico sea calificado²³, y la obligación del Estado de permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal²⁴. Sobre este punto, se ha considerado que la posibilidad de ser atendidos por médicos que “no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias” es una “salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales²⁵”.

Por otra parte, y en respuesta a la sobrepoblación existente en muchas de las cárceles latinoamericanas, la Corte ha considerado que “el hacinamiento constituye en sí mismo una

¹⁹ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 67.

²⁰ Al respecto, la Corte ha señalado “Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana”. Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 43.

²¹ Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 190, y *Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 131.

²² Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 189, y Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 43.

²³ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 67.

²⁴ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 102, y *Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 132.

²⁵ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 102, citando, ECHR, *Case of Mathew v. The Netherlands*, supra nota 151, para. 187.



violación a la integridad personal” ya que este “obstaculiza el normal desempeño de funciones esenciales en los centros [de detención] y favorece la violencia intra-carcelaria”²⁶.

En el caso de *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela*, la Corte examinó la situación del Retén de Catia donde existía una “sobrepoblación carcelaria entre 254 y 402 por ciento”, y el “espacio para cada interno era aproximadamente de 30 centímetros cuadrados”²⁷. La Corte, citando al Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, señaló que:

[U]na prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario²⁸.

Asimismo, destacó que de acuerdo al mismo Comité Europeo, “7 m² por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención”²⁹. Por otro lado, destacó que de acuerdo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos “un espacio de cerca de 2m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”³⁰.

Otro estándar incluido en este mismo caso se refiere a que los dormitorios de gran capacidad implican “falta de privacidad para los presos en su vida diaria”, e incrementan el riesgo de intimidación y violencia. La Corte resaltó que:

²⁶ Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 67, citando *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150, y *Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 85.

²⁷ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 89.

²⁸ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 90.

²⁹ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 90, citando CPT/Inf (92) 3 [EN], 2nd General Report, 13 April 1992, párr. 43.

³⁰ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 90, citando ECHR, *Case of Kalashnikov v. Russia*. Judgment of 15 July 2002. Application No. 47095/99, párr. 97.



Tales condiciones de alojamiento son propensas a fomentar el desarrollo de subculturas delictivas y a facilitar el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales. También pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente, en caso de disturbio, las intervenciones externas que impliquen un uso considerable de fuerza son difíciles de evitar. Con tales alojamientos, la apropiada distribución individual de presos, basada en una evaluación caso por caso de riesgos y necesidades, también llega a ser una práctica casi imposible³¹.

Por último, la Corte ha resaltado el deber del Estado de controlar efectivamente los centros de detención para que, no solamente sus agentes no agredan a las personas detenidas, sino que además debe asegurar, dentro de lo posible, la seguridad de las personas detenidas frente a las acciones de otras personas detenidas. En este sentido, la vigilancia del Estado no debe ser solamente externa, para evitar que los reclusos se escapen, sino también interna³². Sobre este punto, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas sugieren:

(a) Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, [...] (b) Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal; (c) Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos; (d) Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley [...]; (e) Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias; (f) Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos; (g) Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción; y (h) Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley³³.

b) Deber de garantizar todos los demás derechos a las personas privadas de libertad

³¹ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 92, citando CPT/Inf (2001) 16, 11th General Report, párr. 29.

³² CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Cap. II, párr. 77(28).

³³ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, principio XXIII.1.



En el caso del *Instituto de Reeducción del Menor* además se dejó por primera vez claro que el Estado no solamente tiene obligaciones respecto al derecho a la vida e integridad, sino que tiene que asegurarse que las personas detenidas tengan un “goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad”³⁴. Al respecto, la Corte resaltó que “[d]e no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”³⁵. La Corte explicó que:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal³⁶. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa³⁷, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática³⁸.

La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad³⁹.

³⁴ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 153, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, párr. 64.

³⁵ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 153.

³⁶ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 154, citando: Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 108; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87, y *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 96.

³⁷ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 154, citando: 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, párr. 57.

³⁸ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 154, citando: *Caso “Cinco Pensionistas”*, supra nota 55, párr. 116; y artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

³⁹ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 155.



Asimismo, la Corte ha resaltado la importancia de garantizar las visitas a las personas privadas de libertad⁴⁰. Recientemente, en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, la Corte se refirió específicamente al derecho a la familia. Una de las víctimas del caso, el señor Ancalaf Llaupe estuvo privado de su libertad en un centro penitenciario ubicado a más de 250 kilómetros de la ciudad donde estaba su comunidad y familia. El señor Ancalaf Llaupe y su esposa solicitaron, sin éxito, su traslado un centro penitenciario más cercano a su lugar de residencia,⁴¹. Al respecto, la Corte utilizó su jurisprudencia sobre la protección a la familia que ha desarrollado en casos de personas no privadas de libertad⁴², así como compilaciones de estándares internacionales⁴³, y determinó que:

Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 1.1 de la Convención Americana, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares⁴⁴.

La Corte resalta que una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión de personas en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 315.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 403.

⁴² Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 404.

⁴³ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 405, citando *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, y CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Resolución 1/08, adoptados durante el 131° Período de Ordinarios de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 407.



difícil acceso por las condiciones geográficas y de las vías de comunicación, resultando muy costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría llegar a constituir una violación tanto del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, como el derecho a la integridad personal, dependiendo de las particularidades de cada caso. Por lo tanto, los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades⁴⁵.

En virtud de dichas consideraciones, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la protección de la familia⁴⁶.

Por otro lado, y tomando en cuenta que de acuerdo a la propia Convención Americana la finalidad de las penas privativas de la libertad deben ser la reforma y la readaptación social, la Corte ha destacado que los Estado deben brindar oportunidades de educación, trabajo y recreación⁴⁷.

IV. Retos pendientes sobre los derechos de las personas privadas de libertad

Los estándares que se han desarrollado en la región sobre los derechos de las personas privadas de libertad son excelentes. No obstante, aún quedan puntos que podrían ser desarrollados por la Corte. Por ejemplo, actualmente se encuentra pendiente de decisión un caso donde la Corte podría pronunciarse sobre las condiciones que el Estado debe garantizar a personas con discapacidad que se encuentren privadas de libertad⁴⁸. La Corte tampoco se ha pronunciado sobre el derecho a votar de las personas privadas de libertad, ni sobre la condición de vulnerabilidad de las personas

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 407.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 409.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 146, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 204.

⁴⁸ El caso se titula María Inés Chinchilla y otros vs. Guatemala y fue presentado a la Corte el 19 de agosto de 2014. CIDH, *Comunicado de Prensa de 7 de octubre de 2014. CIDH presenta caso sobre Guatemala a la Corte IDH*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/113.asp>



homosexuales o transexuales privadas de libertad. Habrá que esperar que lleguen ante la Corte casos sobre estos temas para que esto suceda.

Sin perjuicio de lo anterior, mientras los estándares que ya se han desarrollado no se lleven a la práctica, no hay un verdadero impacto en el respeto y garantía de los derechos de las personas detenidas. Por tanto, el principal reto pendiente en la región es, sin duda alguna, la correcta implementación de los estándares elaborados por el sistema interamericano.

El desafío que más salta a la vista es la reducción de violencia carcelaria. Al respecto, la Comisión ha señalado que “la violencia carcelaria es uno de los problemas más graves que enfrentan los sistemas penitenciarios de la región”⁴⁹, y esta se produce tanto del personal penitenciario hacia los internos como entre los mismos internos. El Estado tiene el deber de prevenir ambos tipos de violencia, y para esto es necesario que mantenga un control efectivo de lo que sucede dentro de los centros de detención, con personal capacitado y suficiente para la cantidad de personas detenidas⁵⁰. No obstante, de acuerdo a la Comisión “en la práctica la seguridad de muchos centros de detención está a cargo de los propios internos”⁵¹. Esta falta de control por parte del Estado hace imposible que éste cumpla con sus obligaciones hacia las personas privadas de libertad.

Asimismo, los Estados tienen que mejorar las condiciones carcelarias en general, garantizando que los internos puedan vivir dignamente. Para que esto sea posible es necesario disminuir la sobrepoblación existente en muchas de las cárceles. La respuesta inmediata pudiera ser la construcción de nuevos centros de detención, sin embargo, también se deben tomar medidas para reducir la cantidad de personas detenidas en general. Primero, es necesario que “la política criminal de los Estados no solo tenga un carácter represivo, sino que también debe tener una naturaleza preventiva con políticas y programas orientados a la prevención de los delitos”⁵². Segundo, la detención preventiva se debe limitar a cuando sea realmente necesaria. Al respecto, la Comisión ha considerado que uno de los mayores problemas en la región es el “uso no excepcional de la prisión preventiva”⁵³. Tercero, en seguimiento al artículo 7.5 de la CADH, los

⁴⁹ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Cap. II, párr. 100(38).

⁵⁰ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Cap. II, párr. 115(43).

⁵¹ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Cap. II, párrs. 79 a 90(28 a 33).

⁵² CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de la libertad en Honduras*, OEA/Ser.L/V/II.147 Doc. 6, adoptado el 18 de marzo de 2013, Cap. V, párr. 160.

⁵³ CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46 rev.13, adoptado el 30 de diciembre de 2013, Cap. VII, párr. 317.



Estados deben asegurarse que los procesos penales de personas privadas de libertad se realicen en un plazo razonable o de lo contrario poner la persona en libertad.

El cumplimiento de las obligaciones mencionadas requiere de los Estado de una importante inversión económica. En este sentido, es importante resaltar que “los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano”⁵⁴. Sin embargo, dicha inversión suele no ser popular entre los políticos, y por ende, el electorado. Por tanto, es necesario que los mecanismos estatales diseñados para proteger a personas vulnerables realmente funcionen para proteger a las personas privadas de libertad.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87, y *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 42.

LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, es una publicación, editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León. Av. Ignacio Morones Prieto 2110-2 Pte., Edificio Manchester, Col. Loma Larga, C.P. 64710, Monterrey, Nuevo León. Tel. 83458968, www.cedhnl.org.mx, investigacion@cedhnl.org.mx. Editor responsable: Pablo Rojas Durán. El diseño de la portada e interiores, estuvo a cargo de Blanca Daniela Gómez Guerra. Las ideas expresadas en el libro son responsabilidad exclusiva de su autora.

ISBN 978-607-27-0554-8



9 786072 705548 >



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Ave. Ignacio Morones Prieto 2110
Local-2, Edificio Manchester
Col. Loma Larga, Monterrey NL



CENTRO DE
DERECHOS HUMANOS
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

LADA SIN COSTO
01.800.822.9113



COMISIÓN ESTATAL
DERECHOS HUMANOS
NUEVO LEÓN

www.cedhnl.org.mx

¡Síguenos!  