

Derechos Humanos

Reflexiones desde el Sur

Derechos Humanos

Reflexiones desde el Sur

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

Eugenio Raúl Zaffaroni
Derechos humanos : reflexiones desde el Sur / Eugenio Raúl
Zaffaroni y Susana Albanese ; coordinado por Sebastián Alejandro
Rey y Marcos Filardi. - 1a ed. - Buenos Aires : Infojus, 2012.
320 p. ; 16x23 cm.

ISBN 978-987-28449-4-3

1. Derechos Humanos . I. Albanese, Susana II. Rey, Sebastián
Alejandro , coord. III. Filardi, Marcos, coord.
CDD 323

Fecha de catalogación: 25/10/2012

ISBN: 978-987-28449-4-3

Derechos Humanos - Reflexiones desde el Sur

1^{ra}. edición - Noviembre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COORDINADORES



SEBASTIÁN ALEJANDRO REY

MARCOS EZEQUIEL FILARDI

NOTA DE LOS COORDINADORES



La idea de realizar esta obra colectiva surgió a fines de 2006, a partir de las experiencias adquiridas por muchos de los que participamos en concursos y competencias sobre derechos humanos, que se vinculaban con el funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En todos los casos comprobábamos que luego de reunirnos en algún lugar del continente, toda esa experiencia y mística desaparecía y nada ocurría hasta el año siguiente.

Asimismo, se evidenciaba la necesidad de pensar, o repensar, los Derechos Humanos en clave latinoamericana. La producción de contenido jurídico “desde el Sur” se mostraba como un objetivo de imprescindible concreción ante una amplia literatura que existía sobre la materia en Europa y los Estados Unidos. Como señalaba Jauretche, se copia el modelo europeo, a la medida de sus intereses, por desconocimiento de las propias posibilidades creadoras. En este sentido, ¿quién mejor que los sudamericanos para entender cuáles son los problemas de Sudamérica? Algo similar veíamos que ocurría en África.

Por lo tanto, decidimos comenzar a establecer redes de comunicación permanente entre juristas de diferentes países de la región que comparten la pasión por el estudio de los Derechos Humanos y una visión no elitista de éstos. En este contexto, estos vínculos personales pasaron a convertirse en proyectos colectivos de investigación en diferentes universidades del continente. A raíz de ello, se fueron replicando experiencias y surgieron grupos de trabajo para la formación de estudiantes universitarios especialistas en Derechos Humanos y diferentes proyectos de investigación, como el que en la actualidad se lleva adelante en la Facultad de Derecho de la UBA, destinado a estudiar reformas al Sistema Interamericano de

Protección de Derechos Humanos para lograr una mayor protección de éstos.

De las charlas, discusiones e intercambios con los jóvenes profesionales que aparecen en esta obra, surgió la necesidad de plasmar en un libro el trabajo que cada uno/a venía realizando en sus países o, en algunos casos, a nivel internacional. Por otra parte, se sumó el inestimable valor agregado de algunos profesores con una gran trayectoria en la materia. Pero la característica compartida por todos los trabajos es la convicción de que en el actual momento histórico, desde América Latina y África también tenemos la capacidad y el material humano para reflexionar sobre los derechos humanos en iguales condiciones que en el resto del mundo.



ÍNDICE



El crimen de Estado como objeto de la criminología. Por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.....	p. 1
Acápito 1.	p. 1
Acápito 2.	p. 3
Acápito 3.	p. 4
Acápito 5.	p. 7
Acápito 6.	p. 10
Acápito 7.	p. 13
Acápito 8.	p. 15
9. En síntesis.....	p. 17
Las opiniones consultivas en la estructura del control de convencionalidad. Por SUSANA ALBANESE	p. 19
1. Introducción	p. 19
2. Función consultiva de la Corte IDH	p. 20
3. El control de convencionalidad.....	p. 46
4. Palabras Finales	p. 58
Leyes feminicidas y restricciones político-jurídicas del acceso al aborto médico. Por FATOU KINÉ CAMARA	p. 61
1. La negación del derecho al aborto en Senegal: interpelación al Estado de Derecho	p. 66
2. Prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo: ¿signo de una democracia en peligro?.....	p. 73
3. Conclusión.....	p. 82

Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR. Por PABLO CERIANI CERNADASp. 83

1. Introducción p. 83
2. El Plan de Acción para un Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR p. 86
3. Ciudadanía y Nacionalidad: categorías incompatibles para un modelo basado en los derechos humanos p. 95
4. Ciudadanía, políticas migratorias y derechos humanos en el modelo de integración de la Unión Europea. La visión crítica desde Sudamérica p. 98
5. El Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR a la luz de la legislación migratoria y la realidad de la región: riesgos, contradicciones, hipótesis p. 105
6. Apuntes finales p. 116

Protección humanitaria complementaria a víctimas de desastres socio-ambientales: la respuesta jurídica al caso de los haitianos en Brasil.

Por GABRIEL GUALANO DE GODOY y JANAÍNA GALVÃOp. 119

1. Introducción..... p. 119
2. El enfoque de derechos humanos..... p. 123
3. Breve análisis del marco de protección internacional para los desplazados por desastres naturales..... p. 128
4. El tratamiento de los inmigrantes haitianos en Brasil..... p. 131
5. La “visa humanitaria” concedida a los haitianos como una buena práctica brasileña p. 136
6. Consideraciones finales p. 143

La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Por SEBASTIÁN ALEJANDRO REYp. 147

1. Introducción p. 147
2. La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos p. 149
3. A modo de cierre..... p. 170

El derecho a la asistencia letrada efectiva en el proceso de determinación de la condición de refugiada/o. Por MARCOS E. FILARDI, KARINA A. DUBINSKY y LUCAS R. MENDOS.....p. 173

1. Introducción p. 173
2. La obligación de ofrecer un recurso eficaz observando el debido proceso .. p. 174

3. El debido proceso fuera de la órbita penal	p. 176
4. La asistencia letrada efectiva como derecho humano y el proceso de determinación de la condición de refugiado	p. 178
5. La trascendencia de la decisión	p. 181
6. La especificidad y complejidad del derecho involucrado	p. 182
7. La situación de especial vulnerabilidad.....	p. 186
8. Características que debe reunir la asistencia letrada.....	p. 189
9. Conclusión.....	p. 195

Los procesos a los *Khmer* Rojos y la consolidación del Estado de derecho en Camboya. Por IGNACIO TREDICI.....p. 197

1. Introducción: justicia de transición, consolidación del Estado de derecho y derechos humanos.....	p. 197
2. Breve reseña histórica.....	p. 199
3. Establecimiento del Tribunal <i>Khmer</i> Rojo.....	p. 206
4. Ley aplicable y procedimiento	p. 208
5. Los casos	p. 211
6. La justicia de transición en Camboya y la consolidación del Estado de derecho	p. 219
7. A modo de conclusión	p. 222

Limitación de la jornada para los trabajadores rurales del Uruguay. En-sanchamiento de la base de derechos y garantías a través de la sanción de la ley 18.441. Por CRISTINA MANSILLA DECESARI.....p. 227

1. Introducción.....	p. 227
2. Del cambio de la matriz.....	p. 230
3. La limitación de la jornada como derecho humano.....	p. 233
4. De los trabajadores rurales.....	p. 238
5. Conclusión	p. 242

Pueblos indígenas y derechos colectivos. Una mirada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por JUAN PABLO VISMARA..p. 245

1. Introducción	p. 245
2. El sujeto colectivo y las personas de existencia ideal	p. 246

3. Los sujetos titulares de los derechos reconocidos en la Convención Americana	p. 247
4. La interpretación de la Convención Americana a la luz de otros instrumentos internacionales. La Convención Americana como "instrumento vivo"	p. 251
5. Un verdadero <i>corpus iuris</i> específico en materia de derechos de los pueblos indígenas	p. 254
6. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	p. 258
7. Hacia la tutela directa de los derechos de los pueblos indígenas	p. 262
8. Conclusión	p. 266

El delito de desacato: razones jurídicas para su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por XAVIER FLORES AGUIRRE..... p. 271

1. Introducción	p. 269
2. Descripción del delito de desacato en el Código Penal	p. 269
3. Definición de la relación entre libertad de expresión y democracia: los derechos a la deliberación colectiva y la autonomía individual	p. 273
4. Verificación de la compatibilidad del delito de desacato con el derecho a la libertad de expresión en una democracia	p. 278
5. Conclusión	p. 281

Las mujeres indígenas frente al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia. Un abordaje desde el género, la etnia y los derechos humanos. Por ALEJANDRA IRENE LANNUTTI p. 285

1. Introducción	p. 283
2. Reflexiones iniciales sobre enfoque diferencial y de derechos humanos	p. 284
3. Desplazamiento forzado: afectación desde una perspectiva de género y de etnia	p. 288
4. Algunas observaciones finales	p. 297

Bibliografía p. 303

El crimen de Estado como objeto de la criminología⁽¹⁾

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI⁽²⁾



1.

Tanto la atención científica como la comunicación social no pueden hacer otra cosa que concentrarse sobre campos limitados y por ello, irremisiblemente, pierden de vista o dejan en segundo plano lo que queda excluido de su foco de atención. En el caso de la comunicación social, esto genera la llamada **indiferencia moral**: todos saben la existencia de hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto; no existe desinformación sino negación del hecho.

Respecto de esta última, se ha escrito lo siguiente:

"Los hechos del 11 de setiembre de 2001 son quizá uno de los más fuertes ejemplos de indiferencia moral. Ese día el mundo occidental se afligió colectivamente por la pérdida de 3045 personas en los ataques al World Trade Center de New York y al Pentágono en Washington. No obstante, no hay duda de que

(1) Este trabajo es la versión castellana de la exposición presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en junio de 2006 y ha sido reconocido con el Stockholm Criminology Prize.

(2) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

pocas de esas lágrimas fueron vertidas por las víctimas de la 'economía global', que murieron ese mismo día: 24.000 personas que murieron de hambre; 6020 niños que murieron de diarrea o 2700 niños que murieron de sarampión".⁽³⁾

No se trata, de manera alguna, de minimizar un crimen aberrante comparándolo con otro, sino de destacar la banalización de la destrucción cotidiana de miles de vidas humanas ante el silencio indiferente del mundo, como si fuese el inevitable resultado de un curso natural o, más aún, como si no sucediese (negación).

Pero, como vimos, la indiferencia moral responde a un fenómeno que es común tanto al conocimiento público (medios masivos) como al científico. Por ende, también afecta a la ciencia y, por supuesto, ésta incluye a la criminología.

Hace años que Stanley Cohen llama la atención acerca de este lamentable fenómeno en el campo criminológico con respecto a los crímenes de Estado.⁽⁴⁾ Este autor profundizó luego muy inteligentemente la investigación de la indiferencia moral de la opinión pública,⁽⁵⁾ pero no se interna en las causas de la indiferencia moral de los científicos, es decir, de la criminología misma.

Si bien los hechos que caen bajo la indiferencia, por lo general tienen lugar fuera de los países centrales, el etnocentrismo es insuficiente para explicarla. En un mundo cuya comunicación crece en forma exponencial, nadie ha dejado de tener noticia de los genocidios del siglo XX,⁽⁶⁾ desde el todavía oficialmente negado de Armenia⁽⁷⁾ hasta otros en curso en el momento actual.

(3) PEMBERTON, SIMON, "A theory of moral indifference: Understanding the production of harm by capitalist society", en Paddy Hillyard, Christina Pantazis, Steve Tombs y Dave Gordon (eds.), *Beyond Criminology. Taking harm seriously*, Londres, Pluto Press, 2004, p. 67.

(4) COHEN, STANLEY, "Human Rights and crimes of the State: the culture of denial", en *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1993, p. 97. Reproducido en MACLAUGHLIN, EUGENE; MUNCIE, JOHN; HUGHES, GORDON (eds.), *Criminological Perspectives. Essential Readings*, Londres, Sage Publications Ltd/ The Open University, 2005, p. 542.

(5) COHEN, STANLEY, *States of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*, Oxford, Polity Press, 2001.

(6) Una visión de conjunto puede encontrarse en TERNON, YVES, *L'État criminel. Les Génocides au XXe. Siecle*, París, Seuil, 1995.

(7) VAHAKN N. DADRIAN, *The History of the Armenian Genocide. Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, Oxford, Berghahn Books, 1995.

Descartada la explicación monocausal por vía del etnocentrismo, por no resultar admisible en un momento **globalizado** en cuanto a la comunicación, no es difícil comprobar que así como existe un mundo de significados y valores en el que nos sentimos seguros y que se pone en duda con la noticia del crimen de Estado aberrante, también toda comunidad científica entra en pánico cuando se enfrenta a preguntas que hacen temblar sus límites epistemológicos, dando lugar a una sensación de disolución del saber que le incumbe y del que se siente muy segura y protegida dentro de las murallas de su horizonte de proyección consagrado.

Es comprensible el vértigo del científico social ante un campo que, al menos en apariencia, se le vuelve inconmensurable. En definitiva, quizá sea éste el mayor obstáculo que halla el avance del conocimiento en cualquier campo del saber. Toda revolución científica significa una alteración del horizonte de comprensión y, por ende, un nuevo paradigma, en el que no están seguros los cultores que siempre se manejaron con el anterior paradigma.

2.

Por cierto, el análisis del crimen de Estado evoca el reclamo de planteamientos **macrosociológicos**, donde el terreno científico se torna resbaladizo. Intuitivamente, parece reclamar la reinstalación del debate de la criminología crítica,⁽⁸⁾ según el paradigma que desplaza el centro de atención de la disciplina desde el delincuente hacia el sistema penal.⁽⁹⁾

No obstante, creemos que esta discusión, pese a ser de importancia capital, oscurece el verdadero problema del crimen de Estado, que es el gran desafío para la criminología del siglo XXI.⁽¹⁰⁾ La criminología no puede eludir el tema, dada la formidable gravedad de los hechos y la victimización masiva.

(8) Sobre ello, en su momento: TAYLOR, IAN; WALTON, PAUL y YOUNG, JOCK, *The New Criminology. For a Social Theory of Deviance*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973; INCIARDI, JAMES A. (ed.), *Radical Criminology. The Coming Crises*, London, Sage, 1980; TRAVERSO, G. B. y VERDE, A. *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel modo di produzione capitalistico*, Padova, Cedam, 1981; BARATTA, ALESSANDRO, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1982; PAVARINI, MASSIMO, *Introduzione a la Criminologia*, Firenze, Le Monnier, 1980; para una valoración retrospectiva de conjunto, ver: LARRAURI, ELENA, *La herencia de la criminología crítica*, 2da ed. México, Siglo XXI, 1992.

(9) No pretendemos tampoco negar su vigencia, demostrada con sus últimos aportes y su propia autocrítica: CARRINGTON, KERRY y HOGG, RUSSELL (eds.), *Critical Criminology. Issues, debates, Challenges*, Devon, Willan Publishing, 2002.

(10) Puede verse el nuevo planteamiento en MORRISON, WAYNE en *Criminology, Civilization and the New World Order*, Oxon, Routledge- Cavendish, 2006.

Sea cual fuese el paradigma científico en que cada quien se apoye, lo cierto es que sería despreciable un saber criminológico que ignore el crimen que más vidas humanas sacrifica, porque esa omisión importa indiferencia y aceptación. El científico no puede alejarse de la ética más elemental de los Derechos Humanos.

Pero existe otra razón que en este momento le urge una respuesta: menos aún puede eludir el tema en **tiempos de terrorismo**. Más allá de que no existe un concepto aceptado de **terrorismo** y de que se abusa de la expresión, lo que objetivamente puede verificarse es que vivimos una época en que la vulgarización de las técnicas de destrucción facilita la comisión de crímenes masivos e indiscriminados contra la vida y la integridad de las personas, que provocan justificada alarma y consiguiente reclamo de prevención.

No obstante, desde las medidas racionales de prevención —que nadie discutiría seriamente—, es fácil el desplazamiento hacia la quiebra de la regla del Estado de derecho y, a su vez, de ésta al crimen de Estado.

Dependiendo del contexto conflictivo y de otras circunstancias, estamos asistiendo a **desplazamientos hacia el crimen de Estado** que no necesariamente alcanzan esa meta, pero que van acercándose peligrosamente a ella.

Ningún crimen de Estado se comete sin ensayar un discurso justificante, y el riesgo en **tiempos de terrorismo** es que la prevención de crímenes de destrucción masiva e indiscriminada, si bien fuera de toda duda es imprescindible, pase rápidamente a ser la nueva justificación putativa del crimen de Estado. Con ello los protagonistas de estos crímenes de destrucción masiva e indiscriminada habrían obtenido el resultado que se propusieron.

3.

Para ocuparse del crimen de Estado, la criminología no requiere enredarse desde el inicio en una cuestión epistemológica. Como en todo tema relativamente nuevo —no en la realidad pero sí en la investigación científica—, debe comenzarse ingenuamente y, para ello, nada mejor que comenzar por los elementos que provienen de la criminología clásica de mediados del siglo XX. Por otra parte, parecen ser los que en principio ofrecen mayor utilidad y, paradójicamente, a partir de ellos se plantean los mayores problemas epistemológicos en la materia.

Cabe observar, como regla más general, que las cuestiones epistemológicas que se encuentren al final del camino son útiles para el avance del conocimiento, en tanto que las que se plantean al comienzo y pretenden que su solución sea un requisito previo a toda investigación, suelen ser un obstáculo.

Para eludir los obstáculos y llegar a los problemas, o sea, para no poner los "bueyes detrás del carro", proponemos comenzar por insistir en algo bastante obvio: el crimen de Estado siempre pretende estar justificado.

Ante esta verificación empírica, y con el material teórico disponible, no puede menos que apelarse a quienes han llamado la atención acerca de las justificaciones de los infractores en el campo criminológico⁽¹¹⁾ y, por ende, emprender una **atenta relectura de la teoría de las técnicas de neutralización de Sykes y Matza en clave de crímenes de Estado**. Por otra parte, esa relectura resulta aconsejable a partir de otro dato de fácil verificación: los actores de los crímenes de Estado no enfrentan los valores corrientes en sus sociedades, sino que pretenden reforzarlos.

Aunque corrieron mares de tinta en el último medio siglo de la criminología, es sorprendente que se haya soslayado la relectura en clave de crimen de Estado⁽¹²⁾ del breve y denso escrito de Sykes y Matza, enunciado originariamente en clave de delincuencia juvenil.⁽¹³⁾ En definitiva, no pasa de ser un punto de partida bastante clásico: se trata de analizar el comportamiento de los protagonistas de los delitos, de sus autores, instigadores, cómplices y encubridores y, por cierto, también de la opinión pública, y preguntarse cómo funciona para este análisis la teoría de las técnicas de neutralización y en qué consisten cuando están referidas a este género de crímenes.

4.

La teoría de las **técnicas de neutralización** se enunció en el campo de la delincuencia juvenil como una reacción frente a la posición de Albert K. Cohen, quien pretendía ver en ella una simple inversión de los valores

(11) En este sentido corresponde ampliar los intentos de Stanley Cohen en "Human Rights and crimes of the State: the culture of denial", op. cit., 1993.

(12) Constituye una excepción a esta regla la contribución de Stanley Cohen anteriormente citada.

(13) SYKES, GRESHAM M. y MATZA, DAVID, "Techniques of neutralization: a theory of delinquency", en *American Sociological Review*, 1957, n° 22, pp. 664/670; reproducido en McLAUGHLIN, E.; MUNCIE, J.; HUGUES, G. (eds.), op. cit., pp. 231/238.

dominantes en las clases medias,⁽¹⁴⁾ con lo cual asignaba muy poca creatividad valorativa a los estratos sociales más desfavorecidos de la sociedad.

Esta teoría debe considerarse un ulterior desarrollo de la teoría de Sutherland, en el sentido de que la conducta criminal es resultado de un proceso de aprendizaje.⁽¹⁵⁾ Partía de la observación de que los infractores respondían a las demandas de la sociedad amplia, no pretendían introducir un nuevo sistema normativo ni eran parte de una subcultura con un sistema completo de valores y reconocían también límites valorativos que se traducían en selectividad victimizante (no robar en el propio barrio, no hacerlo a la iglesia de la misma religión, etc.). Asimismo, afirmaba que no es verdad que los infractores juveniles no experimentan sentimientos de culpa o de vergüenza en algún momento y tampoco que consideren inmorales a quienes se someten a las reglas y valores dominantes.

Sykes y Matza señalaron que ignorar los vínculos de los infractores con el sistema de valores dominante importaba reducir al joven delincuente a un "gangster duro en miniatura", es decir, acabar haciendo una caricatura y no una descripción.

Por otro lado, los autores afirmaron en su momento que el problema más fascinante es **por qué los seres humanos violan las leyes en las que ellos mismos creen**. Explicaron este fenómeno mediante la constatación de que raras veces las normas sociales que sirven como guía a la acción asumen la forma de un imperativo categórico, no condicionado y válido para cualquier circunstancia: ni siquiera la prohibición de matar tiene este alcance, pues cede en la guerra.

Por ende, las normas que guían la conducta tienen una aplicación condicionada por razones de tiempo, lugar, personas y demás circunstancias sociales, con lo cual puede afirmarse que el sistema normativo de una sociedad se caracteriza por su **flexibilidad**, pues no se trata de un cuerpo de normas vinculantes en cualquier circunstancia.

Como corolario de todo lo anterior, sostuvieron que muchas formas de delincuencia se basan esencialmente en una extensión no reconocida de las

(14) COHEN, ALBERT K., *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, Nueva York, Free Press, 1971. Para una crítica subcultural en su tiempo, ver: CLOWARD RICHARD A. y OHLIN, LLOYD E., *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, Nueva York, Free Press, 1966.

(15) SUTHERLAND EDWIN H. y CRESSEY, DONALD R., *Criminology*, Nueva York, Lippincott, 1978, p. 80 y ss.

defensas para los crímenes, en la forma de justificaciones a la desviación percibidas como válidas por el delincuente, pero no por el sistema legal o la sociedad más amplia.⁽¹⁶⁾

Podría pensarse que lo que ellos llamaron *técnicas de neutralización* no serían más que las viejas **racionalizaciones** trabajadas por los psicólogos como mecanismos de huída,⁽¹⁷⁾ pero las racionalizaciones se construyen después del hecho, en tanto que estos mecanismos de ampliación de la impunidad operan **ex ante** sobre la motivación, con la ventaja de no romper frontalmente con los valores dominantes, sino que los neutralizan sin mayores costos para la propia imagen del infractor. La circunstancia de que los mismos argumentos que se erigen en técnica de neutralización (motivacionales) puedan usarse en ocasiones como racionalizaciones **a posteriori** no quita valor a la anterior distinción.

5.

Si bien en el caso de los criminales de Estado las técnicas de neutralización ofrecen particularidades, no es menos cierto que éstas no quiebran el esquema general trazado por los autores de medio siglo atrás.

Con mayor razón que en el caso de la delincuencia juvenil es verificable que el crimen de Estado es producto de un aprendizaje y de un entrenamiento, incluso profesional y en ocasiones de larga práctica política, científica o técnica.

Así como el joven delincuente manifiesta su indignación porque su falta de habilidad lo llevó a ser aprehendido y juzgado, sintiéndose una víctima de su propia inhabilidad en comparación con otros **que hacen cosas peores**, el criminal de Estado se considera un mártir sacrificado por su ingenuidad y buena fe política o por el oportunismo o la falta de escrúpulos de quienes le quitaron del poder.⁽¹⁸⁾

(16) Lo que estos autores llamaron *unrecognized extension of defenses* es lo que en la técnica del derecho continental europeo se llamaría *extensión no reconocida de causas de justificación, de inculpabilidad o de excusas absolutorias*.

(17) Voz *rationalization* en: LAPLANCHE V. J. y PONTALIS, J. B, *Vocabulaire de la Psychanalyse*, 2da. Edición, París, Presses Universitaires de France, 1968.

(18) Los jefes nazistas sostenían que se los juzgaba sólo porque habían perdido y los autores de los crímenes colonialistas de Argelia imputaban su fracaso a la traición del Gral. Charles de Gaulle.

En alguna medida —muy limitada por cierto— sus agentes admiten **excesos o consecuencias no deseadas**, aunque las consideren inevitables. Presentar al criminal de Estado como un sujeto que niega todos los valores dominantes y no siente ninguna culpa ni vergüenza, lleva a la inverosímil y tranquilizadora imagen del **psicópata**. El crimen de Estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia. La pretensión de atribuirlo a una supuesta **psicopatía** es demasiado absurda, pues ni siquiera los más firmes defensores de este discutido concepto psiquiátrico admiten tan alta frecuencia social.⁽¹⁹⁾

La idea ingenua y simplista del crimen de Estado como producto psicopático no pasa de ser un vano intento de calmar la propia alarma ante la revelación de que alguien análogo a uno mismo puede cometer semejantes atrocidades. La tesis de que el criminal de Estado es **diferente y enfermo**, es una reacción común frente a ésta y a otras formas de criminalidad grave y aberrante, explicable psicológicamente, pero inadmisibile como válida en la ciencia social.

La particularidad de los criminales de Estado de todos los tiempos respecto de su vinculación con los valores dominantes es que fueron siempre mucho más allá que los infractores juveniles de Sykes y Matza, pues sostuvieron que su misión, lejos de negar estos valores, era la de reforzarlos y reafirmarlos. Con demasiada frecuencia estos criminales pretenden estar predestinados a superar las **crisis de valores** que denuncian, a reafirmar los **valores nacionales**, a defender la **moral pública** y la **familia**, a sanear las **costumbres**, etc. El criminal de Estado casi siempre se presenta como un **moralista** y como un verdadero líder moral.

Los criminales de Estado ni siquiera suelen rechazar frontalmente los principios que imponen límites racionales al ejercicio del poder del Estado, sino que, más bien, lamentan que no puedan ser respetados en las circunstancias en que ellos operan desde el poder y en ocasiones pretenden ser los restauradores de las circunstancias que permitirán volver a respetarlos o bien de otras que los realicen más plenamente. Ni siquiera en este aspecto puede decirse que rechacen los valores dominantes. Aunque

(19) Ver KALLWASS, WOLFGANG, *Der Psychopat, Kriminologische und strafrechtliche Probleme (mit einer vergleichenden Untersuchung des Entwurfs 1962 und des Alternativ-Entwurfs)*, Berlin, 1969.

destruyen las repúblicas suelen hacerlo en nombre de su fortalecimiento o restauración.

La *selectividad victimizante* —que responde a la aceptación de pautas dominantes— se manifiesta más claramente en los criminales de Estado, pues nunca su ataque se dirige contra los de su propio grupo, salvo cuando los consideran **traidores** o se plantean pugnas de poder hegemónico o **purgas** como las nazistas o stalinistas de los años treinta.

La selectividad victimizante del criminal de Estado es mayor o menor según la naturaleza del conflicto en que se produce el hecho. Si se trata de un contexto de guerra colonial o de violencia interétnica, es obvio que la selectividad recaerá exclusivamente contra los colonizados y nunca contra los del propio grupo colonizador, salvo cuando éstos denuncien o persigan sus crímenes (traidores); fue el caso de la fijación de la OAS contra Jean-Paul Sartre. En lugar, si el conflicto es interno, los grupos se definen políticamente. El círculo victimizado está mucho más demarcado en los crímenes de Estado que en los que tomaron en cuenta los autores de la teoría.

La hipótesis sostenida por Sykes y Matza, en el sentido de que los infractores no rechazan masivamente los valores dominantes sino que amplían ilegalmente las causas de justificación y de inculpabilidad o las excusas absolutorias, resulta más claramente verificable, porque las técnicas de neutralización son más evidentes en los crímenes de Estado que en los comunes. Si alguien puso en duda en su momento la tesis de estos autores respecto de la delincuencia juvenil de los **rebeldes sin causa** norteamericanos de mediados del siglo pasado, no cabe ninguna duda respecto de los criminales de Estado, pues la verificación es simple y basta con leer sus discursos y alocuciones públicas.

Además, esta neutralización por ampliación de los permisos y disculpas, que en el caso de los infractores juveniles tiene bajos costos para la propia imagen, en el caso de los criminales de Estado obliga a mucho más que a salvarla o no dañarla.

En efecto, la magnitud del crimen de Estado no permite que éste se cometa sólo salvando de mayores daños la propia imagen, sino que requiere mucho más: **demanda que ésta se exalte, llevando a los criminales a considerarse héroes o mártires**. La integridad psíquica del criminal de Estado requiere semejante exaltación.

Esto hace que el criminal de Estado, mediante la técnica de neutralización, sufra un proceso de extrañamiento o alienación que por lo general es irreversible, pues la propia exaltación impide reconocer **a posteriori** la naturaleza aberrante de sus crímenes. Es muy difícil el arrepentimiento sincero de tales aberraciones sin caer prácticamente en un desmoronamiento de toda la estructura de personalidad.

Por lo general, si consideramos como criminal de Estado a los responsables que lideran esos crímenes y no a los simples subordinados, lo cierto es que si no exaltasen su personalidad hasta considerarse héroes o mártires por efecto de la técnica de neutralización y, por ende, pudiesen reconocer la magnitud de su injusto, sufrirían un verdadero derrumbe de su personalidad. El costo dañoso para su personalidad sería total. Esta es una característica diferencial muy importante respecto de los infractores descritos por los autores de la teoría.

6.

Sykes y Matza distinguieron cinco tipos mayores de técnicas de neutralización como ampliaciones no reconocidas legalmente de causas de impunidad (justificación, inculpabilidad o no punibilidad): (a) negación de la responsabilidad; (b) negación de la lesión; (c) negación de la víctima; (d) condenación de los condenadores; (e) apelación a lealtades más altas.

- a. En principio, en el crimen de Estado suele negarse el hecho mismo, como en los casos de negación turca del Genocidio Armenio o del Holocausto por parte del nazismo, o sea, directamente afirmar que los hechos no ocurrieron o no fueron como se los describe.

No es ésta la **negación de responsabilidad** como técnica de neutralización, pues ella es la defensa primaria de cualquier delincuente y, en este sentido no ofrece particularidades, salvo en cuanto a la magnitud de los hechos y a la grosería de la negación.

La *negación del hecho* es una simple táctica defensiva, pero el actor sabe que los hechos existieron. Se trata de una táctica que coexiste muchas veces con la verdadera técnica de neutralización, porque no es incompatible con ella, dado que la negación del hecho se dirige a quienes lo juzgan, en tanto que la negación de la responsabilidad se dirige a la propia conciencia del autor.

La verdadera técnica de neutralización por negación de la responsabilidad tiene lugar cuando los criminales de Estado afirman que sus hechos no fueron intencionales, sino simplemente inevitables.

Se apela a esta técnica cuando se afirma que en toda guerra hay muertos, que en todas se hace sufrir a inocentes, que son inevitables los errores, que los excesos no pueden controlarse, etc.

La negación de la responsabilidad, apelando a descargarla en otros y mostrándose como puro producto del medio o de las circunstancias, es mucho más rara en el crimen de Estado.

A diferencia del infractor juvenil, que puede atribuir su conducta a condicionamientos de la familia, del barrio, de la pobreza, etc., el criminal de Estado, que pertenece a la cúpula del poder, rara vez puede explotar este desplazamiento de responsabilidad, aunque puede hacerlo el personal subalterno, como fue el caso de los médicos nazistas que cooperaron en la eliminación de enfermos psiquiátricos⁽²⁰⁾ o del personal militar de la frontera de República Democrática Alemana,⁽²¹⁾ que alegaron el condicionamiento de su formación en regímenes autoritarios. De cualquier modo, es frecuente la negación de la responsabilidad atribuyéndola a las **circunstancias extraordinarias** en que deben actuar y que fueron provocadas por otros.

- b. La **negación de la lesión** en sí misma es directamente inviable en los crímenes de Estado, dada la magnitud masiva del daño. La única forma de apelar a esta neutralización es admitiendo la lesión, minimizándola en lo posible y esgrimiendo una pretendida legítima defensa con la intención de negar la condena moral del crimen.

Siempre esta técnica de neutralización se combina con la precedente y con la siguiente: se reduce la responsabilidad, se niega a la víctima y, con ello, también se reduce o niega la lesión.

- c. La **negación de la víctima** es la técnica de neutralización más usual en los crímenes de Estado. Las víctimas eran terroristas, traidores a la nación, fueron los verdaderos agresores, el crimen de Estado no fue tal sino la legítima defensa necesaria, etc. No deja de ser frecuente que el hostigamiento hacia un grupo produzca una reacción agresiva que sea la base de la ulterior negación de la

(20) RICCIARDI VON PLATEN, V. ALICE, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 1993.

(21) VASSALLI, GIULIANO V., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001; VIGO, RODOLFO LUIS, *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

víctima. Hace muchos años que se puso de manifiesto que muchas de las conductas agresivas de los miembros de un grupo estigmatizado son resultado de los comportamientos estigmatizantes del otro grupo, especialmente si es mayoritario y discriminador.⁽²²⁾

La justificación de la tortura, basada en la imposibilidad de contener las agresiones de las víctimas, es una clásica técnica de neutralización por vía de la negación de la víctima.

Además, las víctimas de crimen de Estado siempre son mostradas por sus victimarios como inferiores, sea biológica, cultural o moralmente, según la naturaleza del conflicto en que se comete el crimen.

d. La *condenación de los condenadores* es una técnica de neutralización bastante frecuente en los crímenes de Estado, especialmente cuando se dirigen contra pacifistas, disidentes o adversarios políticos. *Ex post* suelen emplearse en los llamados **procesos de ruptura**, en los que el criminal desautoriza moralmente a sus juzgadores, y también cuando reconoce la competencia de éstos —no rompe con el tribunal—, pero desautoriza moralmente a quienes lo redujeron a la condición de procesado.

En el primer caso el procesado se niega a declarar ante el tribunal y, si lo hace, es usando el proceso como tribuna política. En el segundo caso, se somete al tribunal, pero en su discurso acusa a quienes traicionaron su confianza o la de la nación, a quienes son hipócritas porque todos hicieron lo mismo, o porque los impulsaron y los aplaudieron en su momento, o les rindieron pleitesía, etc.

e. La *apelación a lealtades más altas* es la neutralización por excelencia en los crímenes de Estado. La invocación de pretendidos deberes de conciencia o lealtades a **ídolos o mitos** es la característica más común de las técnicas de neutralización en estos crímenes.

No hay crimen de Estado en que no opere una técnica de neutralización de carácter mítico, aunque no se invoquen falsamente religiones. Todos los valores superiores que se invocan son míticos; algunos lo son por sí mismos (la raza superior o la utopía futura), otros son perversiones aberrantes de valores positivos (nación, cultura, democracia, republicanism, religión, derechos humanos, etc.). A la categoría de perversiones de valores positivos pertenece la técnica de neutralización más común en el último tiempo: la seguridad.

(22) Ver, por ejemplo, MYRDAL, GUNNAR, *Value in social theory. A selection of essays on methodology*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1958.

7.

Sykes y Matza verificaron estas técnicas de neutralización en los infractores juveniles, pero son más fácilmente verificables, con las particularidades anotadas, en los criminales de Estado.

Pero la criminalidad de Estado presenta una característica diferencial que la criminología no puede pasar por alto: en tanto que los infractores juveniles elaboran sus técnicas de neutralización recibiendo elementos en forma predominante por tradición oral o creándolos en el *in-group*, la neutralización de valores en la criminalidad de estado es mucho más sofisticada, alcanzando niveles de teorización importantes.

Aunque nunca son racionales desde un punto de vista filosófico y muchas veces su irracionalidad es manifiesta, como en el caso de la raza aria superior,⁽²³⁾ en cualquier caso se trata de una elaboración que no hace el propio criminal, sino que suele configurar una **ideología criminal**, en el sentido de un sistema de ideas bastante elaborado.

Pocas dudas caben acerca de que el libro en que por vez primera se expuso un sistema integrado de criminología etiológica, derecho penal y procesal penal y criminalística como un todo orgánico, fue una enorme técnica de neutralización usada profusamente en la Europa medieval y moderna para sacrificar a muchos miles de mujeres y reafirmar el patriarcado.⁽²⁴⁾ Menor elaboración teórica tuvieron las neutralizaciones que legitimaban la esclavitud,⁽²⁵⁾ pero igualmente no fueron producto de los importadores de esclavos ni de sus propietarios.

Promediando el siglo pasado, una terrible técnica de neutralización cundió entre los estamentos militares a partir de una elaboración francesa de los mandos durante las guerras de Indochina y Argelia, que llegó directamente a América y que también fue expandida por la administración norteamericana, conocida como **doctrina de la seguridad nacional**. Esa

(23) DE GOBINEAU, ARTHUR, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris, Éditions Pierre Belfond, 1967; CHAMBERLAIN, HOUSTON S., *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München, F. Bruckmann, 1938; ROSENBERG, ALFRED, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts*, München, Hoheneichen-Verlag, 1943.

(24) SPRENGER JAKOB y KRÄMER, HEINRICH, *El martillo de las brujas*, Valladolid, Maxtor, 2004.

(25) BRION DAVIS, DAVID V., *O problema da escravidão na cultura ocidental*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.

técnica de neutralización operó eficazmente en las dictaduras latinoamericanas que cometieron los peores genocidios del siglo.

Cabe preguntar si los escritos de Rosenberg en tiempos del nazismo o de Charles Maurras en los del proceso Dreyfus⁽²⁶⁾ pueden ser considerados de modo diferente desde esta perspectiva. En algún sentido, escritos muy determinantes de politólogos como Carl Schmitt⁽²⁷⁾ asumen el mismo carácter. Pocas dudas pueden haber hoy relejendo la *Criminología* de Garofalo,⁽²⁸⁾ de que no pasa de ser un manual sintético de técnicas de neutralización para crímenes de Estado, de que la construcción del concepto de vidas sin valor vital de Karl Binding⁽²⁹⁾ fue un elemento de neutralización en el exterminio de enfermos terminales y mentales del nazismo, de que la afirmación del catedrático de Milán —en el sentido de que la esterilización y las teorías racistas del derecho nazista eran las creaciones más revolucionarias del derecho penal de todos los tiempos—⁽³⁰⁾ era la glorificación de los mayores crímenes de Estado de su tiempo, o de que la elaboración del concepto de extraños a la comunidad⁽³¹⁾ del catedrático de Munich era una técnica de neutralización de las masacres de los campos de concentración.

Todo esto demuestra que las técnicas de neutralización de los crímenes de Estado tienen mucho más nivel de elaboración que las empíricas y contradictorias de los infractores juveniles que estudiaban Sykes y Matza a mediados del siglo.

No son improvisadas ni elaboradas por los propios protagonistas, sino por teóricos especializados en el trabajo de fabricación de esas técnicas, con frecuencia dotados de un arsenal académico importante y en ocasiones impresionante.

(26) MCCEARNEY, JAMES, *Maurras et son temps*, París, Albin Michel, 1977.

(27) Su defensa de esta imputación puede verse en: SCHMITT, CARL, *Risposte a Norimberga a cura di Helmut Quaritsch*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

(28) GAROFALO, R., *Criminologia*, 2ª ed. italiana, Torino, 1891.

(29) BINDING, K. y HOCHÉ, A., *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

(30) GRISPIGNI, FILIPPO y MEZGER, EDMONDO, *La riforma penale nationalsocialista*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1942.

(31) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, 2003.

Mientras Sykes y Matza publicaban su trabajo sobre la base de observaciones a infractores juveniles en tiempos de los **rebeldes sin causa**, los mandos militares franceses enviaban comisiones a América que llevaban a neutralizar en los oficiales superiores de las fuerzas armadas todos sus valores positivos,⁽³²⁾ en forma que los convertiría en pocos años en reales genocidas.

No puede desdeñarse esta característica y mucho menos el problema que ella genera en la criminología.

8.

Lo señalado plantea dos cuestiones. En principio, pone de manifiesto que al encarar el crimen de Estado, la criminología no puede ser ideológicamente neutral, ni mucho menos. En segundo término, hace objeto de estudio de la criminología a las ideologías y al comportamiento de los ideólogos.

En cuanto a la pretendida neutralidad, ésta se hace añicos con la verificación de que muchas elaboraciones teóricas y académicas, abundantes discursos políticos y jurídicos (y también criminológicos) pasan a ser técnicas de neutralización y, por ende, un objeto de estudio frente al que la criminología no puede proclamar neutralidad alguna.

Si a ningún criminólogo se le ocurriría declararse **neutral** frente a la elaboración de un infractor juvenil que argumenta apelando a la negación de la víctima porque es un **negro**, tampoco hay razón alguna para hacerlo frente a la elaboración de un académico que sostenga lo mismo. Tal negación de la víctima de carácter racista, homofóbico, sexista, etc., puede ser tanto la del infractor juvenil como la del académico. El mayor nivel de elaboración no le resta ningún carácter esencial a la última, sino que, por el contrario, le agrega mucha mayor eficacia.

Un homicida juvenil que niega a su víctima en razón de que pertenece a una raza inferior, sólo se distingue de un académico que sostiene la inferioridad de esa raza en sus trabajos en que este último no mata personalmente, pero su discurso es un claro aporte a la neutralización de los va-

(32) ROBIN, MARIE-MONIQUE, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005.

lores de quienes lo hacen o al reforzamiento de la neutralización intuitiva con pretendidos recursos científicos.

El comportamiento de estos **refinadores** de técnicas de neutralización no puede ser indiferente a la criminología. Desde un punto de vista jurídico-penal es posible que no puedan ser considerados **instigadores** y, además, en muchos casos no podrían serlo en modo alguno porque con frecuencia operan sin dolo, pero esto no es obstáculo a la necesidad de investigarlos criminológicamente, desde que son claramente determinantes de conductas de criminalidad masiva.

Por ende, la criminología debe abarcar, en su horizonte de proyección, discursos ideológicos (filosóficos, jurídicos, políticos, tácticos, etc.).

Ésta es, sin duda, la tarea que atormenta a quienes se asoman al tema, porque con ello parece perderse el límite epistemológico de la criminología y se teme su disolución en el terreno pantanoso de las ideologías.

No hay duda de que el siglo XX nos deja un instrumento que no puede ser omitido en cuanto a su vital carácter orientador en la cuestión valorativa: los documentos internacionales de Derechos Humanos. No obstante, creemos que ni siquiera es menester llegar a eso en todos los casos, pues basta con orientarse hacia la prevención de los crímenes de Estado.

En este sentido, el planteo es mucho más simple de lo que parece a primera vista: si lo que se pretende es contribuir a evitar estos crímenes, es obvio que la criminología debe ocuparse de los discursos que los fomentan mediante el refinamiento de técnicas de neutralización y, por ende, debe ser objeto de estudio de la criminología el comportamiento de los teorizadores que fabrican esos discursos y de quienes los difunden por los medios masivos.

No obstante, no puede negarse que abre un panorama de investigación completamente nuevo y muy amplio, pero constituye el desafío de la criminología ante la amenaza de que una necesidad preventiva se convierta nuevamente en el pretexto para una técnica de neutralización que lleve a nuevos crímenes de Estado.

Además, no sólo los discursos políticos se vuelven objeto de la criminología por esta vía, sino que el derecho penal y la criminología misma pueden adquirir ese carácter. La conducta de los penalistas y criminólogos, y sus elaboraciones, deben ser objeto del propio estudio criminológico, en la

medida en que sean susceptibles de convertirse —o directamente constituyan— técnicas de neutralización para criminales de Estado.

9. En síntesis

- a. El horizonte de proyección de la criminología debe abarcar el estudio de los discursos políticos, filosóficos, antropológicos, etc., desde la perspectiva de su eventual contribución a las técnicas de neutralización de valores para los criminales de Estado.
- b. También —y en especial— debe ocuparse del comportamiento de los penalistas y de sus discursos, tanto por lo que legitiman como por lo que omiten frente a los crímenes de Estado.
- c. En este sentido puede afirmarse que la criminología mantiene su distancia del derecho penal, pero lejos de que éste le marque sus límites epistemológicos como lo pretendía el neokantismo, se trata de que ésta vigile con suma atención los que aquél pretende marcarle.
- d. Lo anterior no exime a la criminología del análisis de la función neutralizadora de valores que cumple la comunicación social en los crímenes de Estado y de la que pueden cumplir las propias teorías criminológicas.



Las opiniones consultivas en la estructura del control de convencionalidad

SUSANA ALBANESE⁽¹⁾



1. Introducción⁽²⁾

A lo largo del tiempo hemos publicado temas relacionados, por un lado, con las Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽³⁾ en diversos textos y contextos⁽⁴⁾ y por otro, con aspectos del denominado control de convencionalidad.⁽⁵⁾ Reuniremos ambos planos

(1) Profesora Titular Consulta de la Universidad de Buenos Aires.

(2) Las traducciones de los documentos correspondientes al Sistema Europeo de Derechos Humanos pertenecen a la autora.

(3) En adelante Corte IDH, o simplemente Corte, según el contexto.

(4) Entre ellas: ALBANESE, S., *Derechos Humanos. Estudio de casos y Opiniones Consultivas*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997, tomos I y II, Prólogo Germán J. Bidart Campos; ALBANESE, S.; DALLA VIA, A.; GARGARELLA, R.; HERNÁNDEZ, A. y SABSAY, D., "El sistema regional americano de Derechos Humanos", en *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2004, Prólogo Giuseppe de Vergottini; ALBANESE, S., "El control de convencionalidad", en *Garantías Judiciales*, 2da edición actualizada, Buenos Aires, Ediar, 2010, AAVV, "La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales", en Susana Albanese (coord.), *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

(5) ALBANESE, S., op.cit, 2010; ALBANESE, S. (coord.), op. cit, 2008; AAVV, "El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y La Corte Suprema. Convergencias y divergencias", en

temáticos a fin de encauzarlos hacia un bosquejo de una interpretación armónica del derecho vigente sobre ciertas bases sólidas tendientes a evitar aplicaciones coyunturales de normas internacionales.

Para ello, la búsqueda de certezas sobre el resultado de un accionar determinado, los límites al poder y la aplicación efectiva de los recursos, constituyen algunas reflexiones dirigidas a la realización del objeto y fin de los tratados de derechos humanos.

A los fines propuestos, en primer lugar ocupará su espacio la función consultiva de la Corte IDH a través de sus veinte opiniones emitidas hasta la fecha (abril 2012) en la que se destacará la temática de las solicitudes de los Estados americanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽⁶⁾. En segundo lugar, se desarrollarán conceptos básicos vinculados con el Control de convencionalidad desde las líneas doctrinarias señaladas por la Corte IDH, valorizando la coherencia jurisprudencial como un mecanismo tendiente a sostener una estructura de la fórmula reseñada. Finalmente, se presentarán ciertas reflexiones abiertas en la constante demanda del efectivo ejercicio de los derechos y garantías.

El trabajo se circunscribe al ámbito del sistema interamericano de derechos humanos.

2. Función consultiva de la Corte IDH

2.1. Generalidades

La Corte IDH “es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, como lo establece su estatuto en el art. 1.

Desde 1982 hasta marzo de 2012 han sido solicitadas 21 opiniones consultivas y se han emitido 20;⁽⁷⁾ 6 fueron requeridas por la Comisión Interame-

Jurisprudencia Argentina, 2007; ALBANESE, S., “Dos recientes sentencias de la Corte IDH y el control de convencionalidad” *Jurisprudencia Argentina*, 29 de diciembre de 2010.

(6) En adelante CIDH.

(7) El 7 de julio de 2011 los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay presentaron ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva a fin de que “determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas que deben ser adoptadas respecto de niños y niñas, asociada a su condición migratoria o a la de sus padres, según los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 de la Convención Americana y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura”.

ricana de Derechos Humanos; 4 por Costa Rica; 3 por Uruguay —una de ellas conjuntamente con Argentina—; 2 por México; 2 por Argentina —una de ellas conjuntamente con Uruguay— y 1 por cada uno de los siguientes Estados: Perú, Colombia, Chile y Venezuela. La última opinión peticionada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay todavía no fue emitida.

El art. 64 de la Convención Americana es la norma que regula la función consultiva reconociendo a los Estados miembros de la OEA la facultad de solicitar la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; también podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos de la OEA enumerados en el capítulo X de la carta constitutiva. En el segundo apartado de la disposición mencionada, se reconoce a los Estados miembros la atribución para solicitar a la Corte opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Hasta la fecha, solamente algunos de los Estados partes de la Convención Americana y la CIDH utilizaron este método interpretativo. Lo han eludido los Estados miembros de la OEA que no son partes de la Convención; también, los restantes órganos de la OEA en la materia de su competencia.

2.1.1. *Derecho absoluto: Estados Miembros y CIDH*

En lo que respecta a las atribuciones para solicitar opiniones consultivas, la Corte ha interpretado que tanto los Estados miembros de la OEA, como la CIDH tienen un derecho absoluto a pedir las, en tanto que los demás órganos enumerados en el capítulo X de la carta de la OEA, tienen ese derecho dentro de los límites de sus respectivas competencias. Además, destacó que “se trata de la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno”.⁽⁸⁾

2.1.2. *Limitaciones*

No obstante las afirmaciones emitidas en las dos primeras opiniones consultivas, existen limitaciones a la función consultiva. En primer lugar, sólo puede interpretar tratados en los que esté implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema americano y, en

(8) Opinión consultiva OC-1/82, “Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte”, art. 64 CADH, párr.14, de 24 de septiembre de 1982; OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH”, arts. 74 y 75, párrs. 14 y 16., 24 de septiembre de 1982.

segundo lugar, es inadmisibile toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte o a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención “de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos”. Sobre estas bases, se deben evaluar las circunstancias del caso concreto ya que si se violentasen esos límites la Corte debería rechazar el pedido.⁽⁹⁾

Al respecto, es importante destacar que, por unanimidad, en la primera opinión consultiva solicitada por Perú, la Corte manifestó que deberá abstenerse de emitir una consulta si aprecia que la petición excede los límites de la función consultiva: ya sea porque el asunto planteado concierne a compromisos internacionales asumidos por un Estado no americano; porque el asunto planteado concierne a la estructura y funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema americano; porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto en la Convención; o por otra razón análoga.⁽¹⁰⁾

La Corte, en varias oportunidades, ha destacado el objeto y fin de las convenciones internacionales sobre derechos humanos. En efecto, ha determinado que debe preservar el derecho de las víctimas;⁽¹¹⁾ que debe preservar la protección de los derechos y libertades;⁽¹²⁾ que tiene la responsabilidad de proteger los derechos humanos.⁽¹³⁾

2.1.3. Diferencias entre el art. 64.1 y 64.2

La Corte reconoció que las diferencias entre las solicitudes surgidas a la luz del art. 64.1 de las emanadas del 64.2 son de procedimiento. En este último caso no es indispensable cumplir con el sistema de notificaciones previsto para el primero, sino que se deja a la Corte un amplio margen

(9) OC-2/82, párr. 31.

(10) OC-1/82, 52.2.

(11) Corte IDH, *Ibíd.*, párr.31; Opinión consultiva OC-12/91, “Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h) de la CADH”, párr. 30, 6 de diciembre de 1991.

(12) Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 24, 19 de enero de 1984; y Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH”, arts. 1 y 2 CADH, párr. 2, de 9 de diciembre de 1994.

(13) Corte IDH, Opinión consultiva OC-15/97, “Informes de la CIDH”, art. 51 CADH, párr. 27, de 14 de noviembre de 1997; y Opinión consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, párr. 60.

para fijar las reglas procesales de cada caso en previsión de que, por la propia naturaleza de la cuestión, la consulta deba resolverse sin requerir puntos de vista externos a los del Estado solicitante.⁽¹⁴⁾

2.1.4. *Función asesora*

La función consultiva es una función asesora: la Corte ha manifestado que a través de su ejercicio no sólo busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata proponer interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos, como ya se manifestara.⁽¹⁵⁾

2.1.5. *Diferencia entre las competencias consultiva y contenciosa*

La competencia contenciosa difiere de la competencia consultiva, a criterio de la Corte, ya que en el procedimiento consultivo no existen partes involucradas ni un litigio para resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la OEA y órganos principales de ésta, establece otra distinción que debe ser subrayada.⁽¹⁶⁾

La competencia consultiva es multilateral y no litigiosa; si bien no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, sin embargo, efectos jurídicos innegables.⁽¹⁷⁾

En el voto concurrente de la opinión consultiva que venimos de citar, el Juez Cançado Trindade sostiene que “La Corte es maestra de su jurisdicción”, y cita, al respecto, la posición de la CPJI y de la CIJ.⁽¹⁸⁾ Señala

(14) Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84 cit., párr. 17.

(15) Corte IDH, Opinión consultiva OC-14/94, cit., párr. 23.

(16) Corte IDH, Opinión consultiva OC-15/97, cit., párr. 25.

(17) Corte IDH, *Ibíd.*, párr. 26.

(18) Corte IDH, *Ibíd.*, voto concurrente del Juez Cançado Trindade, cita CPJI y CIJ, respectivamente: Carelia Oriental, 1923, se abstuvo de emitir una Opinión Consultiva porque equivaldría a decidir una disputa pendiente entre Rusia y Finlandia; Interpretación de los tratados de paz, 1950, Opinión Consultiva, Interpretación de los tratados firmados por Bulgaria, Hungría y Rumania, cambio de posición del tribunal internacional, continuando con esa tenden-

asimismo, en concordancia con la posición del tribunal americano, que el procedimiento consultivo tiene características propias pues no hay partes, no hay sentencia, tampoco hay sanciones ni reparaciones, no es necesario el requisito del consentimiento estatal. Se trata de obtener una interpretación de la Convención que facilite y perfeccione la aplicación de ésta.⁽¹⁹⁾

En su momento, hemos presentado algunas similitudes entre las opiniones consultivas y las observaciones generales emitidas por algunos órganos de derechos humanos sobre la interpretación de determinadas normas convencionales en el marco de los respectivos tratados. Sin embargo, de debe advertir, entre otras diferencias, que en estos últimos instrumentos los diferentes Comités interpretan las disposiciones por decisión propia sin que los Estados u otros órganos los convoque al respecto.⁽²⁰⁾

2.2. Las solicitudes de Costa Rica

En general, se puede sostener que las solicitudes de Costa Rica han tendido a la construcción de un puente entre el derecho interno y el derecho internacional a través del requerimiento de la compatibilidad de sus normas internas con las de la Convención Americana. Presentaremos sucintamente algunos aspectos de estas solicitudes.

2.2.1. Opinión consultiva OC-4/84. Acerca de los arts. 20 y 24: derecho a la nacionalidad y derecho a la igualdad ante la ley

De esta manera, en la primera opinión solicitada —OC-4/84—, frente a una propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización, se consideró importante evaluar la posibilidad de compatibilizar el proyecto con los arts. 20 —derecho a la nacionalidad— y 24 —derecho a la igualdad ante la ley— de la Convención.

Uno de los problemas planteados —que queremos destacar— estaba vinculado con el estudio de la compatibilidad de un proyecto de ley y no una ley, de acuerdo a los términos del art. 64.2 de la Convención Americana, situación que la Corte analiza para proyectar su posición. No se trata de una “ley vigente”, sin embargo la Corte considera que, de restringirse

cia, que surge de la enumeración de opiniones consultivas de la CIJ que deja de lado el voluntarismo de los Estados.

(19) Corte IDH, *Ibíd.*, del voto citado, párr. 23.

(20) ALBANESE, S. (coord.), *op. cit.*, 2011. Así, por ejemplo, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Comité respectivo aprobó hasta la fecha 21 Observaciones Generales de singular importancia para el ejercicio efectivo de tales derechos.

su función a leyes vigentes, los Estados estarían obligados a cumplir todo el procedimiento de derecho interno para la formación de las leyes antes de poder solicitar la opinión a la Corte. Siendo que la jurisdicción consultiva “es un servicio que la Corte está en condiciones de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a derechos humanos”, no debe omitir su ejercicio en el caso concreto.

La Corte afirma que abstenerse a atender la solicitud porque se trate de un “proyecto de ley” y no “de leyes formales y vigentes” podría equivaler a forzar al Gobierno a la violación de la Convención mediante la adopción formal y —posiblemente— la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en la búsqueda de una opinión. Este criterio no ayuda a dar efecto a la norma; es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos.

El tribunal americano, sin embargo, no descuida el alcance que pueda tener la aceptación de cualquier proyecto de ley e indica al respecto que debe actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno.⁽²¹⁾

Con respecto al derecho a la nacionalidad, la Corte considera que el proyecto responde a los términos convencionales. Por otra parte, señala que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros, ni fijar ciertos requisitos para la obtención de la naturalización. Sin embargo, la Corte consideró que el proyecto es discriminatorio en cuanto fija condiciones preferenciales para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.

2.2.2. Opinión Consultiva OC-5/85. Acerca de los arts. 13 y 29: Derecho a la libertad de expresión y Normas de interpretación

La opinión consultiva OC-5/85 constituye un hito en la evolución de los derechos humanos en materia de libertad de expresión. En el caso, fueron analizados dos aspectos en cuanto a la competencia de la Corte de acuerdo a las preguntas planteadas por el Gobierno de Costa Rica: la primera

(21) Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84, op. cit., párrs. 13/30.

pregunta, en el marco del art. 64.1 sobre la interpretación de los arts. 13 y 29 de la Convención Americana; y, la segunda, sobre la compatibilización de la ley 4420 de colegiación obligatoria de periodistas con las citadas normas internacionales.

Respecto de las razones por las cuales algunos casos deben llegar a la Corte, en los párrafos 25 y 26 la Corte emite su opinión en cuanto a la necesidad de que algunos casos lleguen a sus estrados y se detiene en el caso Schmidt indicando el planteo de problemas legales controversiales habida cuenta de que, en primer lugar, internamente recibió diferentes decisiones en primer lugar; en segundo lugar, que la CIDH no decidió de forma unánime; y en tercer lugar, se trató de una materia que reviste especial importancia en el continente donde varios Estados han adoptado leyes similares a las que Costa Rica ha aplicado.

Uno de los grandes planteos es la falta de reconocimiento de legitimación activa a las personas físicas para presentarse ante la Corte en forma directa. Este tema, que fue resuelto en Europa,⁽²²⁾ ya en 1985 quedó expuesto por la Corte Interamericana que sostuvo que “Dado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la CIDH no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte...”.

En lo que concierne al derecho de la Libertad de expresión, la Corte menciona sus dos dimensiones: por una parte, en la dimensión individual, es decir, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar sus ideas; y, por la otra, en la dimensión colectiva, el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Las dos dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente.

El tribunal compara el art. 13 de la Convención Americana que concierne al alcance de las restricciones que pueden imponerse a la libertad de expresión en una sociedad democrática, con las normas correspondientes de la Convención Europea y del Pacto Internacional de Derechos Civiles

(22) ALBANESE, S., op. cit, 2010, p. 392 y ss.

y Políticos y llega a la conclusión que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *minimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas (...)”.⁽²³⁾

Respecto de la norma más favorable a las personas, es importante también destacar que en los párrs. 51 y 52 de la opinión consultiva que comentamos se recoge el principio *pro homine*, al considerar la comparación de normas sobre temas similares. Dice el tribunal en el primero de los párrafos citados: “frecuentemente es útil (...) comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presente en cualquier otro instrumento internacional”. A continuación afirma: “...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. Estos términos resultan emblemáticos en el derecho de los derechos humanos.

En cuanto a la invocación al “orden público” o al “bien común” como justificación a la restricción de los derechos, la Corte Interamericana en esta opinión consultiva específica con claridad que “de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”.⁽²⁴⁾

La Corte IDH sostiene, asimismo, que la libertad de expresión es una piedra angular del sistema democrático, indispensable para la formación de la opinión pública. Es condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté plenamente informada no es plenamente libre.

Las razones de orden público, que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones, no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que

(23) Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 50.

(24) Corte IDH, ibíd., párr. 67.

reconoce a todo ser humano el art. 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

En consecuencia, la Corte decidió por unanimidad:

“1) que la colegiación obligatoria de periodistas en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información es incompatible con el art. 13 de la Convención; 2) que la ley 4420 en cuanto impide a ciertas personas pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información es incompatible con el art. 13 de la Convención”.

2.2.3. Opinión consultiva OC-7/87. Acerca de los arts. 14.1., 1.1 y 2: Derecho de rectificación o respuesta

En el área del art. 64.1 Costa Rica presenta esta solicitud con la finalidad de conocer el alcance del art. 14.1 de la Convención vinculado con el 1.1 y 2 de la misma.

La Corte puntualiza que el derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados consagradas en los arts. 1.1 y 2 y no podía ser de otra manera ya que el sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y no a facultar a los Estados para hacerlo.⁽²⁵⁾

También con precisión la Corte determina que si, por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.⁽²⁶⁾

2.2.4. Opinión consultiva OC-12/91. Acerca del art. 8.2.h): Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior

La Corte decidió no responder a la solicitud del Gobierno de Costa Rica acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma de dos

(25) Corte IDH, Opinión consultiva OC-7/87, párr. 24.

(26) Corte IDH, *Ibíd.*, párr. 28.

artículos del Código de Procedimientos en materia penal y la creación del Tribunal Superior de Casación Penal en trámite ante la Asamblea Legislativa con el artículo 8.2.h) de la Convención Americana.

Para así decidir tuvo en cuenta la existencia de varias denuncias ante la Comisión Interamericana sobre la presunta violación por parte del Gobierno de Costa Rica del art. 8.2.h) de la Convención, quien solicitó en reiteradas ocasiones prórrogas que retrasaron considerablemente los casos planteados. La Corte puntualiza que el proceso contencioso es una oportunidad para que los asuntos sean discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en éste. A criterio de la Corte, en caso de aceptar este pedido de opinión, se podría desvirtuar la jurisdicción contenciosa, lo que reiteraría así una de las limitaciones fijadas en 1984 frente al ejercicio de su competencia consultiva.

2.3. La solicitud de Argentina y Uruguay

2.3.1. Opinión consultiva OC-13/91. Argentina y Uruguay. Acerca de los arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51: Atribuciones de la Comisión

La Opinión Consultiva OC-13/91 fue solicitada por los gobiernos de Argentina y Uruguay para que se establezca el alcance de una serie de disposiciones vinculadas con el ejercicio de las atribuciones de la CIDH. Se ha especificado que la opinión solicitada no tiene por objeto tratar asuntos abstractos, sino asuntos específicos que han sido objeto de aplicación concreta por parte de la CIDH.⁽²⁷⁾

Se debe realzar que la Corte ha afirmado que la Convención no establece una jerarquía de los derechos protegidos. En todo caso, las distinciones tienen que ver, por un lado, con los Estados que son partes de la Convención y con los que, siendo miembros de la OEA, no son partes de la Convención, en cuanto a los derechos regulados en los correspondientes instrumentos internacionales; por otro lado, con aquéllas que surgen del art. 27 sobre los derechos y garantías que no pueden ser suspendidos.⁽²⁸⁾

(27) Corte IDH, Opinión consultiva OC-13/93: se sostiene que el pedido de interpretación se funda en "...asuntos específicos que han sido objeto de aplicación concreta por parte de la Comisión (por ejemplo, los casos 9768, 9780, 9828, 9850, 9893)", párr. 4.4., 16 de julio de 1993.

(28) Corte IDH, *Ibíd.*, párr. 22.

Estamos frente a diferentes niveles de protección internacional de los derechos en función, tanto del compromiso asumido por los Estados al ratificar las convenciones sobre derechos humanos, como de la atribución de los Estados de suspender el ejercicio de determinados derechos convencionales durante los estados de emergencia en consonancia con disposiciones similares reguladas en otros sistemas, como ya fuera mencionado.

Sin embargo, en el Caso Villagrán Morales, el mismo tribunal sostuvo, como no podía ser de otra manera, que:

“El derecho a la vida es un derecho 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. En esencia, el derecho fundamental a la vida, comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.⁽²⁹⁾

*Función principal de la CIDH, promoción de los derechos humanos.
Art. 41. Transmisión del Informe del art. 50.*

Por otro lado, de acuerdo a los arts. 41 y 42, la CIDH puede calificar cualquier norma de derecho interno como violatoria de las obligaciones de un Estado parte, mas no para decidir si contradice o no el ordenamiento jurídico interno.

Continúa esta posición concluyente de la Corte en lo que respecta a las atribuciones de la Comisión sosteniendo que, declarada inadmisibile una petición o comunicación, no caben pronunciamientos sobre el fondo — arts. 41.f en relación con los arts. 44 y 45.1—. Además sostiene que los arts. 50 y 51 de la Convención Americana contemplan dos informes separados, cuyo contenido puede ser similar, aunque el primero de los cuales no puede ser publicado.

(29) Corte IDH, “Caso Villagrán Morales”, párr. 144., 19 de noviembre de 1999.

Al interpretar el art. 47.6 del Reglamento, vigente al momento de emitir esta opinión, la Corte afirmó que no se conforma con el artículo 50 de la Convención. Esa norma reglamentaria establecía que “El informe se transmitirá a las partes interesadas quienes no estarán facultadas para publicarlo”.

Es importante señalar que la CIDH reconoce que la Corte es la intérprete final de la Convención. Así, modifica el artículo debatido de su Reglamento —art. 47.6— por el siguiente texto: “El informe se transmitirá al Estado interesado, el que no estará facultado para publicarlo”.

En coincidencia con esta línea interpretativa, en el Reglamento que entrara en vigencia el 1 de mayo de 2001, el art. 43.3 establece que “Notificará al peticionario la adopción del Informe y su transmisión al Estado”. Estamos frente al Informe del art. 50 de la Convención Americana. De acuerdo a la redacción se notifica al peticionario la adopción del informe pero consideramos que el término seleccionado no implica dar a conocer su contenido, por lo que se sigue en este aspecto la posición de la Corte IDH como quedara expresada.

2.4. Las restantes solicitudes de Uruguay

2.4.1. Opiniones consultivas OC-6/86. Acerca del art. 30: Alcance de las restricciones

El gobierno de Uruguay presentó esta opinión sobre el alcance de la expresión “leyes” en el contexto del art. 30 de la Convención. “En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”, dice la Corte.

Las leyes a las que se refiere el art. 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. En estos términos, sólo la ley formal tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos convencionales, teniendo en cuenta —como lo afirma el preámbulo de la Convención— el propósito de los Estados de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Frente a estas afirmaciones se aprecia la dificultad de interpretar el alcance de la delegación de funciones legislativas al Poder Ejecutivo a través de

los decretos de necesidad y urgencia que vino con la reforma constitucional de 1994 (arts. 76 y 99.3). En todo caso, el Poder Ejecutivo debería abstenerse de emplear esa atribución si de su uso pudiera surgir una restricción a los derechos convencionales o a desvirtuar “el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”, de acuerdo a las pautas debidamente diagramadas por la Corte IDH.

2.4.2 Opiniones consultivas OC-9/87. Acerca de los arts. 27.2, 25 y 8: las garantías judiciales indispensables, el amparo, el debido proceso legal

Nuevamente Uruguay solicitó la opinión vinculada con el alcance de determinadas garantías judiciales. Se trata de un complemento a la Opinión consultiva OC-8. Cuando en el marco de la Convención Americana, se estudian las garantías judiciales durante las emergencias por las que pueden atravesar los Estados, difícilmente se segregan estas dos opiniones.

Al dedicar un vasto espacio a los principios del debido proceso legal, la Corte sostuvo que esos principios “no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales puedan considerarse como garantías judiciales”. También es relevante remarcar la trasgresión a la Convención cuando se carezca de un recurso efectivo de acuerdo a la doctrina elaborada al respecto.

La Corte señaló que deben considerarse como “garantías judiciales indispensables” que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, el *hábeas corpus* (art. 7.6), el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades, que no pueden ser suspendidos en ninguna circunstancia dentro del marco y según los principios del debido proceso legal recogidos por el art. 8 de la Convención.

2.5. Las solicitudes de México

2.5.1. Opinión consultiva OC-16/99. El derecho a la información de la asistencia consular

Merece un espacio especial esta Opinión consultiva emanada de la Corte Interamericana. Nos estamos refiriendo a la Opinión consultiva OC-16 del 1 de octubre de 1999, solicitada por México. El tema central de

preocupación la situación de aquellos ciudadanos mexicanos residentes en los Estados Unidos quienes, cuando son detenidos porque se les imputa la comisión de un delito, y no son informados de manera inmediata la posibilidad de ser asistidos por un representante consular, lo que constituye un derecho reconocido por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

La Corte interpreta esta última Convención a la luz del tratado americano estudiando diversos aspectos del debido proceso legal que les corresponde a los extranjeros, quienes son juzgados por delitos que pueden llegar a la aplicación de la pena de muerte.

Los Estados Unidos de América manifestaron, entre otras consideraciones, que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado con vocación universal, por lo cual no se puede diferenciar, a un nivel regional, las obligaciones de los Estados que son partes de ella (en ese momento —junio 1998— estaba en trámite ante la CIJ un caso contencioso que involucraba a los Estados Unidos sobre la materia convocante. Por lo tanto, se debía posponer su consideración hasta la sentencia en sede de la CIJ). También afirmó que se trata de un caso contencioso encubierto.

La posición de la Corte es proporcional a la gravedad de la aplicación de la pena de muerte, pena aberrante, a los extranjeros. De esta forma la Corte consideró que el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales —entre ellos, el derecho a la información sobre la asistencia consular—, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

Asimismo, consideró que esa norma —art. 36— concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos y que la expresión “sin dilación” utilizada en el art. 36.1. b) significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad, y en todo caso, antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Une a estas decisiones la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que respecta a las normas del debido proceso y a la expansión de las garantías mínimas al derecho a la información sobre la asistencia consular.

2.5.2. Opinión consultiva OC-18/03. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados

Es nuevamente México quien la solicita y su razón no está limitada a la búsqueda de interpretaciones abstractas de las normas convencionales, sino que se encuentra enraizada en un problema socio-económico que afecta directamente a los mexicanos que intentan trabajar en los Estados Unidos.

En efecto, México explica que los trabajadores migrantes, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio de estos derechos.⁽³⁰⁾

México solicita una consulta sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

La Corte considera que tiene competencia para interpretar la Declaración Americana, la Convención Americana, la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la carta constitutiva de la OEA.⁽³¹⁾

La opinión está estructurada de la siguiente manera: a) la obligación de respetar y garantizar los derechos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación; b) la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes; c) los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados; d) las obligaciones de los Estados en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

(30) Corte IDH, OC-18/03, párr. 2. Ver, asimismo, Corte EDH, "Caso Aksu c. Turquía", Grande Chambre, 15 de marzo de 2012: la Corte por 16 votos c.1, decidió que no hubo violación al derecho a la vida privada, ante la publicación dispuesta por el Ministerio de Cultura de un libro "que constituye un estudio universitario" titulado: *Los gitanos en Turquía*; ver voto disidente del Juez Gyulumyan.

(31) Corte IDH, OC-18/03, párrs. 55 a 66.

Se trata de un extenso estudio fecundo en fundamentos donde se expresan los valores esenciales a transmitir con nitidez y precisión.

La Corte señala, una vez más, que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su estatus migratorio⁽³²⁾, recordando al respecto su opinión sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular, en el marco de las garantías del debido proceso legal donde se señaló que "...para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...".⁽³³⁾

Sintetiza la Corte manifestando que "...el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.⁽³⁴⁾ Agrega, asimismo, que el debido proceso incide sobre la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, así como de orden penal.

Este sector de la opinión seleccionada culmina con la siguiente afirmación:

"Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal, sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten".⁽³⁵⁾

La aplicación del principio *pro homine* no podía estar ausente en estas apreciaciones generales vinculadas con este grupo vulnerable,⁽³⁶⁾ es decir, se trata de respaldar, una vez más, el derecho a la dignidad sea cual fuere el lugar de residencia.

(32) *Ibid.*, párr. 121.

(33) OC-16/99, párr. 117.

(34) OC-18/03, párr. 122.

(35) *Ibid.*, párr. 126.

(36) *Ibid.*, párr. 156.

2.6. La solicitud de Argentina

2.6.1. OC-20/09: Art. 55 de la Convención Americana

Argentina presenta esta solicitud a fin de determinar el alcance de la norma que regula la presencia de los jueces *ad hoc*. Por un lado, consulta si debe limitarse a aquellos casos en los que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal; y por otro lado, pregunta si en aquellos casos originados en una petición individual aquel magistrado nacional del Estado denunciado deb excusarse de participar en la sustanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda parcialidad o influencia.

Aplicando la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Corte IDH entiende que la expresión en plural de “Estados Partes” en el art. 55 de la Convención es aplicable solamente a casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales. Así, se remite a los antecedentes internacionales de la figura del juez *ad hoc* y analiza las motivaciones de índole político y diplomático que originaron su inclusión. Aborda la similitud entre el art. 55 de la Convención Americana y el art. 31 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para concluir que la figura del juez *ad hoc* no puede ser extendida a aquellos procedimientos para los cuales no esté expresamente previsto.⁽³⁷⁾

Por lo tanto, señala que la posibilidad de los Estados de nombrar un juez *ad hoc*, cuando en el tribunal no hubiese un juez de la nacionalidad del Estado denunciado, se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales, y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados partes en casos originados en peticiones individuales.

Establece las diferencias entre las demandas interestatales y aquellas demandas iniciadas por la CIDH en representación de un particular.

Asimismo, trata el tema de la nacionalidad de los jueces frente a un caso originado en peticiones individuales, concluyendo que el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales.

(37) Corte IDH, OC-20/09, art. 55 de la Convención, párrs. 33 y ss.

Por otro lado, se abordan aspectos relacionados con la igualdad de armas en los procesos internacionales; un tema que, como bien señala en su voto el Juez García Ramírez, se venía perfilando en la práctica del tribunal interamericano y de esta manera, a través del intérprete último de la Convención, se define en beneficio de los derechos de los particulares, de acuerdo al objeto y fin de los tratados internacionales.

2.7. La solicitud de Perú

2.7.1. Opinión consultiva OC-1/82. Acerca del art. 64: La primera Opinión Consultiva solicitada sobre las atribuciones de la Corte

En esta opinión se fijan las pautas de la competencia consultiva, la ampliación de los términos del art. 64 con respecto a otros tratados internacionales y las limitaciones en el ejercicio de su competencia, como ya se expresara.⁽³⁸⁾

En cuanto a la expresión “otros tratados”, la competencia consultiva la puede ejercer sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajeno al sistema interamericano.

2.8. La solicitud de Colombia

2.8.1. Opinión consultiva OC-10/89. Acerca del art. 29. d): normas de interpretación

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

En otro contexto se inscribe el pedido de Colombia que diera lugar a una importantísima Opinión consultiva; nos referimos a la OC-10 que aborda el status jurídico de la Declaración Americana.

(38) Ya expusimos sus alcances a criterio de la Corte IDH.

Colombia sostuvo que tiene un interés directo en el adecuado funcionamiento del sistema americano de derechos humanos y quiere conocer el criterio de la Corte respecto de si ella puede interpretar la Declaración Americana.

En esta Opinión la Corte reconoce la evolución del derecho, en el sentido de admitir que las convenciones de derechos humanos son instrumentos vivos que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales, y recepta los cambios que se producen en el contexto del objeto y fin de los tratados.

La Corte dijo que la Declaración Americana de Derechos Humanos es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA de acuerdo a la carta constitutiva (p. 45).

2.9. La solicitud de Chile

2.9.1. Opinión consultiva OC-15/97. Acerca de los arts. 50 y 51 y de Informes de la CIDH

La Corte analiza los arts. 50 y 51 para considerar que puede ser modificado el Informe que establece el art. 51 cuando, por ejemplo, se cumplan total o parcialmente las recomendaciones de la CIDH, o cuando existan errores materiales en el Informe, o cuando ocurra el descubrimiento de hechos que no fueron conocidos en el momento de emitirse el informe y que tuvieran una influencia decisiva en el contenido del mismo.

Si la Corte reconoce el recurso de revisión contra sentencias firmes con el propósito de evitar que la cosa juzgada mantenga una situación de evidente injusticia debido al descubrimiento de un hecho que, de haberse conocido al momento de dictarse la sentencia, hubiese modificado su resultado, o que demostraría la existencia de un vicio sustancial en la sentencia, también podrían ser revisados los informes emitidos por la CIDH. De esta forma, se extiende y, al mismo tiempo, se delimita el alcance de los principios que justifican el recurso en cuestión.

2.10. La solicitud de Venezuela

2.10.1. OC-19/05. Acerca de los arts. 41 y 44/51 de la Convención

Venezuela presenta el 12 de noviembre de 2003 una solicitud de Opinión consultiva. A pedido de la Corte IDH, el Estado precisó su demanda en estos términos:

“1. ¿Existe o no, un órgano del sistema interamericano de derechos humanos que disponga de las competencias necesarias para ejercer el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH ante el cual puedan recurrir los Estados partes de la Convención en defensa de la legalidad? 2. En caso de que existiere tal órgano ¿Cuál es dicho órgano y cuáles son sus atribuciones?”.

La Corte precisa el alcance de los tratados de derechos humanos, reiterando su posición al respecto y señalando el objeto y fin de las actividades desarrolladas por la CIDH.⁽³⁹⁾

Explica el trámite de las comunicaciones individuales ante la CIDH, las normas aplicables y la función controladora de la Corte IDH al respecto, además de señalar otras atribuciones de la CIDH establecidas en el art. 41 de la Convención.⁽⁴⁰⁾

Asimismo, fijando pautas explicativas sobre el alcance de las normas convencionales, precisa que la CIDH tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato conforme a la Convención⁽⁴¹⁾ y que la Corte IDH efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH en lo que se refiere al trámite de asuntos que están bajo el conocimiento de la misma Corte, conforme a las normas que rigen su competencia.

2.11. Las solicitudes de la CIDH

2.11.1. Opinión consultiva OC-2/82. Acerca de los arts. 74 y 75: Entrada en vigencia de la Convención y Reservas

La CIDH tiene un derecho absoluto a solicitar Opiniones consultivas; ejerció el uso de esa atribución en 6 oportunidades. Se puede afirmar que sus pedidos están vinculados con el ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, a través de ellos reconoce que la Corte es la intérprete final de la Convención.

Respecto de la Opinión OC-2/82, su importancia radica en el momento histórico en que fue solicitada, habida cuenta que empezaba a entrar en vi-

(39) Corte IDH, “Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la CIDH”, párrs. 21 a 23.

(40) *Ibíd.*, párrs. 28 y 29.

(41) Arts. 44 a 51 y 41 de la Convención Americana.

gencia la Convención Americana. Aplicando la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y estableciendo las diferencias entre tratados en general y tratados internacionales de derechos humanos (p. 29), la Corte sostiene que:

“estos últimos no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (...). Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

Llega a la conclusión que la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reserva, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión.

2.11.2. Opinión consultiva OC-3/83. Acerca del art. 4: Derecho a la vida y abolición de la pena de muerte

No escapó a la CIDH el problema que representaba la interpretación del art. 4 de la Convención para aquellos Estados que en sus reservas puntualizaban el derecho de aplicar la pena de muerte en sus territorios, sujeto a sus normas. De ahí el interés de plantear esta temática en beneficio del sistema de protección.

La Corte sostuvo que “el objeto del art. 4 es la protección del derecho a la vida”, aseguró que el texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de dicha pena —sea en su imposición, sea en su aplicación—, y opinó por unanimidad que la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado parte aplicarla si no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna.

De esta forma los Estados partes encuentran límites a su función legislativa en beneficio de las personas que se encuentran en su jurisdicción. Cabe señalar que existe una conexión entre estas afirmaciones y las manifestadas por la Corte Europea en el caso Ocalan dirigidas a abolir definitivamente la pena de muerte.

2.11.3. Opinión consultiva OC-8/87. Acerca de los arts. 27.2, 25.1 y 7.6: garantías judiciales

La CIDH solicita esta Opinión teniendo en cuenta, entre otros fundamentos, que muchos Estados en situaciones de emergencia deciden incomunicar a un detenido durante un período prolongado (que llega hasta 15 días) y, durante ese tiempo, la persona detenida no puede presentar un recurso de habeas hábeas, considerando que la libertad personal es uno de los derechos que se puede suspender durante las emergencias por las que puedan atravesar los Estados.

Al respecto, y en cuanto a los tiempos de detención, la jurisprudencia de los tribunales internacionales indica límites precisos impuestos a los Estados, que rigen en todas las circunstancias. Desde la competencia contenciosa, en los casos Suárez Rosero, Sánchez y Ocalan, se han fijado pautas interpretativas que deben gravitar en los tribunales.

En la Opinión consultiva OC-8/87 la Corte sostuvo que ni el *hábeas corpus* ni el amparo pueden suspenderse durante las emergencias por tratarse de “garantías judiciales indispensables” para el ejercicio de los derechos que no pueden aplazarse en ninguna circunstancia.

Esta Opinión debe ser analizada conjuntamente con la Opinión consultiva OC-9/87, solicitada por el Uruguay, como fuera manifestado precedentemente.

2.11.4. Opinión Consultiva OC-11/90. Acerca de los arts. 46.1, 46.2.a) y 46.2.b): excepciones al agotamiento de recursos internos

La CIDH plantea los problemas que van surgiendo en el ejercicio de sus atribuciones; entre ellos, el de las personas que aducen no poder agotar los recursos internos por su situación económica, o por el temor generalizado de los abogados en defender determinados casos concretos.

Al interpretar el art. 46 a la luz del agotamiento de los recursos internos, segrega de la disposición 46.2 los apartados a) y b). El primero de ellos se refiere a situaciones en las cuales la ley interna no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados; se trata a una razón legal. El segundo —b)—, se refiere a situaciones en las que existen los recursos pero le son negados al reclamante; por lo tanto, estamos frente a una situación de hecho.

La Corte considera que corresponde encuadrar las situaciones planteadas en cuanto a eximir el agotamiento de los recursos internos en el art. 46.2. b). Reconoce, asimismo, que incumbe al Estado que ha planteado la excepción permitida por el artículo 46.1.a) de la Convención probar que en el sistema interno existen recursos que no han sido agotados y que, una vez probado, la carga de la prueba se traslada al reclamante.

El tribunal interrelaciona el tema del agotamiento de los recursos internos con el deber de los Estados de no discriminar por razones económicas (art. 1.1), con la igualdad ante la ley (art. 24) y con las garantías judiciales (art. 8) para afirmar que “si los servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de su indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento”.

2.11.5. Opinión Consultiva OC-14/94. Acerca de los arts. 1 y 2: Responsabilidad internacional por leyes violatorias de la Convención

Al solicitar esta opinión, la CIDH explica que está motivada por una disposición de la reforma constitucional de Perú que amplía los casos de aplicación de la pena de muerte: mientras la anterior constitución de 1979 establecía que sólo era aplicable para los delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior, la actual elimina el término “exterior” y agrega: “y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que Perú es parte obligada”.

La Corte se centra en el art. 64.1 de la Convención a fin de sostener el “valioso apoyo para el cumplimiento de las funciones de la Comisión” (p. 25). En cuanto a la reforma constitucional peruana sostiene que si la Comisión considera que la reforma de la constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de la solicitud. “Lo que no puede hacer es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que le otorga la contenciosa al Estado” (p. 28). En cuanto al fondo, considera que una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por los Estados constituye una violación a la Convención y, si ella afecta derechos y garantías de las personas, genera responsabilidad internacional del Estado.

2.11.6. Opinión consultiva OC-17/02. Acerca de los derechos del niño

El derecho a la vida (art. 4 de la Convención Americana), los derechos del niño (art. 19 CADH), así como la protección de la familia (art. 17 CADH) pertenecen al núcleo irreductible de los derechos humanos; derechos éstos cuyo ejercicio no puede suspenderse en ninguna circunstancia. Asimismo, tampoco pueden suspenderse “las garantías judiciales indispensables” (art. 27 del mismo instrumento internacional) para el ejercicio de esos derechos, conforme la Corte viene sosteniendo. Nos encontramos frente a derechos intangibles y, al mismo tiempo, indivisibles. La CIDH, una vez más, decidió abrir el tratamiento de uno de los temas más complejos de la realidad americana al máximo nivel, los derechos de los niños.

En esta extensa opinión es interpretado el art. 19 de la Convención Americana junto con la Convención sobre los derechos del niño, tratados con jerarquía constitucional.

Se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, dice la Corte.⁽⁴²⁾ Abarca temas como la igualdad, el interés superior del niño y, en el contexto de la familia como núcleo central de operación, reconoce que sólo excepcionalmente debe éste ser separado de su familia. También hace referencia a las condiciones de vida y a la educación del niño, dedicando un capítulo especial a los procedimientos judiciales y administrativos en que participan los niños. Para ello tiene en cuenta los principios básicos del debido proceso legal, ya desarrollado ampliamente por la Corte, tales como el juez natural, la doble instancia, el recurso efectivo y el principio de inocencia.

Resulta esencial, entre las conclusiones a las que arriba el tribunal, transcribir los siguientes párrafos porque el paso del tiempo continúa devastando muchos proyectos de vida digna para los niños sin que se encuentren los medios convenientes, adecuados y oportunos para evitarlo. Desde la justicia internacional, se señala a los Estados como los protagonistas que tienen la obligación de adoptar medidas positivas al respecto.

“7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende tam-

(42) Corte IDH, OC-17/02, párr. 42.

bién la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”.

2.12. Algunas observaciones

De las cuatro opiniones solicitadas por Costa Rica, tres fueron aceptadas: dos de ellas vinculadas con la libertad de expresión; la otra, con el derecho a la nacionalidad y la opinión rechazada versaba sobre uno de los requisitos del debido proceso legal, la doble instancia penal. Se trata de temas centrales, derechos y garantías convencionales de los que Costa Rica solicitaba la interpretación. Es decir, buscaba compatibilizar las obligaciones asumidas intencionadamente con su derecho interno.

No es la misma posición la asumida por algunos Estados que solicitaron Opiniones consultivas relacionadas con la competencia de los órganos del sistema americano. En efecto, surge del texto de las Opiniones la necesidad de obtener la delimitación de ciertos aspectos de las competencias de los órganos internacionales —en los casos puntuales, de la CIDH— por no coincidir con el resultado del ejercicio de sus atribuciones y, a través de la posición del tribunal americano, intentar dar algunas señales acordes con un alcance diferente de las disposiciones convencionales cuestionadas.

Otras Opiniones han trascendido porque desde que modifican prácticas asumidas en el ejercicio de la función contenciosa del tribunal interamericano, o porque proponen un cambio interpretativo que coadyuva a respetar la igualdad de armas en el proceso internacional, como es el caso de la Opinión consultiva OC-20/09 solicitada por Argentina.

Asimismo, se debe destacar el planteo de Perú a través del pedido de la interpretación de los términos “otros tratados” en el art. 64 de la Convención Americana. Tema de importancia en el concierto de competencias del tribunal interamericano.

Uruguay, en dos de sus solicitudes —OC-6 y OC-9— obtuvo el alcance de normas convencionales vinculadas con la limitación a las restricciones de los derechos y garantías. La primera, con respecto a la importancia de diferenciar entre leyes formales y materiales para restringir derechos; la segunda, complemento a la Opinión solicitada por la CIDH acerca de las garantías judiciales indispensables durante las emergencias por las que puedan atravesar los Estados, de singular trascendencia.

A su vez, Colombia produjo la emisión de la evaluación de la Declaración Americana en el contexto de la protección de los derechos humanos. Se trata de un hito especial si se tiene en cuenta que el instrumento jurídico internacional que vincula a los Estados americanos que no forman parte de la Convención Americana están constituido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la carta constitutiva de la OEA, y el estatuto y el reglamento de la Comisión IDH.

Por su parte, las solicitudes de México —OC-16 y OC-18— demuestran la lucidez del tribunal americano al interpretar otros tratados y rescatar el objeto y fin de la protección de los derechos humanos relacionados con los grupos vulnerables de la sociedad en el momento actual.

Dejamos para el final los pedidos de Opiniones consultivas llevados a cabo por la CIDH.

No se trata de plantear “cuestiones académicas” o “especulaciones académicas” sino de proponer una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una Opinión consultiva; lo importante es que no se trata de desvirtuar el sistema contencioso establecido en la Convención buscando una solución encubierta de asuntos litigiosos en perjuicio de las víctimas.

La CIDH indagó, a través de sus pedidos, el sentido de las normas en beneficio de la protección de los derechos humanos. Así, en dos de esas solicitudes se encontraba vinculada, de alguna manera, la restricción a la aplicación de la pena de muerte (OC-3 y OC-14). Por su parte la Opinión consultiva OC-8 tenía como objetivo principal la defensa de la libertad personal y en consecuencia, la necesidad de contar con un recurso efectivo, y la opinión consultiva OC-11 estaba destinada a la defensa de las víctimas vulnerables por su condición económica o por una situación social determinada. Por último, en el pedido de la Opinión consultiva OC-17 se encuentra la búsqueda de estándares mínimos internacionales sobre los de-

rechos de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, que merece una protección especial.

3. El control de convencionalidad

Podemos definir al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías⁽⁴³⁾.

Por un lado, desde hace mucho tiempo se ha intentado establecer algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no sólo las convenciones internacionales de las que el Estado es parte⁽⁴⁴⁾ sino las interpretaciones que de sus normas llevaron a cabo los órganos internacionales con aptitud de obrar. En palabras de la Corte IDH: "(...) el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"⁽⁴⁵⁾.

Por otro lado, el control de convencionalidad constituye la función esencial de los órganos internacionales que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales sino que interpretan los actos internos al amparo de las competencias provenientes de los tratados.

Cabe señalar que la garantía a la que aludimos, el control de convencionalidad, puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por parte de los tribunales es variada o renovada o cuando la opinión de sus miembros re-

(43) En este sector del Capítulo reiteramos nuestra posición sobre aspectos centrales del control de convencionalidad.

(44) La teoría de la operatividad o programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales sobre derechos humanos reencontró en el mundo jurídico un amplio debate en la década del ochenta a medida que se fueron ratificando las diversas convenciones sobre derechos humanos.

(45) Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", párr. 124, 26 de septiembre de 2006; Corte IDH, "Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", párr. 128, 24 de noviembre de 2006; más recientemente, "Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", párr. 93, 29 de noviembre de 2011; "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile", párr. 282, 24 de febrero de 2012. En el marco del control de convencionalidad, en el sistema europeo de derechos humanos, la Corte Europea ha comunicado recientemente (1/3/2012) su decisión de retomar el examen de un caso relacionado con la no ejecución de decisiones internas de la justicia en Ucrania, observando que ese Estado no ha adoptado las medidas requeridas después del caso piloto "Yuriy Nicolayevich Ivanov c. Ucrania". En la actualidad, la Corte Europea tiene pendientes alrededor de 2.500 casos similares. Ver la comparación que realizamos entre Control de convencionalidad y problemas estructurales en *Garantías Judiciales*, op. cit, p. 331 y ss.

sulta disgregada, o cuando las circunstancias del caso concreto desempeñan un rol decisivo que culminan confinando la jurisprudencia constante que proclaman.⁽⁴⁶⁾

En la actualidad, uno de los temas tratados en el ámbito europeo a través de conferencias organizadas por el Consejo de Europa⁽⁴⁷⁾ se centra en la debida articulación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, se sostiene la necesidad de mantener una gran coherencia en la interpretación y aplicación de la Convención, siendo la **Grande Chambre** la que aplica algunos medios para detectar y resolver las incoherencias potenciales. La Corte EDH recuerda que "(...) Es de interés de la seguridad jurídica, de la previsibilidad y de la igualdad ante la ley que la Corte no se separe sin motivo válido del precedente" aunque no existe el precedente judicial con alcance general.⁽⁴⁸⁾ En lo que concierne a recursos ante la **Grande Chambre**, la Corte estudia la posibilidad de modificar el reglamento de manera tal que las salas puedan elevar un caso donde exista la posibilidad de separarse de una jurisprudencia constante.⁽⁴⁹⁾ Este camino, que aún no ha sido establecido debido a impedimentos del texto convencional,⁽⁵⁰⁾ llevaría a sostener el reconocimiento de la competencia

(46) Ver, por ejemplo, Corte EDH, casos "Von Hannover c. Alemania", 24 de junio de 2004 y "Von Hannover c. Alemania", Grande Chambre, 7 de febrero de 2012, sobre la interpretación de los arts. 8 (derecho a la vida privada) y 10 (libertad de expresión); ver, "Caso Aksu c. Turquía", ya citado. En este orden, Corte EDH, "Caso Leila Sahin c. Turquía", 10 de noviembre de 2005; "Caso Dahlab c. Suiza", 15 de diciembre de 2001; "Caso Lautsi y otros c. Italia", 18 de marzo de 2011, sobre art. 9 (libertad de religión); y el art. 2 del Protocolo 1 (derecho a la educación) y el "Caso Francesco Sessa c. Italia", 2ª. Sec., art. 9 (libertad de religión), 3 de abril de 2012, pp. 34/39. Asimismo, "Caso Thilmmenos c. Grecia, 6 de abril de 2000 y Caso Chapman c. Gran Bretaña", 2001.

(47) La tercera Conferencia —Brighton 2012—; la primera se realizó en Interlaken 2010 y la segunda, en Izmir 2011.

(48) Cita al respecto el "Caso Chapman c. Reino Unido", p. 70. Ver SUDRE, FREDERIC, *Droit Européen et droit international des droits de l'homme*, 7ma. ed., París, Presses Universitaires de France, 2005, p. 265.

(49) Opinión preliminar de la Corte Europea ante la celebración de la Conferencia de Brighton, adoptada en el Plenario, 20 de febrero de 2012. En el documento se sostiene que una de las claves para la efectividad del sistema internacional de derechos humanos consiste en el reconocimiento de la responsabilidad compartida entre jueces nacionales e internacionales. También manifiesta la importancia de la elección de jueces internacionales independientes y altamente calificados, precisando que la **independencia del Poder Judicial es una condición sine qua non del Estado de derecho y se aplica tanto a la Corte Europea como a las jurisdicciones nacionales.**

(50) Para que esa medida sea efectiva los Estados deberían renunciar al derecho que les asiste en virtud del artículo 30 de la Convención que establece: "Si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus

exclusiva de la **Grande Chambre** para ejercer el control de la doctrina jurisprudencial.

Retomando el sistema interamericano, donde no existe en el tribunal americano la división escalonada de competencias que permita diferentes interpretaciones de las normas convencionales, uno de los medios adecuados que debería implementar la Corte IDH para la interpretación armónica del derecho vigente consiste en aplicar los grandes lineamientos doctrinarios en materia convencional —donde los consensos se han consagrado— y reconocer que aquellas posiciones imbricadas, oscuras, disímiles a la jurisprudencia estable, deberían ser propuestas a través de convenientes debates nacionales e internacionales antes de su inserción en un caso concreto, en beneficio de la eficacia del sistema, que es decir, en beneficio de la persona que acude al ámbito internacional para la protección de sus derechos en el entendimiento de una interpretación dada de las normas convencionales que ampare sus derechos, conculcados en sede interna.

Para ello, entre otros medios, es sustancial el diálogo profundo no sólo entre los miembros de las cortes internacionales sino entre éstos y los jueces de los máximos tribunales nacionales y, principalmente entre órganos de un mismo sistema de protección internacional. Estos diálogos podían develar doctrinas perdurables en base al principio de seguridad jurídica tantas veces invocado por los tribunales.⁽⁵¹⁾ Se trata de un principio que no implica una inclinación a la petrificación de las interpretaciones de las cláusulas convencionales sino garantía del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, merced al respeto al primado de la persona, que de eso se trata.

Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el tribunal, la Sala podrá, en tanto no haya dictado sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala, salvo que una de las partes se oponga a ello”.

(51) En lo que respecta al ámbito nacional, una solución diferente a la del control difuso de convencionalidad, tomando como préstamo conceptual aspectos del derecho constitucional, podría plantearse a través de la creación de una Sala en el seno del máximo tribunal de la judicatura con competencia para determinar la lesión a los derechos y garantías convencionales, a la luz de la doctrina jurisprudencial internacional frente a una norma interna o a una sentencia de tribunales inferiores que puedan provocar un conflicto en perjuicio del justiciable y/o control centralizado del derecho internacional de los derechos humanos. Ver AAVV, “La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales”, en ALBANESE, S. (coord.), op. cit., 2011, p. 43.

Destacar la esencia de algunos lineamientos emblemáticos de las Opiniones consultivas de la Corte IDH constituye una colaboración tendiente a cimentar el control de convencionalidad.

3.1. Armonía del derecho vigente

La interacción en los diversos espacios de aplicación del derecho en materia del debido proceso legal debería tender a una mejor administración de justicia a fin de abrir corredores donde las garantías judiciales puedan transitar en armonía con el derecho sustancial que se demanda.

Derechos y garantías van formando una trama rigurosamente elaborada en ese espejo vivo del derecho, el decir de los tribunales, desde donde se puede plantear su evolución o sólo su actualización.

3.1.1. Párrafos emblemáticos

Algunos párrafos emblemáticos de la Corte IDH señalados a título ilustrativo se exponen a continuación.

a. OC-1/82 "Otros tratados"

"Los tratados de derechos humanos están orientados más que a establecer un equilibrio de intereses entre los Estados a garantizar el goce de derechos y libertades al ser humano".

b. OC-2/82 El efecto de las reservas

"El objeto y fin de los tratados de derechos humanos son la protección de los derechos. Al aprobar estos tratados los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia las personas sujetas a su jurisdicción".

c. OC-3/83 Restricciones a la pena de muerte

"El objeto del artículo 4 (Convención Americana sobre Derechos Humanos) es la protección del derecho a la vida. El texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de la pena de muerte sea en su imposición sea en su aplicación".

d. OC-4/84 Modificación constitucional

"La noción de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.

La Corte no debe inmiscuirse en disputas políticas internas que podrían afectar el papel que la Convención le asigna".

e. OC-5/85 Colegiación obligatoria de periodistas

“De ninguna manera se pueden invocar el orden público y el bien común como un medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.

Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.

f. OC-6/86 La expresión “leyes”

“En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.⁽⁵²⁾

g. OC-7/87 Derecho de rectificación o respuesta

“El sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas”.

h. OC-8/86 y OC-9/87 El *hábeas corpus* y otras garantías judiciales

“El *hábeas corpus*, el amparo o cualquier otro recurso idóneo constituyen las garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse durante las emergencias”.

i. OC-10/89 Interpretación de la Declaración Americana

“La Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA, de acuerdo a la carta constitutiva”.

j. OC-13/91 Ciertas atribuciones de la CIDH

“No hay jerarquía de derechos en la Convención. Hay algunos derechos más protegidos que otros durante los estados de emergencia”.

k. OC-14/94 Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención

“La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y en el evento de que esa violación afecte derechos

(52) Corresponde señalar que este importante concepto ha sido mencionado por la Corte IDH en el ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa, recientemente: “Caso Familia Barrios vs. Venezuela”, párr. 46, 24 de noviembre de 2011, que a su vez reenvía a la OC-6 y al “Caso Campo Algodonero”, p. 235.

y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional del Estado”.

l. OC-16/99: El Derecho a la información sobre la asistencia consular

“Para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (...) El proceso es un medio para asegurar la solución justa de una controversia”.

“La expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1. b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes que rinda su primera declaración ante la autoridad”.

m. OC-17/02: Condición jurídica y DD HH de los niños

“El respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

La verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”.

n. OC-18/03: Condición jurídica de los trabajadores migrantes indocumentados

“El principio de igualdad y no discriminación revestido de carácter imperativo acarrea obligaciones *erga omnes* de protección.

El derecho al debido proceso se debe brindar a todo migrante independientemente de su estatus migratorio.

Los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de derechos fundamentales *erga omnes* (...) El estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para impedir la explotación laboral inescrupulosa y para poner fin a la misma”.

3.2. Guías indicativas

Coadyuva al cumplimiento de las obligaciones internacionales conocer las interpretaciones de la Convención Americana a través del órgano con aptitud de obrar por excelencia.⁽⁵³⁾ El objeto principal de la función consultiva radica en la proyección de sus interpretaciones en el ámbito interno. Ningún Estado americano puede desconocer que está prohibido aplicar la pena de muerte para aquellos delitos en los que no se la aplicaba al momento de ratificar la Convención; ningún Estado americano puede desconocer que las garantías que sirven para sustentar los derechos no pueden suspenderse en ninguna circunstancia, como tampoco se pueden suspender, entre ellos, el acceso a la jurisdicción; ningún Estado puede desconocer que los extranjeros detenidos en sus territorios tienen derecho a ser asistidos, sin dilación por las autoridades consulares de sus respectivos países, así como a gozar del pleno ejercicio de todas las leyes laborales, sin discriminación; ningún Estado puede desconocer que el "orden público" o el "bien común" no pueden constituir argumentos para limitar derechos o desnaturalizarlos; ningún Estado puede desconocer que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática, que no sólo es aplicable a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, chocan o perturban, que así lo exigen la tolerancia, la mentalidad amplia y el pluralismo, columnas fundamentales de la sociedad democrática; ningún Estado puede desconocer que para realización del ser humano libre deben crearse condiciones que permitan a cada persona gozar tanto de sus derechos económicos, sociales y culturales, como de sus derechos civiles y políticos.

3.3. Reglamentar no es restringir

En el marco reseñado se debe admitir, en términos generales, que reglamentar no es restringir, que reglamentar es hacer operativo el ejercicio

(53) Pedro Nikken ha manifestado que "...si bien las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que las sentencias, al ser citadas en el ejercicio de su competencia contenciosa, constituyen una interpretación auténtica de la Convención Americana u otros tratados sometidos a su consulta que, como fuente auxiliar del derecho internacional debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales", en ΝΙΚΚΕΝ, P., "La función consultiva de la Corte IDH", en *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, pp. 160/181.

de un derecho o garantía cuando alguna disposición, acto o decisión jurisdiccional obstaculiza su aplicación.⁽⁵⁴⁾ Aceptado ello, es innecesaria la abundancia de normas reglamentarias para un máximo acercamiento al pleno ejercicio de los derechos; en todo caso es la justicia independiente, competente e imparcial, la que debe ocupar en toda circunstancia el lugar de garante de derechos y garantías.⁽⁵⁵⁾ En efecto, puede suceder que por una norma o por su ausencia quede involucrada la afectación de algún derecho.⁽⁵⁶⁾ Sin embargo, muchas veces se reglamenta teniendo en cuenta solamente un contexto social, político o cultural parcial, sin evaluar, por ejemplo, su extensión en el tiempo o en otros sectores de la sociedad o en otras jurisdicciones que pueden llegar a estar involucradas directa o indirectamente, donde el planteamiento central podría desvirtuarse a pesar de los esfuerzos legislativos.

De esta forma, la Corte IDH tuvo oportunidad de establecer el alcance de la palabra “leyes” en referencia al art. 30 de la Convención Americana, como se ha precisado anteriormente.

En la dirección marcada, y admitiendo la necesidad del dictado de normas reglamentarias, el legislador debe estudiar el plexo de derechos y garantías y su interpretación por los tribunales competentes sin atender solamente al sutil marco que pueda ofrecer un momento dado.

La armonía, la regla de la normal prudencia y el equilibrio constituyen elementos importantes en su esencia que deben ser receptados por el legislador. Para ello, debe llevar a cabo una tarea informativa tendiente a la búsqueda de la verdad que, en política legislativa, siempre es posible.

(54) De la lectura de la jurisprudencia internacional surge que, en algunas oportunidades, los términos “reglamentar” y “restringir” son utilizados como sinónimos.

(55) Ver al respecto, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La valoración en el proceso interpretativo”, en *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, pp.107 y ss. Entre otras consideraciones sostiene que “...Todo el sistema de derechos de un estado democrático (...) viene presidido por principios, valores, fines y razones históricas que parten de una opción y circulan alrededor suyo: la de favorecer y optimizar la situación personal y social del ser humano y cuya libertad diversificada en un haz de derechos debe ser respetada, tutelada y promovida”; asimismo, resalta la función del juez, p. ej., cuando una ley que, sin ser injusta, puede generar injusticia para el caso, o cuando su interpretación equivocada provoca injusticia, p. 114.

(56) Por ejemplo, la existencia de una reglamentación a los daños y perjuicios de un derecho en particular o la ausencia de una norma que garantice por todos los medios apropiados hasta el máximo de los recursos disponibles de un Estado el derecho a una vivienda adecuada.

Nuestra Constitución de 1853/1860 ha sobrevivido a los tiempos debido a sus despejados términos que permitieron su adaptación interpretativa a los cambios sociales, económicos y culturales. Las leyes, siguiendo la mejor de las tradiciones, deberían constituir herramientas útiles para los jueces en materia de protección de derechos y garantías acompañando los grandes lineamientos de relevantes Opiniones consultivas.⁽⁵⁷⁾

El control de convencionalidad debe ser aprehendido por los legisladores, quienes deben adelantarse a la misión de los jueces, y modificar toda aquella legislación que se oponga, friccionen o, tangencialmente, pueda provocar una lesión en los derechos convencionales.

El buen legislador debe conocer los efectos de la legislación que se va a sancionar; debe confrontar los proyectos con los beneficios y perjuicios que pueden provocar; debe asumir la función con la responsabilidad inherente al cargo. Si dudara del perjuicio a los derechos y garantías que la nueva ley podría acarrear, su rectitud lo debería llevar indefectiblemente a evitar su sanción, pese a todas las contingencias y temporalidad histórica.

3.4. De convergencias y divergencias

En cuanto al ámbito internacional, evaluar las incertidumbres que la falta de unanimidad de un cambio interpretativo de una norma convencional por parte de los tribunales internacionales puede provocar en la estructura constitutiva del control de convencionalidad debería constituir una práctica ineludible, sin olvidar por ello que toda sentencia de un tribunal colegiado se puede dictar por mayoría de jueces y disidencia de otros y que una decisión de un tribunal internacional obliga a los Estados en todos los casos en que sean partes.

La complejidad derivada de las divergencias de criterios en el ejercicio de las competencias de los tribunales internacionales —Tribunales de Derechos Humanos, Tribunal Penal Internacional, Corte Internacional de Justicia, Tribunal de la Unión Europea, etc.— permite sostener que se recorre un camino cuanto menos imbricado para consolidar el control de convencionalidad.⁽⁵⁸⁾

(57) Ver, ALBANESE, S., "Reglamentar no es restringir", *Jurisprudencia Argentina*, 4 de abril de 2012. Asimismo, los trabajos reunidos en ALBANESE, S. (coord.), op. cit., 2011.

(58) Ver entre otros, Corte EDH, "Caso Korbely c. Hungría", 19 de septiembre de 2008; "Caso Kononov c. Letonia", 17 de mayo de 2010; "Caso Van Anraat c. Países Bajos", 20 de julio de 2010. Asimismo, PFANNER, T., "Diversos mecanismos y enfoques para aplicar el Derecho Internacional Humanitario y prestar protección y asistencia a las víctimas de guerra", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 873, 2009, p. 177 y ss.

Más allá de los respectivos sistemas judiciales con sus particularidades, recordamos a Bidart Campos, quien sostuvo que "(...) la frecuencia de las variaciones jurisprudenciales repercute en la estabilidad y seguridad jurídicas".⁽⁵⁹⁾

Una perspectiva que abre el debate, se vislumbra en el argumento desarrollado por México al presentar una excepción preliminar sustentada en la fórmula de la "cuarta instancia". Si bien reconoce que la Corte Interamericana invariablemente rechazó las excepciones preliminares planteadas sobre el tema, considera que este caso es diferente si se tiene en cuenta que los tribunales internos ya ejercieron efectivamente el control de convencionalidad *ex officio* que debe imperar para que una excepción de cuarta instancia sea procedente, y que la totalidad de los méritos del caso fueron analizados judicialmente.⁽⁶⁰⁾ El tema quedaría centralizado en una discusión de larga data en materia constitucional con respecto al control de constitucionalidad, que puede trasladarse al tema bajo análisis. ¿Quiénes son los garantes de los tratados de derechos humanos desde el punto de vista institucional?, ¿Cuáles son los órganos encargados de protegerlos en el espacio interno desde que un grupo de instrumentos internacionales de derechos humanos han alcanzado jerarquía constitucional a partir, en el caso de Argentina, de la reforma constitucional de 1994?

Dentro de las múltiples posiciones existentes en la doctrina constitucional, y adaptándolas a la figura del control judicial de convencionalidad, podría plantearse, por un lado, la posibilidad de crear en el seno del máximo tribunal de la judicatura una Sala con competencia para determinar la lesión a los derechos y garantías convencionales a la luz de la doctrina jurisprudencial internacional contraponiéndola a una norma interna o a una sentencia de tribunales inferiores que puedan provocar un conflicto en perjuicio del justiciable, o un control centralizado del derecho internacional de los derechos humanos.

(59) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Casos de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 37.

(60) Corte IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores", párr. 13. El Estado mexicano alegó, entre otros fundamentos, que la CIDH y la Corte IDH no pueden actuar como instancia de apelación con la autoridad de revisar presuntos errores de hecho o derecho interno que hayan cometido los tribunales nacionales mientras actuaban dentro de su jurisdicción. Por lo tanto, si una petición no contiene más que la alegación sobre la incorrección o injusticia de la decisión del tribunal nacional —la Comisión IDH— deberá aplicar la fórmula de la cuarta instancia y declarar la petición inadmisibile *ratione materiae*.

Por otro lado, como lo propone la Corte Interamericana, se podría prever el control de convencionalidad de forma tal que sean todos los jueces y órganos del Poder Judicial, extendido a los órganos administrativos con funciones jurisdiccionales y al Poder Legislativo en lo que le compete, los que verifiquen no sólo las normas convencionales correspondientes sino también las líneas extendidas que la jurisprudencia internacional realizó sobre el tema, práctica que funciona en nuestros tribunales sin denominaciones predeterminadas, desde hace largo tiempo.

El tribunal interamericano recuerda, en respuesta al planteo de México sobre el alcance del control de convencionalidad en sede interna, precedentemente citado que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, como establece el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de cuarta instancia, ni es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir desacuerdos entre las partes sobre los alcances de la valoración de la prueba o de la aplicación del derecho interno, entre otras consideraciones.⁽⁶¹⁾ De esta forma, se reitera, la Corte IDH tiene competencia para analizar las decisiones judiciales internas a fin de comprobar si se ha violado una norma convencional.

En contexto, una vez ejercido ese control por los órganos judiciales competentes en el espacio interno en un caso dado, y llegado ese caso a la Corte IDH, podría suceder que la Corte, al aplicar la Convención Americana, evalúe la lesión a derechos convencionales y oponga su posición a aquélla a la que arribaron por los tribunales internos al ejercer el control de convencionalidad.

De esta forma, se produce un conflicto de convencionalidad, un conflicto de interpretaciones de las cláusulas correspondientes, entre el tribunal interamericano y el superior tribunal de la magistratura local en el respectivo ejercicio de su competencia. No obstante, hay que destacar, una vez más, que la Corte Interamericana es la intérprete final de la Convención.⁽⁶²⁾

(61) *Ibíd.*, párrs.16/18, reiterando posiciones, Corte IDH, "Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana", 27 de febrero de 2012, p. 38. Por este camino, en cierta medida, se cierra la oportunidad de plantear y profundizar en diferentes espacios otras líneas doctrinarias acerca de la valoración de un derecho convencional, sin perjuicio de aceptar desde sus orígenes que la Corte IDH no es un tribunal de alzada.

(62) La Corte Europea ha sostenido que no se puede otorgar al principio de subsidiariedad una interpretación que permita a los Estados sustraerse de la jurisdicción de la Corte (EDH), tal como se estableció en el "Caso Sakhnovski c. Rusia", 2 de noviembre de 2010, Grande

Como sucedió con anterioridad, el reconocimiento de la Corte IDH como intérprete final de la Convención Americana se reflejó recientemente en un caso donde la CIDH presentó ante la Corte una solicitud de interpretación de sentencia sobre excepciones preliminares y fondo. Al respecto, la Corte reiteró, entre otras consideraciones tendientes al rechazo de la solicitud, que este medio no debe utilizarse para impugnar una decisión, declarándola inadmisibles por entender que se dirigía a objetar tanto los hechos establecidos por el tribunal cuanto los procesos de valoración.⁽⁶³⁾

En la supuesta confrontación interpretativa, el diálogo tantas veces defendido y auspiciado entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, o entre los órganos internacionales entre sí se detendría, se debilitaría. El conflicto de interpretaciones conduciría a circunscribir el valor de la interpretación del tribunal internacional al caso concreto y los párrafos reiterados de la Corte IDH podrían constituir términos genéricos sin aplicaciones efectivas.⁽⁶⁴⁾

Chambre, p. 76. Ver: Corte IDH, Resolución del Presidente de la Corte, 8 de febrero de 2012 sobre Supervisión de cumplimiento de medidas de reparación ordenadas en nueve casos colombianos, en donde se afirma que "...las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra" y se cita al art. 68.1 de la Convención Americana para continuar señalando que "...los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones". Asimismo, se cita casos anteriores al respecto para reafirmar que "Los Estados Partes (...) deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz...", pp. 3/4 de los considerandos. El subrayado es nuestro.

(63) Corte IDH, Resolución de 22 de febrero de 2012, "Caso Grande vs. Argentina", solicitud de interpretación de sentencia sobre excepciones preliminares y fondo. Entendemos que el eje del conflicto estaría vinculado con el diverso enfoque que los dos órganos que integran la Convención Americana le otorgan a la sucesión e interconexión de los procesos internos en el ejercicio de las atribuciones convencionales de la CIDH, lo que da lugar a que la Corte IDH termine reconociendo la violación al derecho de defensa del Estado. Cuando surgen discrepancias entre órganos pertenecientes a un mismo sistema de protección internacional se levantan voces que demuestran preocupación al respecto. Tal el caso del discurso de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, ONU, pronunciado con motivo de la inauguración del Año Judicial de la Corte EDH en enero 2008. Ver ALBANESE, S., op. cit., 2010, p. 25.

(64) En este sentido es interesante destacar que la apertura del año judicial 2011 de la Corte Europea se inició con un Seminario para tratar el tema: "Diálogo entre jueces ¿Cuáles son los límites a la interpretación evolutiva de la Convención?". En él se planteó, entre otros temas, si los tratados internacionales pueden ser interpretados de manera de imponer a los Estados más obligaciones de las que estaban dispuestos a aceptar. En tal sentido, ver, entre otras posiciones, la correspondiente a Françoise Tulkens.

Sin embargo, se puede reafirmar que el derecho no es sólo un conjunto de normas, sino que también está compuesto por una dimensión sociológica y otra de valores. En ese contexto debe primar la interpretación que más proteja los derechos y garantías en estudio.

Corresponde reconocer, en el breve esquema de interpretaciones convencionales, que la fuerza del concepto de control de convencionalidad queda inserta en múltiples sentencias internacionales, tanto en referencia a una ley, inclusive a una Constitución, como por prácticas judiciales que obstaculizan la garantía del ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana.⁽⁶⁵⁾

4. Palabras Finales

En su función consultiva la Corte IDH ha interpretado importantes artículos de la Convención Americana de la que hemos extraído algunos párrafos que conforman estándares internacionales en el desarrollo expansivo de los derechos humanos.

Todos los tribunales, sin excepción —incluyendo los tribunales internacionales que carecen del reconocimiento de competencias de algunos Estados que pueden integrar un sistema de protección de derechos humanos— deberían reflejar en sus pronunciamientos las máximas garantías en materia de igualdad, libertad, independencia e imparcialidad, de acuerdo a las condiciones otorgadas para el ejercicio de sus funciones.

Tanto el control de convencionalidad —en la vertiente vinculada con la jurisprudencia del tribunal interamericano—, el control difuso por parte de los órganos judiciales internos, y la identificación de problemas estructurales en los procesos internacionales implican, en parte, tendencias para la efectividad del sistema de protección internacional de los derechos humanos.

(65) Comparar el caso de la Corte IDH, "Bueno Alves vs. Argentina", 11 de mayo de 2007, con el Recurso de hecho deducido por Juan F. Bueno Alves en la causa "Derecho, R. J. s/ incidente de prescripción de la acción penal", CS, 11 de julio de 2007. Ver, al respecto, nuestro comentario en el trabajo conjunto "El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias", op. cit., 2007: en los casos, se aplican diferentes normas que confluyen en una disociación interpretativa de obligaciones. Así, en aplicación de una ley interna vigente, el tribunal interno favorece la situación procesal del reclamante y el tribunal internacional reitera el deber de investigar por parte del Estado en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva. De esta forma, se desarticula el ensayo del control de convencionalidad.

Aplicando la fórmula mencionada, los jueces nacionales, en particular los jueces de los máximos tribunales de las jurisdicciones, pueden interpretar el alcance de una norma convencional de una manera que no armonice necesariamente con el sentido otorgado por los jueces internacionales, produciéndose así un conflicto de convencionalidad en los respectivos ámbitos jurisdiccionales. De esta forma, más allá de las obligaciones internacionales que surgen de un caso concreto, se pueden producir algunas desinteligencias cualitativas afectando el diálogo interjurisdiccional tantas veces ponderado.

Para una conformación estable de la fórmula del control de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales es conveniente la instalación de la coherencia interpretativa de las normas convencionales. Al respecto, uno de los caminos posibles estaría constituido por la recepción de aquellas interpretaciones reiteradas y aceptadas en la aplicación del tratado. Ello así sin perjuicio de reconocer que muchas veces los tribunales internacionales, reproduciendo la jurisprudencia constante que proclaman como guías emblemáticas, acuden a la "interpretación evolutiva" o "dinámica", al "consenso" americano, africano, asiático, europeo o colectivo, a "los instrumentos vivos", al "margen de apreciación", a la "fórmula de la cuarta instancia", a "las circunstancias del caso o a otras vías indicativas", para terminar replegando aquellos lineamientos convocados. Posiciones que forman parte de la libertad intrínseca del ejercicio de la justicia.

Consideramos que no es solamente por medio de la reiteración de párrafos, aun de aquellos que simbolizan la esencia referencial en la materia, que la Corte IDH en particular logrará que los jueces nacionales y las legislaturas o los diversos ámbitos administrativos en lo que les compete, apliquen la Convención Americana de acuerdo a sus pautas interpretativas, incluso con el reconocimiento prudente de su carácter de intérprete final de los respectivos instrumentos internacionales.

Para la existencia de convergencias interdependientes es preciso ir construyendo gradual y eficazmente un proceso de adaptaciones múltiples, valorizando las diferencias. Por una parte, en esa línea de construcción complementaria, todos los poderes que componen el Estado deberían llevar a cabo un seguimiento de la jurisprudencia internacional en el marco de sus respectivas competencias. Por otra parte, los tribunales internacionales en general, en lugar de concebir políticas legislativas, términos perentorios y controles unilaterales de normas, decisiones judiciales o actos administrativos pronunciados en el espacio interno de los Estados, deberían estudiar

los avances obtenidos en materia de derechos humanos en el seno de los Estados.

Se debe reconocer en todos los ámbitos el significado y la proyección de las líneas doctrinarias vertidas en los grandes pensamientos afianzadores de respeto al pluralismo, a la tolerancia, a la interrelación de todos los derechos, valores y principios que preservan el objeto y fin de los tratados para avanzar sólidamente hacia una cultura universal de los derechos humanos.



Leyes feminicidas y restricciones político-jurídicas del acceso al aborto médico⁽¹⁾

FATOU KINÉ CAMARA⁽²⁾



*“No es extraño que todos defendamos nuestros errores
con más ahínco que nuestros derechos”*

Khalil Gibran

Extracto de Arena y Espuma

*“Continuamos teniendo leyes coloniales arcaicas (...),
hemos autorizado el aborto para convertirse
en el asesino de las mujeres en África”.*

Fred Sai, ginecólogo ghanés⁽³⁾

El aborto constituye en la mayoría de los países africanos una práctica ilegal o de acceso restringido;⁽⁴⁾ según las legislaciones que reproducen

(1) La autora agradece al Profesor Abdoullah Cissé por la lectura y modificaciones efectuadas para la mejora del manuscrito de este artículo. El presente artículo ha sido traducido por la abogada Sabrina Vecchioni.

(2) PH.D. IN INTERNATIONAL COOMERCIAL ARBITRATION. Profesora Asociada de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Cheikh Anta Diop de Dakar, Senegal.

(3) SAI, F., Citado en “Las africanas raramente tienen otra opción que no sea el aborto clandestino”, Disponible en: <http://www.psychomedia.qc.ca/actualite/2006-03-24/les-africaines-n-ont-rarement-d-autre-choix-que-l-avortement-clandestin>

(4) Instituto Guttmacher, *La realidad del aborto en África*, disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Africa-FR.pdf, consultado por última vez en fecha 2 de junio de 2012.

las antiguas políticas coloniales. Solamente tres países africanos: Sudáfrica (1997), Túnez (1973)⁽⁵⁾ y Cabo Verde, autorizan frente a la demanda de la mujer y sin restricciones, el acceso a un aborto durante los tres primeros meses de gestación. Por su parte, Zambia adoptó una posición igual de liberal al permitir dicha práctica por cuestiones de salud, es decir, para salvar la vida de la madre o, en atención, a la preservación de su salud física y mental; aunque también por razones económicas y sociales en caso de malformaciones del feto.

Cuando Senegal, antigua colonia francesa, accedió a la soberanía internacional el 4 de abril de 1960, pasó a formar parte del grupo de países que cuentan con las normas más restrictivas del mundo en cuanto al aborto, colocándolo así dentro del grupo de países que podríamos considerar *feminicidas* o "asesinos de mujeres".⁽⁶⁾

En 2005, con la sanción de la ley 2005-18 relativa a la salud reproductiva, se reconoce el derecho a la salud sexual, el derecho a la información, el derecho a una maternidad segura; así como también, los derechos reproductivos de los adolescentes de ambos sexos. No obstante, la ley establece al mismo tiempo como principio general la prohibición del aborto, concibiendo como sola excepción el aborto terapéutico, es decir, aquel realizado para salvar la vida de la madre. La necesidad de dicha práctica deberá ser debidamente diagnosticada por dos médicos.⁽⁷⁾

(5) La interrupción voluntaria del embarazo fue autorizada en Túnez después de 1973, mediante la ley n° 73-2 del 26 de septiembre de 1973. Túnez es uno de los pocos países que no impone ninguna restricción legal al aborto durante el período legal (exceptuando el retraso y el diagnóstico médico), esto lo convierte en una excepción dentro del continente africano. Después de la doceava semana de gestación, algunas condiciones deben ser respetadas para obtener acceso a un aborto.

(6) SAI, F., op. cit., "Continuamos teniendo leyes coloniales arcaicas (...), hemos autorizado el aborto para convertirse en el asesino de las mujeres en África".

(7) Decreto n° 67-147 del 10 de febrero de 1967, Art. 35, Institúyase el Código Ético Médico: "No procederá el aborto terapéutico sólo si dicha intervención es el único medio susceptible de salvaguardar la vida de la madre. Cuando la salvaguardia de la vida de la madre este gravemente amenazada, exija una intervención quirúrgica o el empleo de un tratamiento susceptible de interrumpir la gestación, el médico tratante o el cirujano deberá obligatoriamente poner dicha situación en conocimiento de dos médicos consultantes, uno elegido de la lista de expertos del tribunal que, luego de examen y discusión, atestiguarán por escrito que la vida de la madre no puede ser salvada sin dicha intervención. (...) Si el médico, en razón de sus convicciones, estima que se encuentra objetado para practicar el aborto, podrá retirarse y conferir la realización del tratamiento a un colega calificado".

En el *Informe sobre la situación de embarazos no deseados y abortos inseguros en Senegal*,⁽⁸⁾ se realizó un estado del arte en base a las estadísticas siguientes, las cuales se encuentran muy por debajo de la realidad teniendo en cuenta los abortos practicados en forma clandestina, el mencionado Informe destaca que: “*En Senegal, la situación sobre los abortos clandestinos es poco precisa. Mientras que de los estudios realizados se estima que el 3,6% de los decesos maternos se encuentran ligados a abortos y que éstos último constituyen el 50% de los motivos de admisión en los servicios de urgencia de las maternidades referenciadas*”.

Por otro lado, el Informe de la Encuesta Demográfica y de Salud Pública del año 2006, estima que la tasa de mortalidad materna en Senegal es de 401 por cada cien mil nacimientos con vida.⁽⁹⁾ En el mismo Informe se establece que para todos los decesos de mujeres en edad de procreas, es decir, mujeres entre 15 a 49 años; tres muertes sobre diez (30%) se deben a causas relacionadas con la maternidad.⁽¹⁰⁾ Los datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) del año 2010, señalan que Senegal ocupa la 114° posición en la clasificación de 169 países que presentan los peores indicadores de desarrollo humano.⁽¹¹⁾ La Organización Mundial de la Salud estima que en África, en el año 2008, el 14 % de las muertes maternas, que ascendían a la cifra de 29.000, fueron consecuencia de abortos clandestinos.⁽¹²⁾

A la luz de estos datos se hace necesario dar cuenta de la situación de otros países donde está permitido el aborto. Así, es importante destacar que en Sudáfrica, donde la ley de aborto se liberalizó en el año 1997, el número anual de muertes ligadas a éste procedimiento se redujo en un 91% entre los años 1994 y 1998-2001.⁽¹³⁾ Debemos estarnos a la evidencia,

(8) Ministerio de Salud y Prevención, División de Salud Reproductiva, *Informe de Análisis de la situación de los embarazos no deseados y abortos inseguros en Senegal*, diciembre de 2010.

(9) Senegal, Encuesta Demográfica y de Salud Pública, 2005, p. 234.

(10) Ministerio de Salud y Prevención, División de Salud Reproductiva, op. cit.

(11) PNUD, Datos disponibles en: <http://map-srhr.org/download/FR-senegal.pdf>, consultado por última vez el 25 de mayo de 2012.

(12) WHO, *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008*, sixth ed., Geneva, 2011.

(13) SAI, F., op.cit. La autora principal del informe de estudio del Instituto Guttmacher de Nueva York, Gilda Sedgh, declaró: “*La legislación relativa al aborto tiene una tendencia a ser restrictiva en aquellos países en vías de desarrollo. La mayoría de los abortos son peligrosos, y algunos están convencidos de que esos abortos representan un peligro por cuanto son*

de esta forma, las estadísticas sobre mortalidad materna muestran que la restricción en el acceso de las mujeres a la salud sexual y reproductiva trae como consecuencia directa para ellas la muerte.

En este punto, debemos plantearnos el siguiente interrogante: si la vida de las mujeres cuenta así de poco para los opositores a la despenalización del aborto, cuáles son las verdaderas motivaciones de la prohibición a la interrupción voluntaria del embarazo; y, si el argumento de la defensa del derecho a la vida del feto puede ser más importante que el número de muertes de mujeres y adolescentes ocasionadas por la negación del acceso a la interrupción voluntaria y segura del embarazo.

En un país como Senegal donde la población se compone de un 94% de personas musulmanas y un 4% de cristianos, mientras que la religión tradicional y las otras religiones representan un 2% de la población;⁽¹⁴⁾ el argumento religioso es ampliamente utilizado en los discursos hostiles a la protección a los derechos humanos de las mujeres, los niños y niñas.⁽¹⁵⁾ No obstante, en cuanto al aborto, la posición de los jurisperitos musulmanes no dista de ser afín a aquella del clérigo católico.⁽¹⁶⁾ Aunque existen ciertas escuelas de derecho musulmán que reprueban el aborto no importando las circunstancias, otras autorizan dichas prácticas sin ningún tipo de condición cuando la madre se encuentre dentro de los cuarenta, ochenta o ciento veinte días de gestación.⁽¹⁷⁾ Más aún, en la Conferencia Internacio-

realizados en países pobres con sistemas de salud deficientes. Esto es verdad y es sumamente importante, pero en los países en vías de desarrollo, el porcentaje de complicaciones y muertes provocadas por los abortos ha disminuido cuando las leyes sobre aborto fueron liberalizadas. Tenemos la prueba en el caso de Sudáfrica donde la legislación sobre aborto fue liberalizada en 1997. La cifra anual de muertes ligadas al aborto descendieron casi en un 90 por ciento en los tres años posteriores a dicha liberalización (despenalización)". Ver IRIN, "El aumento de los abortos peligrosos", disponible en: <http://www.irinnews.org/fr/Report/94705/SANTE-Les-avortements-dangereux-en-augmentation>, consultado por última vez en fecha 2 de junio de 2012.

(14) Senegal, *Encuesta demográfica y de salud pública*, 2005, p. 2.

(15) Revista *L'Enquete*, n° 279, Dossier sobre el Aborto, publicado en fecha 12 y 13 de mayo de 2012, pp. 6/7.

(16) BOWEN, D. L., "Abortion, Islam and the 1994 Cairo Population Conference", *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 29, n° 2. 2, May-1997, pp. 161/184.

(17) Para una exposición detallada de las distintas posiciones de las escuelas sobre el aborto ver, *La face cachée d'Eve – Les femmes dans le monde arabe*, Naoual El Saadaoui, Editions des femmes, Paris, 1982, p. 154; "Abortion, Islam and the 1994 Cairo Population Conference", Donna Lee Bowen, *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 29, n° 2. (May, 1997), pp. 163/165.

nal del Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994, en su informe final,⁽¹⁸⁾ adoptado por las delegaciones de los países musulmanes, éstas se distanciaron completamente de la posición intransigente del Vaticano respecto de éste tema.

Beverly Winikoff, de la Organización para la Investigación y Asistencia Técnica de Proyectos sobre Salud Reproductiva del Gynuity Health Projects de Nueva York, ha puesto el acento de manera pertinente sobre los siguientes hechos:

“El peso de las muertes resultantes del aborto reposa casi enteramente sobre África, Asia y América Latina. De cierta forma, nos comportamos como si esta realidad no nos sorprendiera o alarmara. Sin embargo, (...) no hay necesidad de contar con costosa tecnología para prevenir dichas muertes. Si existe una falta, ésta es una falta de altruismo. Estamos dispuestos a sacrificar vidas humanas en el altar conformista de lo socialmente aceptable o para preservar una cierta zona de confort político”.⁽¹⁹⁾

“Política”, es la palabra adecuada para la prohibición que pesa sobre el aborto seguro (medicalizado), esta prohibición no obedece a razón alguna más que a las razones políticas. El poder político y las fuerzas económicas detrás de los gobiernos, que comprende también a aquellos democráticamente elegidos, tienen intereses políticos y económicos estrechamente ligados a la mantención de estructuras sociales patriarcales.⁽²⁰⁾ En un trabajo donde la misma autora explica la forma en la que el Estado patriarcal se beneficia del sexismo y los estereotipos de género, El Saadaoui hace la siguiente observación:

(18) Informe disponible en: www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/.../icpd_fre.pdf, consultado por última vez el 3 de junio 2012.

(19) IRIN, “Abortos peligrosos en aumento”, Ver texto en: <http://www.irinnews.org/fr/Report/94705/SANTE-Les-avortements-dangereux-en-augmentation>

(20) SAADAOUÏ, N., *La face cachée d’Ève – Les femmes dans le monde arabe*, Editions des femmes, Paris, 1982, pp. 30/31. En esta obra el autor ofrece un ejemplo de las ventajas económicas que recibe el Estado y que se derivan de la imagen estereotípica de la mujer como ama de casa: “Para proteger las estructuras tradicionales de la familia se abandona todo sentido, la sociedad persigue un objetivo preciso: las clases explotadoras y los poderes políticos que las representan hacen todo lo que se encuentra a su alcance para mantener las funciones económicas de la familia y por mantener su obligación de educación de los niños, aunque ellos sean confiados a las instituciones establecidas por la sociedad. De esta forma, la mujer ejerce un sinfín de actividades domésticas que de ser confiadas a los servicios sociales serían remuneradas. He aquí el rol asignado a la familia y la verdad que debe ocultarse a toda costa”.

“A menudo no discernimos los factores políticos de los factores religiosos, o bien colocamos los motivos económicos y políticos detrás de argumentos religiosos, con la finalidad de no dejar que parezcan las verdaderas fuerzas motrices de la sociedad en la historia”.⁽²¹⁾

En este punto, debemos destacar que nuestra contribución se sitúa en el cuadro de la reflexión puesto delante del aspecto eminentemente político del derecho al aborto, en este sentido, el acceso a este derecho contribuye a la definición formal y a la construcción material del tipo de sociedad sobre el que va a reposar el Estado.

De un lado, nos encontramos con la defensa de una sociedad realmente democrática, libre y en abierta relación con la justicia social; del otro, se encuentra la preservación de una sociedad donde el bienestar de algunos se funda en la opresión y la explotación del mayor número posible. Para desarrollar e ilustrar esta tesis, analizaré en la primera parte el caso particular de Senegal, a los fines de demostrar que la no-despenalización del aborto significa que nos encontramos frente a un Estado de derecho frustrado, es decir, un Estado que se esconde detrás de la fachada de una bella Constitución y de un gran número de convenciones protectoras de los derechos humanos, pero que cuenta con una legislación contraria a esos textos fundamentales. En la segunda parte, buscaré exponer la correlación entre los derechos que se ven afectados por la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo y los elementos indicativos de una política totalitaria.

1. La negación del derecho al aborto en Senegal: interpelación al Estado de Derecho

1.1. La obligación del Estado de Senegal y la primacía de los derechos humanos: ¿un simple adorno?

La primera Constitución de Senegal (1959) enunciaba en su art. 1º que: “Senegal es un Estado republicano, indivisible, laico, democrático y social. Adopta el nombre de República de Senegal”. El Título Segundo del mismo texto legal, llevaba un título muy significativo: “De las libertades públicas – la persona humana”. Sobre ese título reposaba la obligación de

(21) *Ibidem*, p. 106.

la nueva república en cuanto a los derechos humanos consagrados en el mismo. Así, el art. 3 enunciaba lo siguiente:

“El pueblo senegalés reconoce la existencia de los derechos humanos, inviolables e inalienables, como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (Art. 2, párr. 2).

“Todos los seres humanos son iguales ante la ley. Los hombres y las mujeres poseen los mismos derechos”. (Art. 3, párr. 1 y 2).

Los arts. transcritos permiten establecer el carácter de una proclamación acerca de la igualdad de derecho para todos y, particularmente, de la igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, a más de cuatro siglos de esclavismo y cerca de cien años de ocupación colonial, el contexto social y cultural se encuentra, como lo afirma Madior Fall: “dominado por caciques, castas y desigualdades sociales”.⁽²²⁾

El principio de la primacía de los derechos humanos, es decir de aquellos derechos de origen social sin distinción de sexo o religión, será fielmente reproducida en las tres constituciones que seguirán a aquella de 1959. Así, los encontraremos en los textos constitucionales de 1960, 1963 y 2001, este último vigente en la actualidad⁽²³⁾. El Preámbulo de ésta última muestra enfáticamente la línea inescindible que existe entre el respeto a los derechos humanos y la sociedad creativa, democrática y humanista:

“El pueblo soberano de Senegal, (...) considerando que la construcción nacional reposa sobre la libertad individual y el respeto de la persona humana, fuente de creación; consciente de la necesidad de afirmar y consolidar los fundamentos de la Nación y el Estado; (...) proclama (...) el respeto de las libertades fundamentales y de los derechos de ciudadanía como base de la sociedad senegalesa; (...) la supresión y eliminación de todas las formas de injusticia, desigualdad y discriminación (...)”

Puede observarse que luego de la independencia Senegal ha optado por la forma de gobierno republicana y, de esta manera, por la supremacía del

(22) FALL, *Evolución constitucional de Senegal – De la Independencia a las elecciones presidenciales de 2007*, Colección de Credila, 2007, p. 19.

(23) SEYDOU MADANI, op.cit. “Los regímenes políticos senegaleses de la independencia a la alternancia política 1969-2000”, Karthala, Paris, 2009; Constitución de Senegal del 24 de enero de 1959 y su modificación del 15 de mayo de 2007.

derecho y de los derechos humanos, la laicidad y separación de los poderes. En igual sentido, ha ratificado una lista impresionante de convenciones para la protección y promoción de los derechos humanos, en general, y de los derechos de las mujeres, niños y niñas en particular.⁽²⁴⁾

En este punto resulta conveniente destacar cuál es el lugar de dichas Convenciones dentro del ordenamiento jurídico senegalés. Dicha posición se encuentra dada por el principio de supremacía de los tratados que son ratificados y adoptados mediante ley, un principio constantemente reafirmado luego de la Constitución de 1960. Por su parte, luego de la última reforma al texto constitucional en 2001, el art. 98 del referido cuerpo legal dispone: “Los tratados y acuerdos ratificados u aprobados tienen, luego de su publicación, jerarquía superior a las leyes, bajo reserva efectuada en cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (denominada por sus siglas en inglés CEDAW), y el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de las mujeres fueron ratificados sin mediar reserva alguna por parte del Estado de Senegal, los mismos forman parte, desde su ratificación, del ordenamiento jurídico interno del país con jerarquía superior a las leyes. Asimismo, la Constitución de 2001 ha acordado un estatus particular a los tratados de protección de derechos humanos al incorporar en su Preámbulo la siguiente declaración:

“El pueblo soberano de Senegal, (...) afirma (...) su adhesión a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y a los instrumentos internacionales adoptados por la Organización de las Naciones Unidas y por la Organización de la Unión Africana, particularmente la Declaración Universal de Derechos

(24) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), ratificado el 13 de febrero de 1978; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, ratificados el 13 de febrero de 1978; Convención de Naciones Unidas para represión de la trata de personas y de la explotación a los fines de prostitución, ratificada el 25 de julio de 1979 ; Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada en 1985; Protocolo a la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificado en 2011; Protocolo a la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de las mujeres, ratificado el 2 de diciembre de 2004; Convención de Derechos del Niño, ratificada el 31 de julio de 1990; Carta africana de derechos del niño, ratificada el 29 de septiembre de 1998; Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir, castigar la Trata de personas, en particular de mujeres y niños, ratificado el 27 de octubre de 2003.

Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos del 27 de junio de 1981 ; (...) aprueba y adopta la presente Constitución donde el Preámbulo constituye una parte integrante de la misma”.

Si tenemos en cuenta la utilización de la palabra “particularmente”, las Convenciones y Declaraciones citadas, y aquellas pertenecientes a la misma categoría, como ser las convenciones sobre derechos humanos adoptadas bajo los auspicios de la Unión Africana y las Naciones Unidas, las cuales han sido ratificadas por el Estado senegalés; podemos observar que las mismas son elevadas al rango de normas constitucionales, otorgándoseles una fuerza obligatoria equivalente a la contenida en la Carta Magna, es decir, la misma Constitución del Estado.

Sin embargo, como fue establecido por un reconocido constitucionalista senegalés: “[L]os derechos humanos proclamados continúan, en su mayoría, ilusorios y con una vocación netamente decorativa”.⁽²⁵⁾ De esta forma, a pesar de ciertos avances evidenciados en esta materia como puede ser la elaboración de la estrategia nacional por la igualdad y equidad de género y la adopción de la ley que establece la paridad entre hombres y mujeres en cuanto al acceso a los cargos públicos electivos de la República,⁽²⁶⁾ el Estado no posee todavía una política pública que implemente de manera efectiva y sistemática las garantías contenidas en las Convenciones ratificadas y que forman parte de los derechos contenidos en la Constitución.⁽²⁷⁾

1.2. La ausencia de una política conciliadora de la legislación nacional con la Constitución y los Tratados Internacionales: el caso de la no-despenalización del aborto

Los principios que rigen la recepción de los tratados y su incorporación al ordenamiento jurídico interno fueron establecidos luego de 1960 y han permanecido sin ninguna modificación hasta nuestros días. Pero también

(25) FALL, 2007, op. cit. p. 123/124.

(26) Ley 2010-11 del 28 de mayo de 2010 (Boletín Oficial n° 6544 del 4 de septiembre de 2010).

(27) Ver *Sénégal - Le secteur de la justice et l'État de droit, Une étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for West Africa*, Novembre 2008, disponible en: <http://www.afriMAP.org/english/images/report/AfriMAP-Senegal-Justice.pdf>

se han mantenido, sin modificación alguna desde los años sesenta, el no respeto por parte del Estado senegalés de su obligación de *armonizar* toda su legislación de acuerdo a las obligaciones internacionalmente asumidas. De esta forma, la igualdad entre hombres y mujeres que fuera consagrada en el texto constitucional, como así también, en numerosos tratados internacionales ratificados por Senegal, se encuentra con una legislación interna profundamente discriminatoria en contra de las mujeres y niñas.⁽²⁸⁾

En el Código de Familia, copia fiel de las disposiciones sobre el estatuto personal del Código Civil francés en su versión anterior a los años sesenta, la discriminación basada en el sexo se erige como el principio general. Así, después de 1973, fecha de entrada en vigor del Código de Familia, el Estado de Senegal y sus jurisdicciones protegen y aplican los derechos maritales (art. 152 del Código de Familia), la patria potestad (art. 227 del Código de Familia), la prohibición de la acción de filiación paterna (art. 196 del Código de Familia), la transmisión automática de la nacionalidad por vía paterna y del esposo exclusivamente (arts. 5 y 7 del Código de Nacionalidad).

Cabe destacar el rol de la islamización, la que sirve de coartada para reforzar el modelo patriarcal colonial con la autorización de la poligamia dejada a la entera discreción del hombre y, también, con la incorporación en el Código de Familia del derecho de sucesión paterno-filial musulmán y la exclusión del derecho sucesorio de toda otra confesión religiosa en franca violación a la laicidad del Estado consagrada en la Constitución, la que implica que éste debe mantener una posición equidistante de todas las religiones y creencias.⁽²⁹⁾

El mantenimiento de la prohibición, bajo pena de prisión, del aborto se encuentra plasmado en el derecho y en sus leyes discriminatorias, las que son a todas luces inconstitucionales, y que fueran heredadas de la época de la colonia francesa.

(28) CAMARA, F. K., "Los nuevos desafíos de la codificación en Senegal: armonización y accesibilidad—el caso del Derecho Penal", *Derecho Senegalés*, n° 8, Noviembre de 2009, pp. 227/257.

(29) CAMARA, F. K., "El Código de Familia de Senegal o de la utilización de la religión como una coartada a la legalización de la inequidad de género", *Género, inequidad y religión. Actas del primer coloquio inter-racial del programa temático Aspectos del Estado de Derecho y Democracia*, París, Edición de Archivos contemporáneos—AUF, 2007.

Así, la sanción del aborto se encuentra establecida en los arts. 305 y 305 bis del Código Penal senegalés. En una primera redacción que data del año 1965, éste cuerpo legal tomaba la ley francesa de 1920 que criminalizaba la anticoncepción y el aborto, como también todo discurso en su favor. En 1980, la ley Léna Fall Diagne (nombrada así en honor a su autora), la Ley 80/49 del 24 de septiembre de 1980 sumaba al arsenal represivo el art. 305 bis, cuyo texto reprimía los “discursos” que tuvieran como objetivo provocar el delito de aborto “aunque también si dicha provocación no fuera seguida de efecto alguno”. Esta ley derogó el decreto del 30 de mayo de 1933, cuya aplicación de la ley del 31 de julio de 1920 reprimía la propaganda de anticonceptivos y la provocación al aborto.

La reforma de 1980 tuvo como único efecto positivo la despenalización de la práctica de la anticoncepción, ya que continuó con la dura represión del aborto y de todo discurso a favor del derecho de opción de la mujer consagrado en la normativa penal anterior.

De esta forma, sin haber definido jamás qué debía ser entendido por aborto, el Código Penal senegalés, en su art. 305, párr. 1 dispone que:

“Quien, por medio de alimentos, brebajes, medicamentos, maniobras, violencia, o que por cualquier otro medio, procurara o intentara procurar el aborto de una mujer embarazada, median-do el consentimiento de ésta o no, será castigado con pena de prisión de uno a cinco años y con una multa de entre 20.000 a 100.000 francos (CFA)”.

Seguidamente, el párrafo tercero del mismo art. pena con:

“(...) prisión de seis meses a dos años y una multa de 20.000 a 100.000 francos (CFA), a la mujer que se procure un aborto ella misma o intenté procurárselo, o que mediando su consentimiento hiciera uso de medios a ella indicados u administrados a tal efecto”.

En el párrafo cuarto del mismo artículo se hace referencia a lo que en el ordenamiento penal senegalés se denomina “el aborto médico”, es decir, aquel realizado por un profesional de la salud. En cualquier caso la normativa reseñada excluye este supuesto en todos los casos y establece penas muy severas para quienes lo practiquen:

“los médicos, los farmacéuticos y toda otra persona que ejerza una profesión médica, paramédica como también los estudian-

tes de medicina, los estudiantes o empleados de la farmacia, herboristerías, fabricante de fajas, vendedor de instrumental de cirugía; que indiquen, favorezcan o practiquen medios de procurar el aborto serán condenados a las penas privativas de la libertad establecidas en los párrafos primero y segundo de éste artículo”.

La prohibición establecida respecto de los médicos que practiquen abortos se ve reforzada por la disposición siguiente que establece: “no se procederá a la suspensión de la ejecución de la pena cuando el culpable sea una de las personas mencionadas en el párrafo cuarto” (art. 305 *in fine*).

Cualquiera de estas disposiciones se encuentra en franca violación de lo establecido en el art. 12 de la CEDAW y del art. 14 del Protocolo de Maputo. El primero establece el derecho humano de toda mujer de beneficiarse, en condiciones de igualdad con el hombre, del acceso a los servicios de salud, comprendiendo a todos aquellos medios referidos a la planificación familiar y garantizando el acceso a servicios adecuados para la mujer embarazada.⁽³⁰⁾ Por su parte, el art. 14 del Protocolo de Maputo detalla todavía de manera más clara la sustancia del derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres que incluye, específicamente, el derecho de cada mujer a decidir sobre su propia maternidad y a exigir a los Estados signatarios que le provean del acceso al aborto médico/seguro en caso de agresión sexual, violación, incesto y cuando el embarazo traiga un riesgo a la salud mental y física de la madre o a su vida, como también, a la vida del por nacer.

Sin embargo, el Estado senegalés no ha adaptado su legislación interna a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, derechos que se comprometió a respetar, promover y asegurar. De esta forma, el Estado muestra su verdadera cara, aquella que no está contenida en su texto constitucional, pero que se ve reflejada en las estadísticas sobre mortali-

(30) CEDAW, Art. 12: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

dad materna, donde deja de ser un Estado respetuoso de su Constitución y de los derechos de su población.

Prohibiendo el acceso de toda mujer a su derecho constitucional de interrumpir voluntariamente el embarazo en condiciones médicas seguras, el Estado da prueba de una arbitrariedad y brutalidad propia de los regímenes totalitarios. Con estas acciones, no victimiza solamente a la población que se encuentra en edad de procrear, sino que también, logra la fragilización de la democracia al no poder sus ciudadanos y ciudadanas hacer respetar sus derechos fundamentales por el Estado.

2. Prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo: ¿signo de una democracia en peligro?

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Gonzales v. Carhart” decidió por mayoría de votos (todos emitidos por jueces hombres), denegar la anulación de la ley que restringía el acceso al aborto médico. En una opinión disidente, la Jueza Guinzburg explicó la substancia del cuestionamiento de la siguiente manera:

“Lo que se encuentra en juego en las cuestiones referentes a la restricción al acceso de las mujeres al aborto se basa en el control que una mujer ejerce sobre su [propio] destino. Así que el hecho de invocar la inconstitucionalidad de dichas restricciones injustificadas al acceso a un aborto médico no encuentran valor si no es en la noción de vida privada en un sentido amplio, pero además, conciernen a la esfera de la autonomía de la mujer para determinar el curso de su vida, y de esta forma, ejercer en un pie de igualdad su estatuto de ciudadana”.⁽³¹⁾

2.1. El derecho al aborto y la cuestión de la dignidad humana

En el Siglo XIII, en el corazón de África, la hermandad de los cazadores de Mandé,⁽³²⁾ la *Donso Ton*, recordaba “a los oídos del mundo entero” que la libertad de todo ser humano “de hacer aquello que tenía en gana” forma parte de “la esencia de la humanidad”. En consecuencia:

(31) Corte Suprema de Estados Unidos, “Gonzales vs .Carhart”, 550 U.S. 124, 185 (2007). (Ginzburg, J. d, is senting), Citado en S. Cusak et R. J. Cook, op. cit., p. 69.

(32) Mandé es una región ubicada en el corazón de la actual República de Mali. Es el punto de inicio de lo que fuera el Imperio de Mali, el cual durante su apogeo se extendía por toda el África Occidental.

“En nombre de la religión de su sociedad, la Donso Ton, que predicaba la fraternidad universal, el amor al prójimo, la rectitud moral y espiritual, la protección y defensa de los pobres y los débiles contra la arbitrariedad y la tiranía(...)”.⁽³³⁾ Ellos tenían el juramento de luchar contra la esclavitud como afirmación de la dignidad universal e inalienable de la persona humana.⁽³⁴⁾

El Estado debe respetar el hecho de que una mujer posee el derecho soberano de decidir sobre la realización de un aborto atendiendo a su situación personal, como también, a sus propias prioridades y aspiraciones. La

(33) CISSE, Y., SAGOT-DUFAUVROUX, J., MICHEL, A., *la Charte du Mandé et autres traditions du Mali*, Paris, 2003. Declaración hecha al historiador Youssouf Tata Cissé por Fadjimba Kanté en el año 1965. Él era por entonces el patriarca de los herreros de Tèguè-Koro, y jefe de la “hermandad de los cazadores”, de la localidad de Kangaba, a ciento veinte kilómetros al sur de Bamako, Capital de la República de Malí.

(34) CISSE, Y., SAGOT-DUFAUVROUX, J., MICHEL, A., op. cit.

*“La gente del pasado nos dice
‘El hombre en tanto individuo
Hecho de carne y hueso,
De médula y de nervios,
De piel recubierta de pelos y cabellos
Se alimenta de comida y bebidas;
Pero su ‘alma’, su espíritu vive de tres cosas:
Ver aquello que quiere ver,
Decir aquello que quiere decir,
Y hacer aquello que quiere hacer.
Si una sola de esas cosas
Falta al alama,
Ella sufrirá y se marchitará seguramente’.
En consecuencia, los hijos
De Sanènè et Kontron* declaran :
Cada uno dispone de ahora en adelante de su persona,
Cada uno es libre de sus actos,
En cumplimiento de las ‘prohibiciones,
De las leyes de su Patria.
Tal es el juramento de Mandé
A los oídos del mundo entero”.*

Sanènè (una mujer) y su hijo Kontron no son de ningún país ni de ninguna raza: son la encarnación de los verdaderos seres humanos quienes poseen el más elevado grado de expresión. “Llamados en adelante *Donsolu Kalikan*, «Juramento de cazadores», después *Dunya makilikan*, “Mandato al mundo”, esta declaración fue solemnemente proclamada, en Dakadjalan, primera ciudad capital del Imperio de Malí, bajo el nombre de *Manden Kalikan*, el Juramento de Mandé. Ese fue el día de la entronización de Soundajata Keita, fundador del Imperio de Malí a finales del año 1222.

razón está dada en el hecho de tratarse de una decisión que tendrá ante todo consecuencias psicológicas, económicas y sociales muy profundas para la mujer embarazada, es por ello que ninguna persona debería tener el poder de tomar esa trascendental decisión en lugar de la propia mujer. Admitir lo contrario significa colocar a la mujer en una situación donde su cuerpo no vale nada para la sociedad, qué más deshumanizante que esto.

Esta situación se corresponde con la definición de esclavo que diera Aristóteles, quien asimila a la mujer al esclavo y le asigna una naturaleza de nacer para servir y obedecer. Estos son, naturalmente, "instrumentos vivientes"⁽³⁵⁾. Luego explica que ellas no son capaces de tomar decisiones por sí mismas: "El esclavo se encuentra absolutamente privado de voluntad; la mujer es una de ellos, pero en su propio orden; mientras que el niño sólo posee una voluntad incompleta"⁽³⁶⁾.

En qué se diferencia la posición de la filosofía antigua, teóricos de la esclavitud, y aquella de los legisladores y jueces contemporáneos que deniegan a la mujer voz y voto sobre la toma de decisión respecto de su propio cuerpo. Tanto ayer como en la actualidad, estos son los mismos postulados negadores de la humanidad propia de toda mujer y que sirven para mostrar una realidad imperante según Donna Lee Bowen:

"En la actualidad, la decisión sobre la legalidad del aborto incumbe al Estado. Los demás actores son los jefes religiosos que se pronuncian sobre la licitud de la práctica a la luz de la religión y los médicos que determinan si un aborto es necesario. La opinión de la mujer respecto a la posibilidad de un aborto y las razones personales que pudieran llevarla a eso no forma parte del análisis precedente"⁽³⁷⁾.

¿Qué se justifica con la eliminación total de la opinión de la mujer en cuanto al destino de su útero? Esta pregunta parece no encontrar respuesta, ya que los prejuicios utilizados por Aristóteles para reducir a la mujer

(35) ARISTÓTELES, *La Política*, Libro 1º, Capítulo 5. "El primer interrogante en cuanto al esclavo es aquel referido a qué podemos esperar de él y de su virtud como instrumento de servicio, si es que posee alguna virtud como ser la prudencia, el coraje, equidad, etc.; o bien, si no tiene otro mérito que sus servicios corporales. (...) Esta pregunta se relaciona también con la mujer y los niños. ¿Cuáles son sus virtudes especiales? ¿La mujer puede ser prudente, corajuda y justa como un hombre?"

(36) ARISTÓTELES, op. cit.

(37) BOWEN, D., "Aborto, Islam y la Conferencia sobre Población de El Cairo de 1994", *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 29, n° 2, Mayo, 1997, vol. 29, p.162.

al estado de esclava y justificar su incapacidad para “ser prudente, corajuda, y justa como un hombre”⁽³⁸⁾ son adaptados a nuestra época en los estereotipos vigentes sin la necesidad de utilizar términos como “esclavo”, “instrumento viviente” y ser “propiedad doméstica”, para calificar a la mujer, pero que conducen al mismo resultado.

Simone Cusack y Rebecca J. Cook identificaron tres estereotipos sobre los cuales se apoya el Estado para imponer a una mujer la prohibición de interrumpir un embarazo no deseado. El primero de estos estereotipos es aquel que consagra la idea de la “*mujer principalmente madre*”, las implicancias del mismo son las siguientes: “*de todos los otros roles que ellas pueden cumplir o elegir, las mujeres (y no los hombres) deben darle prioridad a la procreación y a la crianza de los hijos*”.⁽³⁹⁾

El segundo estereotipo asimila a la mujer a un ser “débil y vulnerable” como corolario de la necesidad de protegerlas por las leyes, las políticas y las prácticas restrictivas. El tercer estereotipo es aquel de la mujer imposibilitada de tomar decisiones, las mujeres son irracionalmente incapaces de ejercer un buen juicio moral, especialmente en materia de reproducción, de donde se extrae la negación al libre acceso a los servicios de aborto.⁽⁴⁰⁾

En el fallo de la Corte Constitucional de Colombia, que liberalizó la ley restrictiva de dicho país sobre aborto el 10 de mayo de 2006, los jueces Arafijo Rentería y Vargas Hermindez razonaron de la siguiente manera:

“Cuando el legislador sanciona leyes penales no puede ignorar que la mujer es un ser humano que tiene derecho a la dignidad y tiene el derecho a ser tratada como sus semejantes, más que como un instrumento de reproducción de la raza humana. El legislador no debe imponer un rol de progenitora a una mujer en contra de su voluntad”.⁽⁴¹⁾

En Francia, el art. 317 del Código Penal⁽⁴²⁾, que en 1975 (año de la Ley Weil que autorizaba el aborto bajo ciertas condiciones) castigaba con pena de

(38) ARISTÓTELES, op. cit.

(39) CUSACK, S. y COOK, R., “Estereotipo de la Mujer en el Sector de la Salud: Lecciones de la CEDAW”, 16 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 47 2009-2010, pp. 55/56.

(40) CUSACK, S. y COOK, R., op. cit.

(41) CUSACK, S. y COOK, R., op. cit., p. 76.

(42) Código Penal de 1810, Art. 137: “*Quienquiera que por medio de alimentos, brebajes, medicamentos, violencia, o por cualquier otro medio, procure el aborto de una mujer*

prisión a quien provocara un aborto, había sido introducido por Napoleón en persona. Fue el mismo Napoleón quien en 1802 restableció el esclavismo a pesar de que el tráfico de esclavos había sido abolido por primera vez por los revolucionarios franceses en 1793. Luego, en 1942, bajo la Francia de Petain, cómplice del genocidio judío, es que la ley considera al aborto como un crimen pasible de la pena de muerte.

Así lo ilustra el caso de Francia y Senegal, donde la prohibición del aborto fue introducida durante el período de la dominación colonial, y que da cuenta de la relación existente entre el no-respeto del derecho a la libertad y a la dignidad del ser humano en general, y la prohibición a la interrupción voluntaria del embarazo, en particular. Las mismas conclusiones arrojan un estudio en materia de respeto de los derechos humanos, realizado por los Estados y organizaciones laicas o religiosas que se oponen a la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Uno de dichos estudios muestra que la máxima reaccionaria del príncipe Tancredo: "algo debe cambiar para que todo siga igual", conserva su vigencia.

Los poderes políticos y religiosos que condenan la despenalización del aborto han cambiado el discurso sobre la forma, es decir, apelan al respeto del derecho a la vida, del feto; pero el fondo sigue unido a una larga tradición de abuso a los derechos humanos. Así podemos observarlo en la inquisición o criminalización de la libertad de conciencia y religión; la persecución de las mujeres entendidas como la encarnación del diablo; la exclusión de las mujeres del acceso al sacerdocio, al rabinato o al imanato, la jerarquización de los sexos y la teorización de la imposibilidad de la mujer de poseer un cierto grado de espiritualidad; la aceptación de la esclavitud sobre la base de la jerarquización de razas; promoción de la colonización en virtud de la misión civilizadora de las "razas superiores",⁽⁴³⁾ etc.

embarazada, mediando o no el consentimiento de ésta, será penado con prisión. La misma pena será aplicada contra la mujer que se provoque un aborto ella misma, o que prestara su consentimiento en la utilización de de medios a ella indicados o administrados a tal efecto. Los médicos, cirujanos u otros oficiales de la salud, igual que los farmacéuticos que indiquen o administren esos medios, serán condenados a la pena de trabajos forzados, en el caso en que el aborto hubiera tenido lugar". Disponible en idioma francés en: http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm

(43) Extracto del Discurso sobre la colonización de Jules Ferry del 28 de julio de 1885 en la Cámara de Diputados de la República Francesa, donde se hizo referencia a la relación entre las ventajas económicas que le reportaba a Francia la colonización y el deber de las «razas superiores» de civilizar a las «razas inferiores». Discurso disponible en idioma francés en: <http://lewebpedagogique.com/histoire/documents/jules-ferry-discours-sur-la-colonisation-28-juillet-1885/>, consultado por última vez el 27 de mayo de 2012.

Visconti justifica la frase extraída de una novela de Lampedusa que habla de la revolución traicionada.⁽⁴⁴⁾ La misma es de una actualidad innegable, ya que nos permite hablar de los derechos humanos traicionados cuando el discurso sobre el derecho a la vida del feto es el que ha perpetuado el avasallamiento milenarío de las mujeres en las sociedades patriarcales. El discurso ha cambiado, pero no la voluntad de negar el derecho a las mujeres y a sus hijas a la libertad tanto en el plano físico y material como en el plano espiritual y moral.

2.2. La negación del derecho de las mujeres a la libertad de conciencia y religión: las desviaciones totalitarias

El derecho a la libertad de conciencia y de religión se encuentra consagrado en la Constitución de Senegal, la que enuncia de manera clara en su art. 1, párr. 1: "La República de Senegal es laica, democrática y social. Se asegura el derecho a la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sin distinción de origen, raza, sexo o religión. Se asegura el respeto de todas las creencias". Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ha sido integrada al texto constitucional a los fines de reforzar el principio de laicidad y el sentido por ella dado. De esta forma, siguiendo las disposiciones del art. 18 de la Declaración:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente,

(44) Blog de YVES DANANCIER, *Una carta francesa*, reproduce una entrevista a Lucchino Visconti a propósito de su fil «El Gatopardo», basado en la realidad italiana; *L'Unita*, 11 de abril de 1963: "La máxima reaccionaria del príncipe Tancredi, 'Es necesario que algo cambio para que todo permanezca igual', corre como un hilo conductor a través de mi película. No lo voy a negar: el trabajar en la adaptación de la novela de Tomasi Di Lampedusa, para transformarla en un film, yo pensé, no solamente en el pasado, sino también en el presente de nuestro país. Pensé en la excitante actualidad donde el entretenimiento, a pesar de algunas modernizaciones, todo permanece como antes como ocurrió en las postrimerías de la empresa de los Mille. El tema del "transformismo" como un mal histórico italiano, del "transformismo" que sucedió en los grandes giros de un siglo entero, absorbió y deformó las aspiraciones populares sobre la libertad, éste es un tema que vuelve constantemente en todos mis films. Es por ello que en los mismos hablo de mi pesimismo. Me permito explicar que se trata de una investigación crítica e interpretativa de las razones de la "revolución traicionada", de una elección consecuente"; disponible en: <http://une-lettre-francaise.over-blog.com/article-sicile---visconti-et-le-risorgimento-le-guepard-59128084.html>, consultado por última vez el 31 de mayo de 2012.

tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

El legislador senegalés hizo del aborto un delito pasible de penas de prisión, sin definir qué era el aborto. Es así que en el estado actual de la legislación senegalesa, la utilización de la “píldora del día después” o de geles espermicidas puede ser considerada como un aborto según el espíritu de la ley. El Código Penal tampoco distingue entre el momento del embarazo (etapas) donde el aborto es realizado a los fines de su penalización. Todo lo cual prueba que estos artículos se basan en una concepción puramente moral de aquella que constituye el delito de aborto.

En el fallo *Morgentaler*, el juez de la Corte Suprema de Canadá, Wilson, afirmó sin ambigüedad la regla siguiente: “La libertad en una sociedad libre y democrática no obliga al Estado a aprobar las decisiones personales de sus ciudadanos; él está obligado a respetarlas”.⁽⁴⁵⁾

La libertad de conciencia y de religión reconoce el derecho fundamental que asiste a cada individuo de determinar su propia filosofía de vida y de llevarla a cabo. El Estado no tiene que erigirse como un guardián de conciencias, arrogándose el derecho de imponer las creencias y los principios morales de un grupo a todos sus ciudadanos y ciudadanas. Sin embargo, la máquina de controlar el pensamiento, indispensable a las políticas totalitarias, se encarna en la ley 80-49 del 24 de diciembre de 1980 completada por el art. 305 bis⁽⁴⁶⁾ del Código Penal que viene a reforzar la represión

(45) Corte Suprema de Canadá, Fallo “R. C. Morgentaler”, Sentencia del 28 de enero de 1988, Expte. n° 19556, Disponible en: <http://csc.lexum.org/fr/1988/1988rcs1-30/1988rcs1-30.html>, consultado por última vez el 22 de mayo de 2011.

(46) Código Penal, art. 305 bis: “Será penado con pena de prisión de seis meses a tres años y de una multa de 50.000 a 100.000 francos, o de alguna de esas dos penas solamente, quienquiera que:

- Tome parte en los discursos pronunciados en lugares o reuniones públicas;
 - Participe en la venta, puesta en venta u oferta, aunque no sea pública, o por la exposición, muestra o distribución en la vía pública o en lugares públicos, o mediante distribución a domicilio, la entrega en mano o en sobre cerrado o abierto, al correo o a todo agente de distribución o de transferencia, de libros, escritos, impresiones, anuncios, afiches, diseños, imágenes y emblemas;
 - Tome parte en la publicidad de consultorios médicos o de instalaciones que lo pretendan, donde se practique el delito de aborto, como también en caso de que no tuvieran ese efecto.
- Será penado con las mismas penas quienquiera que hubiera vendido, puesto en venta, distribuya o fuera a distribuir, de cualquier manera que sepa, remedios, substancias, instrumentos u objetos de los cuales se sepa que son destinados a cometer el delito de aborto, aunque el aborto no se hubiere consumado, ni se hubiera tentado por medio de

del derecho de las mujeres al aborto bajo la ampliación a los “discursos” que lleven a “provocar el delito de aborto (...) aunque dicha provocación no sea seguida de tal efecto”. El texto del artículo evoca a través de sus palabras las disposiciones del decreto del 30 de mayo de 1933, sobre la aplicación de la ley del 31 de julio de 1920 que reprimía la propaganda sobre métodos anticonceptivos y la inducción al aborto.⁽⁴⁷⁾

La marca del totalitarismo podemos encontrarla en la voluntad de un Estado de imponer una manera de pensar determinada, mediante el uso de la propaganda, de la coacción, persecución, tortura y del encarcelamiento a los opositores. Esto es exactamente lo que ocurre en el caso de las mujeres que son coaccionadas a proseguir un embarazo hasta que llegue, sin diferenciación entre etapas del embarazo, como tampoco sobre si dicho embarazo fue deseado o no. ¿No constituye un sufrimiento mental indecible el hecho de obligar a una mujer a continuar un embarazo no deseado por ella? Por otro lado, un rechazo de tal magnitud posee la virtualidad de empujar a la mujer al infanticidio.⁽⁴⁸⁾

Además debe tenerse en cuenta el estado psicológico de la mujer, de la joven o de la niña que pasa de la cama de un hospital, como consecuencia de los cuidados posteriores a un aborto clandestino, —no practicados por médicos u otro profesional de la salud— a la prisión por la comisión del delito o la tentativa del delito de aborto. Y qué decir de aquellos físicos y psique luego de. Todo ello ¿no constituye parte de la persecución, las torturas y las penas de prisión infringidas a quienes se oponen en un Estado totalitario?

En este punto, resulta importante comprender que la seguridad de la persona debe entenderse como la libertad de estar exenta de toda amenaza de castigo corporal o de sufrimiento psicológico.⁽⁴⁹⁾ Forzar a una mujer,

esos remedios, sustancias, instrumentos u objetos cualesquiera propuestos como medios de aborto eficaz y fueran no-aptos para realizarlo”.

(47) Revista Oficial del África occidental francesa, 1933, p. 624.

(48) Instituto de Formación e Investigación en Población, Desarrollo y Salud Reproductiva (IFIPDSR), estableció respecto del infanticidio lo siguiente: “*En Senegal, este fenómeno se acentúa con una amplitud remarkable. En el informe anual sobre la situación económica y social de Senegal, las estadísticas de los últimos cinco años, 2003 a 2007, registraron una cifra de 111 casos de infanticidio. En un estudio del centro hospitalario de Dakar Fann, el Doctor Mbassa Menick registró 33 casos de infanticidios, los cuales en su mayoría implicaban el estrangulamiento del recién nacido*”. Cifras publicadas en un debate sobre infanticidio en Senegal, Dakar, 16 de julio de 2010.

(49) YVES DANANCIER, op. cit.

bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar adelante un embarazo a término constituye una injerencia profunda respecto de su cuerpo y, también, un atentado contra la seguridad de su persona. Más aún, desde el punto de vista psicológico, los expertos que dieron testimonio en el fallo "Morgentaler" antes referido, concluyeron que someter el acceso al aborto a la reunión de condiciones que no dependen de la mujer la somete a una tensión emocional considerable.⁽⁵⁰⁾

Las consecuencias médicas del aborto no-medicalizado fueron clasificadas en dos categorías por la doctora Fatim Tall Thiam, ginecóloga asesora en materia de salud reproductiva de la Organización Mundial de la Salud y encargada de Asuntos Sociales de la Asociación de Mujeres médicas de Senegal. Ella ha identificado la existencia de complicaciones médicas inmediatas y, por otro lado, el hecho de que también se presentan complicaciones a largo plazo, o secuelas. Las primeras, se encuentran relacionadas con la muerte de la mujer, de la joven o de la niña embarazada y que fuera provocada por: una hemorragia grave debida a la retención de los restos ovulares o aborto incompleto, a las lesiones o traumatismos de las vías genitales como producto de la perforación uterina, desgarro, deterioro; a las lesiones intra-abdominales, en el caso de una perforación intestinal; las infecciones localizadas en el aparato genital o aquellas generalizadas, como ser en el caso de la septicemia, tétanos, etc.; las intoxicaciones por medicamentos que causan lesiones hepáticas, digestivas, renales o neurológicas.

El segundo tipo de complicaciones se manifiesta a través de trastornos psicológicos, esterilidad, embarazos extrauterinos, dolores pélvicos crónicos incapacitantes.⁽⁵¹⁾

Además del dolor físico y del trauma psicológico, habría que considerar el del costo económico que representa para la mujer la urgencia de dichos tratamientos médicos. Como así, también, las consecuencias sociales no resultan ser tan graves. La doctora Tall Thiam ha catalogado las siguientes consecuencias: se tratan de la negación familiar, la exclusión en la escuela,

(50) YVES DANANCIER, op. cit.

(51) TALL THIAM, F., "Riesgos ligados a los abortos practicados en precarias condiciones de seguridad", comunicación no publicada, Revista Internacional de la Mujer, Hotel Le Méridien Président, Dakar (Senegal), 8 de marzo de 2011. Las complicaciones referidas son detalladas en *Hechos referidos al aborto en África, Consecuencias del aborto no medicalizado sobre la salud de las mujeres*, Instituto Guttmacher, disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Africa-FR.pdf

las consecuencias conyugales, familiares y sociales de las secuelas (infertilidad y trastornos psicológicos), la baja en la productividad de la mujer (dolores pélvicos crónicos) y del encarcelamiento.

No nos encontraríamos aquí frente a la persecución y la tortura de seres humanos, que a causa de los mandatos de las sociedades patriarcales deben por su sexo someterse a cumplir el mandato de servir y obedecer. Una concepción como la referida sobre el ser humano y la humanidad puede, entonces, estar autorizada a prosperar.

Así como ningún Estado se atrevería a adoptar una ley legalizando la esclavitud, los defensores y defensoras del derecho de toda mujer a decidir sobre su maternidad pueden ser optimistas en cuanto a la erradicación de esta otra forma de esclavitud, que es la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo. Este parece ser el futuro de nuestras libertades y, por tanto, de nuestras democracias.

3. Conclusión

Nuestro objetivo no era otro que demostrar, que la cuestión del derecho al aborto, es una cuestión eminentemente política que constituye un fuerte indicador del modelo de sociedad implementado. Se trata de una democracia en constantes tropiezos, donde la proclamación de los derechos fundamentales de la persona no son más que una fachada decorativa que ocultan la abiertamente repugnante realidad de atentados sistemáticos a la dignidad de la persona.

Por el tipo de derechos vulnerados y por las políticas estatales de control del útero de las mujeres, que constituye la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo; por el tipo de medios utilizados y de sus consecuencias, resulta innegable que los Estados que dirigen sus políticas hacia la negación del derecho al aborto médico a las mujeres y jóvenes se encuentran más próximos a los Estados totalitarios que a los Estados libres y democráticos. Sólo alcanzarán a ser un verdadero Estado democrático y Protector de los derechos humanos, el día que las mujeres no mueran a causa de la existencia de una ideología feminicida.



Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR⁽¹⁾

PABLO CERIANI CERNADAS⁽²⁾



1. Introducción

Estas páginas se proponen analizar algunas de las más recientes iniciativas adoptadas en el ámbito del MERCOSUR en materia de migraciones y libre circulación de personas. En particular, analizaremos la decisión por la cual el Consejo del Mercado Común del Sur aprobó la elaboración de “un Plan de Acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR”.⁽³⁾ El plan debe estar plenamente implementado para el año 2021 —al cumplirse el 30° aniversario de la creación del bloque

(1) Este trabajo representa una versión revisada y actualizada de un trabajo a publicarse en la Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería, n° 29, Madrid, Ed. Lex Nova, 2012.

(2) Abogado (UBA), Doctorando en Derechos Fundamentales y Políticas Migratorias (Universidad de Valencia). Coordinador del Programa Migración y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

(3) Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 64/10, aprobada el 16 de diciembre de 2010 en la ciudad de Foz de Iguazú.

regional— y debe contemplar el reconocimiento de una serie de derechos a las personas nacionales de los Estados de la región.

La decisión hace referencia al derecho a la libre circulación y a la igualdad de derechos civiles, económicos, sociales y culturales, y específicamente, la salud, la educación y el trabajo. Asimismo, se establece la necesidad de reconocer de manera progresiva los derechos políticos de las personas que residan en otro país de la región, incluyendo el derecho a elegir a representantes de instituciones regionales. Es posible caracterizar esta decisión como un importante paso hacia una nueva etapa en materia de integración regional entre los países del MERCOSUR (y, eventualmente, los asociados),⁽⁴⁾ así como en el campo de la libertad de movimiento y la integración social y equitativa de sus poblaciones. A su vez, la implementación de este plan de acción puede representar una base fundamental para elevar el nivel de protección de los derechos humanos en la región, y para instalar un enfoque integral en las políticas migratorias, cuyo sostén sean los principios y estándares de derechos humanos.

En los últimos años, los Estados sudamericanos se han destacado progresivamente por promover, en múltiples escenarios internacionales, la necesidad de un cambio tajante en las políticas migratorias. Ahora bien, sin perjuicio del impacto positivo que podría tener esta decisión del MERCOSUR en las políticas de los países de la región y, concretamente, en los derechos de las personas, también es preciso señalar que, con base en su contenido, es decir, la forma en que se ha propuesto el proceso de extensión de derechos y libertades, podría generar el efecto contrario.

Nos referimos, y esto constituye uno de los objetivos centrales de este trabajo, a la posibilidad que el llamado “Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR” se transforme en un mecanismo excluyente y restrictivo, en perjuicio de los derechos de algunas categorías de migrantes que habiten o intenten ingresar a uno de los países de la región. A partir de la revisión de los artículos incluidos en la decisión 64/10, examinaremos si, como parecería evidenciar, la igualdad y ampliación de derechos que propone no podría actuar como un factor de exclusión con base en la nacionalidad de la persona. Por ello, evaluaremos con especial atención las diferencias o semejanzas que el Estatuto tendría con

(4) Los miembros plenos del MERCOSUR son Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Son países asociados los siguientes: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú (se trata de todos los países de Sudamérica, con la excepción de Guyana y Surinam).

los principios que caracterizan el modelo de integración desarrollado en la Unión Europea. Y, en particular, se analizará si la situación de los llamados “nacionales de terceros países” (en el ámbito europeo) no podría reproducirse a través de esta reciente iniciativa del MERCOSUR.

Por estas razones, es preciso hacer una reflexión en torno a la noción de ciudadanía, especialmente en dos sentidos. Por un lado, sobre su vinculación con la nacionalidad, es decir, la concepción restrictiva que supone considerar ciudadanos y ciudadanas únicamente a quienes poseen una determinada nacionalidad (o algunas). Y por el otro, la atribución de derechos humanos, ya no en razón de tal condición sino por el hecho de ser nacionales de un determinado Estado. Al respecto, es oportuno mencionar que el modo en que estos dos aspectos de la ciudadanía han sido regulados en el contexto de la Unión Europea, ha recibido numerosos cuestionamientos por parte de los países sudamericanos, lo cual justifica también el objetivo propuesto en este trabajo.

Una vez examinada la decisión adoptada por el MERCOSUR y de evaluar la cuestión de la ciudadanía en la Unión Europea y en la propuesta del bloque sudamericano, nos detendremos a observar en qué medida ello puede impactar en los derechos humanos de las personas migrantes. Y en particular, de los y las migrantes que, por un lado, se movilicen entre los países que conforman el MERCOSUR, y por el otro, de quienes ingresen a uno de ellos provenientes de otras regiones. Dado el contenido de la decisión 64/10, se hará un especial hincapié en los derechos sociales y políticos. También se indagará sobre las implicancias en materia de ingreso al territorio y acceso a la residencia, en especial respecto de las personas migrantes que no tengan la nacionalidad de algunos de los Estados Parte.

La sección final se ocupará de evaluar esta iniciativa regional a la luz de los cambios en las leyes y políticas migratorias que se han dado recientemente en algunos de los países de la región. En este sentido, resulta relevante observar en qué medida el eventual avance de un proceso de libre circulación podría derivar en algunos cambios regresivos (o contradictorios) en el actual proceso de ampliación de derechos de migrantes en la nueva normativa migratoria vigente en algunos países. O, al contrario, si se trataría de una medida que complementa esas tendencias positivas de ciertos países y, de esa manera, contribuya a consolidar un nuevo paradigma en materia de políticas migratorias y derechos humanos.

En definitiva, estas páginas buscan aportar algunas ideas, reflexiones, aunque también plantear interrogantes, sobre un proceso que se encuentra en su etapa inicial. Precisamente por ello, el objetivo es contribuir a las discusiones y propuestas que se irán generando en los próximos años a raíz de la elaboración del Plan de Acción para la creación de un Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR.

2. El Plan de Acción para un Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR

La decisión 64/10 del Consejo del MERCOSUR, al describir el Plan de Acción sobre el Estatuto de Ciudadanía regional, establece en su art. 2 lo siguiente:

“El Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y se conformará en base, entre otros, a los siguientes objetivos oportunamente trazados en los Tratados Fundacionales del MERCOSUR y en la normativa derivada: Implementación de una política de libre circulación de personas en la región; Igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR; Igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación”.

Seguidamente, dispone que con miras a alcanzar los objetivos generales indicados en el art. 2, el Plan de Acción se integrará con los siguientes elementos: 1. Circulación de personas; 2. Fronteras ; 3. Identificación; 4. Documentación y Cooperación Consular; 5. Trabajo y Empleo; 6. Previsión Social; 7. Educación; 8. Transporte; 9. Comunicaciones; 10. Defensa del Consumidor; y 11. Derechos Políticos. A continuación, nos detendremos únicamente en algunos aspectos que son especialmente relevantes a los fines de este trabajo.

En cuanto a la circulación y a la cuestión de las fronteras, la decisión se limita a señalar la facilitación del tránsito y de la circulación en el espacio MERCOSUR, y la simplificación de trámites, agilización de procedimientos de control migratorio, así como la armonización gradual de los documentos aduaneros y migratorios (§ 3.1). A su vez, luego estipula —al referirse al trabajo— el “desarrollo de planes regionales en materia de facilitación de la circulación de trabajadores” (§ 5.7).

Al respecto, es pertinente efectuar al menos dos observaciones: en primer lugar, que al menos en esta fase (fundacional) no se hace alusión a un escenario de eliminación de fronteras y controles fronterizos entre los países que integran el MERCOSUR. En segundo lugar, es llamativo que se haga referencia a la circulación de “trabajadores” y no de personas en general, lo cual podría derivar en criterios que limiten esa movilidad con base en necesidades del mercado de trabajo del país receptor. De todas maneras, sobre esta última cuestión, dicho escenario restrictivo no sería coherente con normas ya vigentes a nivel regional y nacional que, como veremos más adelante, en el caso de nacionales de países de la región no limitan el ingreso y la residencia a una determinada categoría migratoria.

Siguiendo con el análisis de la decisión 64/10, en el ámbito del trabajo y el empleo, se plantea la revisión de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR;⁽⁵⁾ el fortalecimiento del funcionamiento de la Comisión Sociolaboral; el fortalecimiento del Observatorio del Mercado de Trabajo; el desarrollo de directrices sobre empleo; y el desarrollo de planes regionales en materia de trabajo infantil, inspección de trabajo y, como se señaló, facilitación de la circulación de trabajadores (§ 5).

La decisión no menciona explícitamente la cuestión de la igualdad de derechos laborales, e incluso en cuanto al derecho a trabajar, ni tampoco alude a la situación migratoria de la persona (o en su caso, la necesidad o no de contar con una autorización de residencia para trabajar). Sin embargo, es de esperar que el proceso de elaboración del Plan de Acción incorpore estas cuestiones, particularmente si se tienen en cuenta algunas herramientas que ya existen en la región (como el Acuerdo de Residencia, que se explicará más abajo) o las normas migratorias vigentes en algunos de los países.

En lo relativo al derecho a la seguridad social, se propone la integración de los registros de información previsional y laboral de los Estados Parte

(5) Aprobada en Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998. Es oportuno mencionar que esta declaración, en su art.4.2, afirma lo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores”. Para un análisis más exhaustivo de la Declaración, véase MALM GREEN, LUCAS, “Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del MERCOSUR”, en *Hologramática*, Facultad de Ciencias Sociales UNLZ, año V, n° 8, 2008, vol. 2; y ERMIDA URIARTE, OSCAR, “La Declaración socio laboral del MERCOSUR y su eficacia jurídica”, en *Notisur, Revista de la cultura del trabajo*, año 26, n° 68-69, Enero - Junio 2002.

para fines de simplificación de trámites, seguridad de las informaciones, formulación de políticas públicas y agilización de concesión de beneficios (§ 6). Llamativamente, no se hace alusión a temas relevantes sobre migraciones y seguridad social, como la transferencia de los beneficios de los trabajadores de manera irrestricta entre países de origen y destino, incluido en el caso de retorno. De todas maneras, cabe pensar que la aplicación de otros instrumentos internacionales (como la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el Acuerdo Multilateral sobre Seguridad Social del MERCOSUR), facilitarán su inclusión en el Programa de Acción.

En materia de educación, se menciona la “simplificación de los trámites administrativos a efectos de la equivalencia de estudios y títulos de enseñanza superior; la profundización del Sistema ARCU-SUR para la equivalencia plena de cursos superiores; y la creación de un Acuerdo Marco de Movilidad para la consolidación de un espacio de movilidad (estudiantes, profesores e investigadores) e intercambios académicos” (§ 7). Aquí tampoco se hace referencia al derecho a la educación de las personas que se trasladen de un país a otro, o la igualdad de condiciones de ejercicio de este derecho respecto de los “nacionales” del país en que habiten. Será también en este caso el diseño del Plan de Acción el que deberá tener en cuenta éste y otros aspectos vinculados al acceso a la educación por parte de las personas que migren entre los países de la región.

Luego, al referirse a la cuestión de los derechos políticos, la decisión propone “evaluar las condiciones para avanzar progresivamente en el establecimiento de derechos políticos, de acuerdo con las legislaciones nacionales que reglamenten su ejercicio, en favor de los ciudadanos de un Estado Parte del MERCOSUR que residan en otro Estado Parte del que no sean nacionales, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del MERCOSUR” (§ 11).

Como se puede observar, se decide evaluar esta posibilidad, sin afirmar la igualdad de derechos políticos (al menos en los planos local y regional). En cualquier caso, los debates que surjan en el marco de la elaboración del Plan de Acción, así como algunas leyes vigentes en los países, serán determinantes para convertir esta declaración de intenciones en un reconocimiento de derechos políticos de los y las migrantes. En este tema, como respecto de los demás derechos, la igualdad proclamada en el art. 2 debería guiar la elaboración detallada del contenido de estas propuestas.

Por otra parte, resulta importante señalar la omisión de alguna disposición particular sobre el tema de la salud, más allá de su mención genérica en su art. 2. De todas formas, al igual que en los otros temas, ello no será óbice para introducir aspectos importantes relativos al derecho a la salud en el marco del Plan de Acción.

Y finalmente, resulta importante señalar que, más allá de los temas —derechos— mencionados u omitidos en esta decisión, entre las ausencias notables debe agregarse un aspecto de extrema relevancia: los Estados asociados al MERCOSUR. En este sentido, es singular que la resolución no haya realizado referencia alguna a la posibilidad de extender (vía adhesión de los Estados u otro mecanismo) el Estatuto de Ciudadanía a los países asociados al bloque regional. Y llama especialmente la atención por diversas razones:

1. En primer lugar, porque el MERCOSUR ampliado incluye prácticamente a todos los países que conforman la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), los mismos que, por otra parte, participan anualmente en la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). En ambos espacios, como se verá más adelante, existen diversas declaraciones e iniciativas en torno a la libre circulación y los derechos de las personas migrantes.
2. En segundo lugar, como también describiremos luego, porque los países asociados ya han firmado acuerdos previos que, de alguna manera, han servido de base para la adopción de la decisión 64/10. Y, por último, porque precisamente a partir de estos antecedentes, algunos países ya han incluido en su legislación interna algunos criterios que, en buena medida, reflejan lo dispuesto en esa decisión, pero ampliando su protección a todos los nacionales de la región (MERCOSUR ampliado) y, en ciertos temas, a todas las personas migrantes en general.

Ahora bien, sin perjuicio de los breves comentarios que hemos realizado en este apartado sobre el sintético contenido de la decisión 64/10, el aspecto que más nos interesa examinar es en qué medida esta nueva fase del proceso de integración regional puede impactar en los derechos de la población migrante, sean nacionales de algún Estado Parte o de otros países. Y en este sentido, la cuestión clave está en que de la lectura de esta decisión del Consejo del Mercado Común, se observa que las propuestas de reconocimiento de derechos e igualdad de condiciones entre nacionales y extranjeros, está limitada a aquellas personas que “son nacionales de un Estado Parte”.

Esta atribución de derechos con base en la nacionalidad, derivado de un estatuto de ciudadanía regional, es uno de los temas más complejos, inte-

resante, aunque controversial de esta iniciativa, y por ello es que de aquí en adelante nos centraremos en evaluar el posible impacto que esta delimitación podría tener en el proceso de elaboración del Plan de Acción, y, eventualmente, en el contexto de cada uno de los países que conforma la unión regional.

Previo a ello, consideramos oportuno hacer una breve descripción de algunas decisiones previas adoptadas en el ámbito del MERCOSUR en materia de migraciones y libre circulación, en tanto son antecedentes que no sólo han llevado a la aprobación de la decisión 64/10, sino que han incidido en la reforma de algunas leyes migratorias en países de la región.

2.1. Migraciones y Libre Circulación en el MERCOSUR y Sudamérica: algunos antecedentes

El MERCOSUR, como ha sucedido con otros procesos de integración regional, nació como una unión comercial, económica, y por ello, en términos de libre circulación, su prioridad estuvo en la liberalización de la circulación de bienes y mercancías. Se ha señalado que la libre circulación de personas no se planteaba como tal sino dentro del aspecto más general, y netamente económico, de la libre circulación de factores de producción.⁽⁶⁾ Precisamente, el Tratado de Asunción dispone que el “Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” (art. 1).

Al respecto, Corti Valera señala que dentro del concepto de **factores productivos** evidentemente se incluía la libre circulación de personas para realizar o recibir prestaciones económicas y, por tal razón: “las primeras decisiones del Consejo ya manifestaban la voluntad de construir un espacio regional donde puedan circular libremente los ciudadanos y residentes de los Estados Partes así como sus bienes, servicios y factores productivos”, proponiendo instalar canales preferenciales para la atención de los nacionales y residentes de los países de la región, aunque siempre con el fin de aumentar “el intercambio económico y comercial y, en especial, turístico”. De todas maneras, aclara, aquí también se evidencia que el ob-

(6) CORTI VARELA, JUSTO, “La libre circulación de personas ‘en’ el MERCOSUR: evolución”, presentado en el Seminario “La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados”, Madrid, 28 al 29 de septiembre de 2011.

jetivo apuntaba más bien a facilitar la entrada para una estancia de corta duración que a fomentar un asentamiento estable en otro Estado Parte.

Las iniciativas de libre circulación diseñadas en el ámbito del MERCOSUR hasta el momento, evidentemente, presentan importantes diferencias en relación con la experiencia del espacio regional que ha llegado más lejos en esta materia, la Unión Europea. Al respecto, Cardesa Salzmann destaca que el marco normativo del MERCOSUR dista mucho de la regulación del derecho de desplazamiento en el contexto de la integración europea, donde la libre circulación de personas está desprovista del condicionante del ejercicio de una actividad económica, no exige más que la posesión de un documento que acredite la identidad, y se ejerce en el marco del denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia. La supresión de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores de la UE⁽⁷⁾ no ha tenido por ahora su correlato en el ámbito del MERCOSUR, sin perjuicio de cierta flexibilización en los requisitos documentales para ejercer la circulación.

En cuanto a los instrumentos adoptados en la región en estas temáticas, tal vez lo más relevante —en general y en el contexto de este trabajo— son los Acuerdos de Residencia aprobados en la ciudad de Brasilia el día 6 de diciembre de 2002.⁽⁸⁾ En los fundamentos de estos Acuerdos, se señala el objetivo de fortalecer los lazos que unen a la comunidad regional, y se reafirma “el deseo de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR de

(7) Para un análisis más detallado de los diferentes antecedentes normativos, las propuestas e iniciativas que se elaboraron en el MERCOSUR en materia de libre circulación de trabajadores/as migrantes, ver, además de los citados trabajos de CARDESA SALZMANN, ANTONIO, “El desarrollo de una libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas”, presentado en el Seminario “La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados”, Madrid, Universidad Carlos III, 28 al 29 de septiembre de 2011; y CORTI VARELA, JUSTO, op. cit.; AGUIRRE, ORLANDO; MERA, GABRIELA y NEJAMIKS, LUCILA, “Migrantes y Ciudadanos. Avances y Contradicciones en el MERCOSUR”, en *X Jornadas Argentinas de Estudios de Población*, San Fernando del Valle de Catamarca, Argentina, 4 al 6 de noviembre de 2009; y ROBLES, ALBERTO J., “Buenas prácticas para el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la libre circulación en el MERCOSUR”, en *Oficina Regional para América Latina y el Caribe (OIT)*, Serie Documentos de Trabajo, n° 181, 2004. Y sobre el desarrollo histórico y el marco normativo sobre el derecho a la libre circulación en la UE, ver LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia, “Marco jurídico de la libre circulación de personas en la Unión Europea”, presentado en el Seminario “La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados”, Madrid, 28 al 29 de septiembre de 2011.

(8) Nos referimos al Acuerdo 13/02, sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, y al Acuerdo 14/02, sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile.

fortalecer y profundizar el proceso de integración". Luego, se destaca particularmente "que la implementación de una política de libre circulación de personas en la región es esencial para la consecución de esos objetivos". Y su art. 1 establece que: "*Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último (...), mediante la acreditación de su nacionalidad (...)*".

Este Acuerdo viene a introducir una nueva categoría de residencia en la legislación de los países de la región, basada específicamente en la nacionalidad de la persona. De esta manera, la posibilidad de residir en el territorio de un Estado Parte ya no radica —como sucedía hasta dicho momento— en la posesión y acreditación de un criterio migratorio "tradicional", (trabajador, estudiante, familiar —cónyuge, hijo/a— de un nacional o residente) sino que basta para ello con la nacionalidad de uno de los países firmantes.⁽⁹⁾

Aquí se pueden observar dos aspectos ya señalados. Por un lado, que esta liberalización de los criterios de residencia no fueron acompañados de un proceso que supusiera —aunque sea gradualmente— la eliminación de las fronteras entre los países. Por el otro, el surgimiento de un nuevo criterio de adjudicación de derechos (de residencia, en este caso) basado en la nacionalidad de la persona. Se trata de dos elementos claves de la Decisión adoptada por el CMC ocho años después.

Estos Acuerdos de Residencia recién entraron en vigor, como acuerdo internacional, a mediados del año 2009, cuando todos los Estados Parte lo ratificaron. Así, y sin perjuicio de ciertas medidas unilaterales o bilaterales adoptadas con anterioridad (luego veremos esta cuestión), llevó casi siete años lograr la plena vigencia del acuerdo a nivel internacional. En ese sentido, se ha señalado que el "principal problema del MERCOSUR es pretender grandes objetivos de integración a través de un marco jurídico-institucional esencialmente intergubernamental, sin cesión de soberanía. Incluso las decisiones 'vinculantes' adoptadas por las instituciones del MERCOSUR, siempre por consenso y reducidas al ámbito económico, su-

(9) A fin de profundizar el análisis del contenido de estos Acuerdos, véase CHUECA SANCHO, ÁNGEL, "Libre circulación de personas en Sudamérica: una aproximación", en *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 1, Centro de Estudios de Iberoamérica, 2008, vol. 2; y ASA, PABLO y CERIANI CERNADAS, PABLO, "Los acuerdos del Mercosur y la nueva ley de migraciones en Argentina", en *Revista Beyond Law*, n° 28, Bogotá, 2005.

fren grandes retrasos en su 'internalización' a derecho nacional careciendo, mientras tanto, de toda efectividad jurídica".⁽¹⁰⁾

A esta demora se le debe sumar, en algunos casos, los tiempos de implementación efectiva en la legislación y las prácticas al interior de los Estados. En este sentido, el caso de Argentina es —tal vez— bastante particular por su rápida y positiva aplicación, y por ello se observará con mayor atención al momento de examinar su legislación migratoria. Pero en el caso de los demás países que han firmado esos Acuerdos, lo cierto es que aún hoy, a comienzos de 2012, restan numerosas decisiones que tomar y pasos a dar a fin de garantizar, de manera efectiva, el ejercicio de ese derecho de residencia por parte de los y las nacionales de los demás países de la región.

De todas maneras, es de suponer que el Plan de Acción a diseñar por los Estados del MERCOSUR en seguimiento de la decisión 64/10, incidirá de manera determinante no sólo en la aplicación de estos Acuerdos sino también, tal vez, en su contenido y alcance. Los debates que se producirán en el marco de la elaboración del Plan de Acción podrían generar cambios que profundicen o, al contrario, recorten o restrinjan los derechos reconocidos hasta el momento en instrumentos universales, regionales o nacionales, como veremos luego.

Antes de entrar en ese análisis, resulta pertinente efectuar al menos unos comentarios sobre el abordaje de estas temáticas (libre circulación, derechos de migrantes, integración regional) en otros espacios que se han desarrollado en la región más recientemente: nos referimos a la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) y la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). La UNASUR,⁽¹¹⁾ organismo regional creado hace muy pocos años,⁽¹²⁾ y que reemplaza la llamada Comunidad Sudamericana de Naciones, formalmente entró en vigor en 2011.⁽¹³⁾ En los objetivos específicos de la Unión, incluidos en su tratado constitutivo, se pueden identificar

(10) CORTI VARELA, JUSTO, *op. cit.*

(11) Para una descripción más detallada acerca del desarrollo institucional de la Unión de Naciones Sudamericanas, ver ÁLVAREZ VALDÉS, RODRIGO, "UNASUR: Desde la perspectiva subregional a la regional", Serie Documentos Electrónicos n° 6, FLACSO Programa Seguridad y Ciudadanía, Chile, Octubre 2009.

(12) "Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR)", suscripto en la ciudad de Brasilia, el día 23 de mayo de 2008.

(13) El tratado entró en vigor llegar al número mínimo de ratificaciones exigido (nueve), el 11 de marzo de 2011. En el mes de agosto de este año, fue ratificado por Paraguay, el último Estado Parte que restaba hacerlo.

las dos tendencias ya comentadas: 1) el enfoque de derechos humanos a las personas migrantes; y 2) la integración e igualación de derechos con base en la nacionalidad de los países de la región.

En efecto, por un lado, se identifica “la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas” (§ 3.k). Por el otro, se propone “la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana” (§ 3.i). Asimismo, en 2009, los países que integran la UNASUR reafirmaron su compromiso de avanzar en la construcción de la ciudadanía suramericana, abordando el tema de la migración con un enfoque integral y comprensivo, bajo el respeto irrestricto de los Derechos Humanos de los migrantes y sus familias, conforme lo dispuesto en la Declaración de Cochabamba, de diciembre de 2006”.⁽¹⁴⁾

En el ámbito de la Conferencia Sudamericana de Migraciones,⁽¹⁵⁾ los Estados destacaron “el creciente proceso de integración que impulsan los Pueblos y Gobiernos de la región y a los avances alcanzados en el proceso de la libre circulación y residencia de personas, así como la experiencia acumulada históricamente y la tradicional apertura como receptores de migrantes”.⁽¹⁶⁾ En el documento que acompaña al programa de acción aprobado en la última reunión de la CSM, se afirmó que: “La libre circulación y residencia es un derecho humano básico, y ha sido un principio tradicionalmente asumido por los países de la región a través de sus políticas de apertura y promoción de las migraciones (...) El incremento de restricciones a la movilidad humana observable en países y regiones desarrolladas receptoras de migraciones, no se condice con el principio de la libre circulación de las personas”.⁽¹⁷⁾

(14) “Declaración Presidencial de Quito”, adoptada en la III Reunión Ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Quito, Ecuador, 10 de agosto de 2009, § 25.

(15) La CSM, iniciada en 2000, se realiza de forma anual y participan en ella todos los Estados de Sudamérica. Los textos completos de las declaraciones adoptadas en las reuniones de la CSM pueden consultarse en el sitio: <http://www.csmigraciones.info/>

(16) Declaración de la VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Montevideo, 19 de septiembre de 2008.

(17) Documento aprobado en la “Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones”, Cochabamba, 25 y 26 de Octubre de 2010.

Finalmente, cabe destacar que tanto en el ámbito de la CSM como de la UNASUR, se evidenció la necesidad de reforzar la cooperación y coordinación entre ambos espacios, a los fines de articular los ámbitos de concertación y construir un enfoque común regional que facilite la circulación de personas con miras a la construcción de la ciudadanía suramericana.⁽¹⁸⁾

Una vez efectuada esta introducción sobre la decisión 64/10 y sobre algunos antecedentes en materia de libre circulación, migraciones y derechos humanos en el seno del MERCOSUR o en otras instancias de diálogo e integración regional, corresponde adentrarse en el núcleo de este trabajo: la construcción de un modelo de integración y libre circulación, incluyendo la atribución de derechos humanos, así como sus alcances y limitaciones según cuáles sean los rasgos y criterios que lo compongan.

3. Ciudadanía y Nacionalidad: categorías incompatibles para un modelo basado en los derechos humanos

Uno de los aspectos que caracteriza la reciente iniciativa de elaborar un Estatuto de Ciudadanía en el MERCOSUR, es que la atribución de derechos que acompañarían el estatus de Ciudadanía del MERCOSUR estaría apoyada en el hecho de tener la nacionalidad de uno de los Estados Parte. Por tal razón, y previamente a examinar el posible impacto que este aspecto puede tener en la región, y de observar cómo esa misma característica ha moldeado el proceso desarrollado en la Unión Europea, nos interesa efectuar algunas reflexiones sobre la categoría de ciudadanía y su relación con la noción de nacionalidad y los principios que rigen el derecho internacional de derechos humanos.

La noción de ciudadanía es un componente central del debate contemporáneo en torno a la titularidad de los derechos humanos de las personas migrantes. Al respecto, Ferrajoli afirma que tomar en serio los derechos humanos en la actualidad

“significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como ‘pertenencia’ (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal —en los dos sentidos de su

(18) “Declaración de la IX Conferencia Sudamericana de Migraciones”, Quito, 22 de septiembre de 2009, § 17; “Declaración Presidencial de Quito”, UNASUR, § 25.

dobles garantías constitucional e internacional— y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo”.⁽¹⁹⁾

En efecto, uno de los factores que han incidido en la negación de derechos fundamentales a personas migrantes, o en la distinción entre sus derechos y los reconocidos a los nacionales del país o región en que habitan, es el uso que mayoritariamente se ha dado al concepto de ciudadanía y, por derivación, a los llamados “derechos ciudadanos”. En este sentido, la ciudadanía, junto a otros factores (como la condición migratoria), actúa como un concepto excluyente y legitimador de distinciones en el reconocimiento y ejercicio de derechos.⁽²⁰⁾ Se trata de lo que Zapata ha llamado la tríada Estado-Nación-Ciudadanía.⁽²¹⁾ La pertenencia a una comunidad nacional no es una razón suficiente ni necesaria para limitar la titularidad de derechos.⁽²²⁾

Desde diferentes perspectivas se ha puesto en discusión el sentido y alcance otorgado al término de ciudadanía, especialmente en un contexto caracterizado por el incremento de las migraciones a escala global, y la consecuente multiculturalidad que caracteriza a diversas sociedades contemporáneas. El cuestionamiento se centra en la simbiosis de dos elementos: por un lado, la *sinonimia* entre ciudadanía y nacionalidad;⁽²³⁾ y por el otro, la atribución exclusiva a las personas de determinada nacionalidad, de derechos humanos que han sido consagrados como universales.

El impacto de estas restricciones, y en el fondo, de la discusión sobre el alcance y la definición del concepto de ciudadanía, no es menor. Aquí se pone en juego el equilibrio entre el universalismo de los derechos y el par-

(19) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 117.

(20) OLEA RODRÍGUEZ, HELENA, “Derechos Humanos y Migraciones: un nuevo lente para un viejo fenómeno”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2007, p. 204.

(21) ZAPATA BARRERO, RICARD, “Inmigración y Multiculturalidad: hacia un nuevo concepto de ciudadanía”, en José M. Martínez de Pisón y Joaquín Giró Miranda (coords.), *Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas*, Barcelona, 2003, p. 113.

(22) ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Legis, 2005, p. 68.

(23) AGUELO NAVARRO, PASCUAL y CHUECA SANCHO, ÁNGEL, *El derecho de voto de los extranjeros en España en perspectiva europea*, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, Nro. 19, Barcelona, julio de 2009.

ticularismo de la pertenencia definida por la ciudadanía.⁽²⁴⁾ Por lo tanto, no resulta casual que de manera continua se haga referencia a las personas migrantes como una de las categorías más susceptibles de ser tratadas como no-personas, es decir, como seres humanos sin derechos.⁽²⁵⁾

Es precisamente en el campo de las migraciones, ante el embate de leyes y prácticas crecientemente restrictivas, sino directamente discriminatorias, xenófobas o que criminalizan la migración, donde la cuestión de la ciudadanía se ve cada vez más cuestionada. Mientras que la ciudadanía interpretada en forma restrictiva puede constituir un factor determinante para regular los derechos a los y las migrantes, la movilidad de millones de personas entre los países, y su establecimiento fuera de su país de origen, cuestiona de manera directa su significado y alcance, al tiempo que reivindica una interpretación universalista e inclusiva de los derechos.

Ante estas limitaciones derivadas de la noción de ciudadanía, se han elaborado diferentes propuestas que permiten superar su interpretación restrictiva, y consecuentemente, a reconocer y asegurar los derechos humanos a todas las personas que conforman una sociedad, que comparten un territorio y una comunidad, sin perjuicio de su nacionalidad.

De Lucas ha recurrido a la idea de **ciudadanía cívica**, a través de la cual las personas adquieren derechos plenos (por ejemplo, incorporando los derechos políticos) a partir de la residencia en un territorio, independientemente de la posesión de determinada nacionalidad.⁽²⁶⁾ Es decir, la adjudicación del estatus de ciudadanía se apoya en el hecho de ser habitante de un lugar, aunque para ello resulta preciso que los mecanismos que regulan la obtención de la condición de residente sean accesibles para quienes así lo deseen. Añón, por su parte, se refiere al concepto de *ciudadanía social* para precisar que la plena garantía de inclusión ciudadana está dada a través de los derechos políticos, pero también, muy especialmente de los derechos sociales, puesto que constituyen lo que denomina el *test de inclusión social plena*.⁽²⁷⁾

(24) MEZZADRA, SANDRO, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005, p. 98.

(25) DAL LAGO, ALESSANDRO, "Personas y No-Personas", en H. Silveira Gorski (ed.), *Identidades Comunitarias y Democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 129.

(26) DE LUCAS, JAVIER, "Ciudadanía: La jaula de hierro para la integración de los inmigrantes", en G. Aubarell y R. Zapata, *Inmigración y procesos de cambio*, Barcelona, 2004, p. 223.

(27) AÑÓN, MARÍA J., "Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 6, Valencia, 2002, p. 1. En el mismo sentido, Habermas

En el marco de este debate, y teniendo en mente el carácter irreconciliable entre los derechos humanos y el mantenimiento de una clase cerrada de privilegiados (por su acceso exclusivo a los derechos sociales), Arango propone que el “desplazamiento de los derechos fundamentales con validez particular hacia derechos fundamentales con validez universal contribuya al reconocimiento de los derechos humanos sin consideración de las fronteras nacionales, en especial, los derechos a la libre circulación y al trabajo. Desde este punto de vista, es posible que el criterio de la pertenencia a una sociedad particular se torne irrelevante ante la universalización de los derechos liberales fundamentales(...)”.⁽²⁸⁾

Ahora bien, con independencia de las diferentes propuestas desarrolladas en la última década en el marco del debate en torno a la ciudadanía, y su impacto en los derechos de las personas migrantes, lo relevante —e incuestionable, diríamos— es que esta categoría, interpretada de manera restrictiva, opera como un mecanismo excluyente que pone en riesgo el ejercicio de derechos humanos reconocidos de manera amplia desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta cuestión resulta vital en el marco del Plan de Acción a desarrollar en aras de la creación del Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR. Por ello, es oportuno dedicar una sección a observar sintéticamente algunas consecuencias que el uso de esa lógica restrictiva de ciudadanía ha tenido en el ámbito de la Unión Europea.

4. Ciudadanía, políticas migratorias y derechos humanos en el modelo de integración de la Unión Europea.

La visión crítica desde Sudamérica

El art. 20 del Tratado de la Unión Europea, al definir el estatus de ciudadanía de la Unión y algunas de sus implicancias, establece lo siguiente:

“1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado

(*Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997, p. 180) sostiene que “(...) desde el punto de vista de la representación y de la ‘cualificación de ciudadanos’ es importante asegurar las condiciones fácticas de una utilización de derechos formalmente iguales, que ofrezca verdaderamente una igualdad de oportunidades. Pero esto no sólo vale para los derechos de participación política, sino también para los derechos de participación social y para los derechos de libertad privada; pues nadie puede actuar de forma políticamente autónoma si no le quedan garantizadas las condiciones para que se produzca su autonomía privada”.

(28) ARANGO, RODOLFO, op. cit., p. 332.

miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: de circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado Miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (...)"

Por otra parte, la directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y permite que los Estados Miembros extiendan a otros familiares el derecho a la libre circulación, abarcando las siguientes categorías: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado Miembro y de conformidad con la legislación del Estado de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de dicha pareja; d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja antes citada.

Habiendo destacado estas características básicas de la definición y alcance de la noción de ciudadanía adoptada en el contexto de la Unión Europea, lo relevante está —y éste es el objetivo central de este trabajo— en evaluar cuáles han sido las implicancias de esta conformación de la ciudadanía en los derechos de las personas migrantes y, también, en los objetivos, el contenido y los resultados de las políticas migratorias diseñadas consecuentemente tanto a nivel regional como nacional. Y allí nos encontramos, inmediatamente, con cuestiones tales como la discriminación, la exclusión social y el uso de mecanismos coercitivos y punitivos (control migratorio).

Al respecto, De Lucas señala —al examinar las políticas migratorias de la UE— que la clave está en la imposibilidad de aceptar la actual respuesta a las exigencias del principio jurídico de igualdad y la construcción de una ciudadanía plena e inclusiva. Se trata, sostiene, de una respuesta parcial, de segmentación de derechos, de creación de infra-ciudadanos, que contradice garantías elementales del Estado de derecho, la universalidad de los derechos humanos y las exigencias de la extensión de

la democracia en sociedades cada vez más plurales. Ello deriva en un déficit de legitimidad representado por el contraste entre el proclamado universalismo de la cultura jurídica y política de Europa, junto a la decisión de exportar la democracia a todo el globo, y la institucionalización de la desigualdad jurídica, la exclusión social y la subordinación política de los inmigrantes.⁽²⁹⁾

Esta contradicción también es evidenciada por Rigo,⁽³⁰⁾ para quien, teniendo en cuenta la ambición universalista que caracteriza la historia moderna de los países y el continente europeo, en la actualidad es preciso identificar si el proceso de integración post-nacional europeo supera o no los límites de su legado histórico y teórico. Es decir, se trata de comprender los límites de la aspiración universal de un modelo basado en los derechos de pertenencia, en una estructura que define la construcción jurídica de los no-ciudadanos.

En este sentido, y en la misma dirección que lo examinado en la sección anterior, Chueca Sancho⁽³¹⁾ pone en evidencia, en el contexto de la UE, el error de confundir los derechos humanos con derechos de “nacionales o ciudadanos de un país”. Uno de los problemas de su sistema de protección de derechos se halla precisamente en la no diferenciación entre derechos de ciudadanos de la Unión y derechos de todas las personas, lo cual puede derivar en una violación del principio de igualdad y de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La importancia de estas clasificaciones estriba en sus implicancias en términos de reconocimiento y ejercicio de derechos, es decir, de las condiciones de vida a las cuales las personas —al menos, formalmente y dicho de manera generalizada— pueden aspirar. En este sentido, la atribución de derechos diferenciada que se deriva de esa construcción jurídica, se construye también a partir de un cambio en la noción de extranjero. A modo de ejemplo, en el caso de España, ciertas categorías de no-nacio-

(29) DE LUCAS, JAVIER, “Globalización, Migración y Derechos Humanos. La inmigración como res política”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 10, Valencia, 2003, pp. 1/44.

(30) RIGO, ENRICA, “Citizenship at Europe’s Borders: Some Reflections on the Post-colonial Condition of Europe in the Context of EU Enlargement”, en *Citizenship Studies*, n° 1, 2005, vol. 9, p. 5.

(31) CHUECA SANCHO, ÁNGEL, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2da. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1999.

nales se guían por un estatuto jurídico diferente del régimen general para extranjeros. Como destaca Álvarez Rodríguez,⁽³²⁾ los nacionales de países de la UE, de los Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de la Confederación Helvética, y algunos familiares de todos ellos, gozan en España de un trato de equiparación al nacional en virtud de la normativa comunitaria, y no les es aplicable, en principio, el régimen general de la ley de extranjería.

Con la excepción de algunos casos (especialmente, por vínculos familiares), los extranjeros propiamente dichos serían únicamente quienes no tienen la nacionalidad de los países que integran el espacio regional. Y su situación jurídica y política dista sustancialmente de quienes son considerados ciudadanos o ciudadanas de la Unión Europea. Al examinar el estatus de ciudadanía, nos encontramos con “el máximo nivel posible de derechos. La situación de esta categoría de personas —que acumulan a la vez una nacionalidad y la ciudadanía de la UE y residen en el territorio del Estado de su nacionalidad, puede ser calificada como de plenitud de derechos, pues reciben a la vez los derechos atribuidos por su ordenamiento nacional y los atribuidos por el ordenamiento de la misma Unión(...) [En definitiva, se trata de un estatus de] cuasi-nacional”.⁽³³⁾

Por otra parte, Maas⁽³⁴⁾ ha resaltado que los intentos de ir progresivamente igualando la condición y los derechos de los nacionales de terceros países respecto de las personas nacionales de Estados Partes de la UE, fueron no sólo limitándose a ciertas categorías (en particular, los llamados residentes de larga duración), sino que ni siquiera en esos casos se trata de un mismo estatus jurídico o ciudadanía ni, en definitiva, de derechos en

(32) ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, AURELIA, “Concepto de extranjero. Ámbito de aplicación del Derecho de extranjería. Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea”, en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, Octubre 2010- Septiembre 2011, Módulo II, Unidad 1.

(33) CHUECA SANCHO, ÁNGEL, “La ciudadanía de la Unión Europea. Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, Octubre 2010 - Septiembre 2011, Mód. I, Unidad 11. En igual sentido, BALIBAR (“Europe as Borderland”, en *Environment and Planning D: Society and Space*, 2009, vol. 27, p. 204) destaca, por un lado, que los individuos de los Estados Partes ya no son totalmente extranjeros, a diferencia de los nacionales de terceros países, y por el otro, que diversos aspectos (culturales, económicos, seguridad, criterios asimilacionistas, etc.) determinan que una persona sea más o menos “extranjera”.

(34) MAAS, WILLEM, “Migrants, states, and EU citizenship’s unfulfilled promise”, en *Citizenship Studies*, nº 6, diciembre 2008, vol. 12, pp. 583/596.

igualdad de condiciones. Como es posible observar, el resultado —esperable— de esta clasificación de la noción de ciudadanía y su asociación al reconocimiento de un catálogo diferenciado de derechos con base en la nacionalidad de la persona, es el de la estratificación social y jurídica, la desigualdad y, como explicaba Ferrajoli, la exclusión. Llevando al extremo estas consecuencias, los mecanismos diferenciadores diseñados por la UE y sus Estados Parte —en cuanto a la titularidad y condiciones de ejercicio de derechos humanos—, han sido caracterizados como propios del sistema de *apartheid*.⁽³⁵⁾

Según Balibar, es posible hablar de un *apartheid* europeo no solamente porque las personas extranjeras gozan de menos derechos (o mejor dicho: algunas categorías de extranjeros, especialmente trabajadores migrantes y solicitantes de asilo provenientes del Este y el Sur de Europa, quienes de manera regular o irregular han cruzado las fronteras que protegen la rica “civilización” de Europa). Esta situación, explica, es el resultado de desarrollos experimentados en Europa desde el Tratado de Maastricht en 1993. Por ello, en las naciones-Estados europeas, existen estructuras de discriminación que definen el acceso a la ciudadanía o la nacionalidad, particularmente aquellos heredados del pasado colonial. Pero el hecho adicional del nacimiento de la Unión Europea es la conformación de un nuevo individuo y derechos. Pero la cuestión crucial es: ¿Nuevos derechos para quién?, ¿Para toda la población de Europa o solamente una parte de ella?⁽³⁶⁾

Para este autor, ese dilema se resolvió estableciendo que solamente quienes poseen una determinada nacionalidad accederán al estatuto de ciudadanía europea. En este contexto, considerando la relevancia cualitativa y cuantitativa de la población inmigrante que reside de manera permanente en Europa, Balibar afirma que el proyecto inclusivo se transforma inmediatamente en un programa de exclusión que podría sintetizarse en 3 metamorfosis: a) de “*foreigners*” a “*aliens*” (es decir, residentes de segunda clase); b) de la protección a la discriminación; y c) de la diferencia cultural a la estigmatización racial.⁽³⁷⁾

(35) BALIBAR, ÉTIENNE, *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 191.

(36) BALIBAR, ÉTIENNE, “*Outlines of a Topography of Cruelty: Citizenship and Civility in the Era of Global Violence*”, en *Constellations*, n° 1, 2001, vol. 8, p. 20.

(37) BALIBAR, ÉTIENNE, “*Outlines of a Topography of Cruelty: Citizenship and Civility in the Era of Global Violence*”, en op. cit., p. 20.

Es interesante la noción de *apartheid* incorporada —provocativamente— por Balibar. Sin perjuicio de la mayor o menor similitud formal e histórica con un régimen de segregación racial, lo cierto es que la desigualdad en derechos se sostiene a partir de la pertenencia a un determinado grupo social, con base en la nacionalidad de la persona. Luego, en razón de su condición migratoria, ello puede derivar en circunstancias y condiciones que faciliten la integración y el acceso a ciertos derechos o, al contrario, que profundicen la desigualdad. Esta exclusión puede conducir, a su vez, a la utilización de otro de los componentes medulares de las políticas migratorias: el control, especialmente a través de la detención y expulsión, que complementan —precisamente— los criterios selectivos de la tríada ciudadanía, nacionalidad y derechos. Se recurre al mecanismo de la deportación no sólo para sancionar las infracciones administrativas sobre ingreso y residencia, sino también para delinear y marcar los límites de la pertenencia, es decir, de la noción acotada de ciudadanía.⁽³⁸⁾

En este escenario que prevalece en la UE y que, —en el actual contexto de crisis— incluso se profundiza, desde Sudamérica se han emitido, de forma regional y/o nacional, numerosas observaciones críticas respecto de las políticas implementadas en materia migratoria por los Estados Miembros de la UE y por los mismos organismos comunitarios. En particular, estos cuestionamientos se han centrado en cómo dichas políticas impactan en los derechos de la población migrante latinoamericana que desea ingresar al territorio europeo o que habita allí.

En la Declaración adoptada en la IX Conferencia Sudamericana de Migraciones (Quito, 2009), los Estados sudamericanos expresaron “su preocupación por la dirección que está tomando la Política Europea Común en materia migratoria, así como las normas comunitarias que derivan de la misma —Directiva de Retorno y conexas y otras tales como medidas de tránsito aeroportuario—, caracterizadas por la criminalización de los migrantes, personas que por su propia condición de movilidad son particularmente vulnerables”. En la VIII CSM (Montevideo, 2008), cuestionaron las políticas migratorias restrictivas contempladas en el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo adoptado ese año, bajo la presidencia *pro-tempore* de Francia. Y seguidamente, exhortaron a la Unión Euro-

(38) ANDERSON, BRIDGET; GIBNEY, MATTHEW y PAOLETTI, EMANUELA, “Citizenship, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, 15: 5, agosto 2011, pp. 547/563.

pea a impulsar políticas migratorias consistentes con la promoción de los derechos humanos y el desarrollo integral, e instar a los países que la conforman a mantener y profundizar los compromisos asumidos en los Objetivos del Milenio, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho Internacional Humanitario, y en la jurisprudencia internacional sobre la materia.

Asimismo, la aprobación en la UE de la Directiva de Retorno en 2008, llevó a una ola de críticas por parte de los países sudamericanos.⁽³⁹⁾ Los Estados del MERCOSUR emitieron una resolución en la cual “deploraron” la aprobación de esta directiva, en tanto el texto no respeta la dignidad de migrantes en situación irregular, no es congruente con el derecho humanitario ni las obligaciones de derechos humanos; omite un enfoque comprensivo de la migración; ignora el interés superior del niño, y vulnera el principio de reunificación familiar. También destacaron que las políticas migratorias restrictivas son ineficaces e incrementan la xenofobia, el racismo, el tráfico de migrantes y la trata de personas.⁽⁴⁰⁾

Ante estas críticas desde Sudamérica hacia los mecanismos excluyentes de las políticas migratorias de la UE, y en particular, a las derivaciones de un proceso de integración conformado por una apertura —en circulación interna y atribución de derechos— hacia adentro, y por un cerramiento —de fronteras— y una desigualdad —en derechos— hacia “afuera”,⁽⁴¹⁾ es apropiado hacer algunas reflexiones sobre las consecuencias que podría tener la implementación de la reciente propuesta de ciudadanía del MERCOSUR.

(39) Para un análisis detallado de estos cuestionamientos, véase CHUECA SANCHO, ÁNGEL, “La ciudadanía de la Unión Europea. Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería, Octubre 2010 - Septiembre 2011, Mód. I, Unidad 11; CERIANI CERNADAS, PABLO, “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: comentarios críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009, pp. 84/104; y GIANELLI DUBLANC, LAURA, “El debate sobre los derechos humanos y las políticas migratorias en los foros latinoamericanos”, en P. Ceriani Cernadas y Ricardo Fava (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Lanús, Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2009, pp. 245/262.

(40) Declaración de los países del MERCOSUR ante la “Directiva de retorno de la Unión Europea”, Tucumán, 1 de julio del 2008.

(41) Balibar (“*Outlines of a Topography of Cruelty: Citizenship and Civility in the Era of Global Violence*”, en op. cit., p. 21) sostiene que los inmigrantes que residen en un Estado Miembro de la UE son *insiders*, pero oficialmente considerados *outsiders*.

5. El Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR a la luz de la legislación migratoria y la realidad de la región: riesgos, contradicciones, hipótesis

La propuesta inicial para un Estatuto de Ciudadanía de la región, parecería delinear una ciudadanía sostenida sobre la nacionalidad de los Estados Partes. La libre circulación y residencia, así como la atribución de igualdad de derechos, o el propósito de desarrollar acciones que tiendan a ello, estaría limitado entonces a los llamados "nacionales" de los países que integran el MERCOSUR. Una primera reflexión sobre este punto, con base en lo expuesto en las secciones anteriores sobre una concepción restringida de ciudadanía y los problemas que de allí se han derivado en el ámbito de la UE, no puede ir en otro sentido que el de alertar de los riesgos que supondría continuar en esa misma dirección.

Esta observación es particularmente necesaria y atinada si, al volver sobre las críticas dirigidas desde los Estados sudamericanos a sus pares europeos, invocamos la cuestión de la coherencia política, y no tan sólo la retórica. Este aspecto, incluso, fue específicamente tenido en consideración por los gobiernos de Sudamérica. En efecto, en la IX CSM (Quito, 2009), los Estados afirmaron su "voluntad de garantizar a las personas migrantes a lo interno de nuestra región el disfrute de los mismos derechos que perseguimos para nuestros ciudadanos en los países de tránsito y destino a lo externo de la región en aras del principio de coherencia, igualdad y no discriminación". De allí se deduce la necesidad, sino la obligación, de seguir un determinado modelo (y rechazar otro, claro), que en buena medida estaría guiado por los propios posicionamientos de los países sudamericanos, incluyendo sus cuestionamientos a la Unión Europea y sus Países Miembros. Por ello, a continuación observaremos en qué medida el Plan de Acción se puede presentar como una iniciativa que contribuya a esa coherencia o, al contrario, que reproduzca los males que se cuestionan y se buscan evitar.

Este análisis se centrará, por un lado, en la cuestión de la libre circulación, o más precisamente en el derecho a migrar (y uno de sus componentes centrales, el ingresar y permanecer en un territorio). Por el otro, en la atribución de otros derechos (sociales, políticos) con base en la nacionalidad. La indagación estará basada, en primer lugar, en la propia normativa que existe en la región y en algunos de sus Estados, así como en las declaraciones regionales. Y en segundo lugar, en una serie de hipótesis sobre

escenarios que se podrían presentar en la región, sobre todo a mediano o largo plazo, según el contenido que finalmente se incluya en el Plan de Acción, es decir, según cómo se configure el Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR.

5.1. Leyes, Declaraciones, Propuestas: caminos encontrados

Si hay un aspecto que en los últimos años ha caracterizado a la región sudamericana, en el campo de las políticas migratorias, es la presencia de un posicionamiento crecientemente progresista, que no sólo se enfrenta a las tendencias prevalentes en otras regiones, sino que también busca revertir un pasado propio, caracterizado por la presencia de leyes migratorias profundamente restrictivas, excluyentes y, en numerosos casos, represivas.⁽⁴²⁾

Este cambio sustancial se ha manifestado, como hemos visto, en las declaraciones que los Estados han emitido en los últimos años en la materia, en diversos foros regionales. Igualmente, donde se ha materializado de manera especial esta nueva tendencia ha sido precisamente en leyes migratorias que han sido adoptadas en algunos países. En particular, en Argentina y Uruguay, dos de los cuatro Estados Parte del MERCOSUR. Las modificaciones más relevantes se han dado en relación con las dos cuestiones antes mencionadas, la circulación y los derechos, como describiremos seguidamente.

- a) En cuanto al primer aspecto, cabe mencionar que ambas leyes reconocen de manera explícita el derecho humano a migrar. La ley argentina (25.871, de 2004), estipula en su art. 4: "El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad". Por su parte, la ley de Uruguay (18.250, de 2008) dispone en su art. 1: "El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y

(42) Para un análisis más detallado, ver CERIANI CERNADAS, PABLO, "Luces y Sombras en las legislación migratoria latinoamericana", en *Revista Nueva Sociedad*, n° 233, Mayo-Junio 2011; MONDOL, LENIN Y ZURBRIGGEN, CRISTINA (coords), *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el Mercosur*, Montevideo, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2010; y OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR, *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*, Montevideo, 2009.

sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración(...)" ⁽⁴³⁾

En este escenario, resulta particularmente interesante reflexionar sobre cómo este derecho humano a migrar, reconocido de manera universal y sin discriminación por ningún motivo (como la nacionalidad), podría convivir con un marco regional en el cual la libre circulación está exclusivamente destinada a quienes tienen determinada nacionalidad. Si, mediante un futuro y progresivo desarrollo e implementación del proceso de integración regional, se decide la eliminación de los controles fronterizos entre los Estados Partes, es atinado preguntarse si ello no redundaría, a partir de la normativa de algunos países, en una extensión de este derecho a todas las personas que habitan en la región, con independencia de su nacionalidad.

Sin embargo, ese no parecería ser el escenario que, al menos hasta el momento, se estaría diseñando. Ello, especialmente por dos motivos. En primer lugar, porque del propio texto de la decisión 64/10 no se derivaría necesariamente tal corolario, sino un modelo más restrictivo. Y en segundo lugar, porque la limitada y restrictiva aplicación que en estos años se ha dado al derecho a migrar, especialmente en el caso de Argentina, y justamente en razón de la nacionalidad de la persona (MERCOSUR o extra-MERCOSUR), indicaría que ese derecho carecería de los elementos de igualdad y universalidad proclamados en la legislación. Como consecuencia de ello, las personas migrantes que son nacionales de países no miembros ni asociados al MERCOSUR, encuentran innumerables obstáculos para ejercer dos componentes fundamentales del derecho a migrar: ingresar o permanecer de manera regular en el territorio (CELS-FIDH, 2011).

Esta circunstancia, además de poner en evidencia el carácter quasi-retórico del reconocimiento del derecho a migrar y las li-

(43) Es importante destacar también que la nueva Constitución proclamada en Ecuador (el 24 de julio de 2008), establece lo siguiente en su art. 40: "Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria".

mitaciones del cambio normativo, al menos hasta el momento, también interpela la profundidad de los posicionamientos adoptados a nivel regional en torno al enfoque que debe darse, a través de las políticas públicas, al fenómeno de las migraciones internacionales. En este sentido, y siguiendo las declaraciones de la CSM sobre la coherencia a seguir en esta materia, es importante que también sean tenidas en cuenta las críticas hacia Europa en lo relativo a la necesidad de adoptar políticas comprensivas que incluyan, entre otros aspectos, las causas estructurales que fomentan la migración.⁽⁴⁴⁾

Ante ello, si la cuestión está en que los países receptores de migrantes en el hemisferio norte comprendan estos elementos estructurales del fenómeno migratorio, de ahí se deriva, por un lado, la asunción de responsabilidad de los Estados más desarrollados económicamente en relación con la generación de esas causas. Pero por el otro, la obligación de adecuar las políticas migratorias a esa realidad, y ello involucra no sólo a esos países de destino, sino también a quienes reciben población migrante en otras latitudes, como es el caso de varios países sudamericanos. En consecuencia, las condiciones de ingreso y permanencia en el territorio deberían ser revisadas con base en los principios fijados tanto en la legislación vigente (casos de Argentina, Ecuador y Uruguay), como en los posicionamientos políticos realizados a nivel regional.

b) Ahora bien, la cuestión aun más compleja que se advierte al examinar la decisión 64/10 (y algunos de los antecedentes mencionados) a la luz de ciertos posicionamientos regionales y, en especial, de las leyes migratorias ya citadas, es la de la atribución de derechos humanos, por un lado, a todas las personas migrantes, y por el otro, únicamente a los nacionales de los Estados Partes.

(44) En la VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones (Montevideo, 2008), los Estados enfatizaron "la importancia de que los países desarrollados adopten políticas necesarias para evitar que las asimetrías económicas internacionales, los multimillonarios subsidios que distorsionan la competitividad, la falta de apertura de sus mercados a los productos de los países en desarrollo profundicen las causas de las migraciones, esto es la pobreza estructural, la exclusión social y la desigualdad de oportunidades".

Nuevamente, los ejemplos de las leyes de Argentina y Uruguay son los indicados para ilustrar esta situación. En relación con los derechos sociales de las personas migrantes, la ley argentina establece: "Artículo 6° - El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia. art. 7 - En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria". El art. 8 regula con idéntica amplitud el derecho a la salud.

Con el mismo criterio, la ley migratoria de Uruguay dispone: "Artículo 8°.- Las personas migrantes y sus familiares gozarán de los derechos de salud, trabajo, seguridad social, vivienda y educación en pie de igualdad con los nacionales. Dichos derechos tendrán la misma protección y amparo en uno y otro caso. Artículo 9°.- La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud. Las autoridades de dichos centros implementarán los servicios necesarios para brindar a las personas migrantes la información que posibilite su regularización en el país". El art. 11 brinda los mismos niveles de protección al derecho a la educación.

Ambas leyes reconocen la plena igualdad de los derechos sociales entre las personas nacionales y extranjeras, enfatizando especialmente que la irregularidad migratoria no puede ser un obstáculo para el ejercicio de esos derechos en igualdad de condiciones. Se trata, sin dudas, de un cambio trascendental. Y, como es fácilmente observable, en esas cláusulas no se hace ninguna distinción según si las personas migrantes sean nacionales de los países del MERCOSUR o de otros. El criterio adjudicador de derechos no es la nacionalidad sino, siguiendo principios básicos de derechos humanos, la persona.

Por tal razón, y con independencia de la cuestión de la circulación y residencia (y su eventual definición a futuro en el plano regional), el dilema aquí radicaría en si la ciudadanía del MERCOSUR podría generar algún conflicto o contradicción a partir de dispositivos que limitan algunos de esos derechos (salud, educación) con base en la nacionalidad. Ante eventuales conflictos, bastaría con aplicar ciertos principios del derecho internacional de derechos humanos (como el principio *pro persona*) para evitar que un marco más restrictivo (regional) pudiera ser invocado para justificar un tratamiento menos protector que el provisto por la legislación nacional. Sin embargo, ello no impediría dos situaciones complejas y delicadas.

En primer lugar, el hecho que se produzca tal contradicción es una situación conflictiva en sí misma que podría derivar en un sinnúmero de prácticas que —de facto— supongan la vulneración de derechos en razón de la nacionalidad de la persona. Y, en segundo lugar, no imposibilitaría que ante cambios políticos en el plano nacional, algunos gobiernos modifiquen sus normativas internas con el objetivo de “adecuarlas” a estándares más restrictivos que estén en vigor en el ámbito regional.⁽⁴⁵⁾ Es verdad que en este caso se podrían dar respuestas desde un enfoque de derechos humanos —por ejemplo, con el principio de no regresividad—, pero es aun más cierto —o realista— que las medidas regresivas en materia de derechos humanos son moneda corriente en diferentes países y regiones.

Por otra parte, cabe mencionar que en los casos de Brasil y Paraguay, aun cuando sus normativas están —en mayor o menor medida— desfasadas en el tiempo y presentan diversos problemas en materia de reconocimiento de derechos,⁽⁴⁶⁾ lo cierto, y lo relevante en el marco de este trabajo, es que no hacen ninguna distinción en cuanto a la nacionalidad de las personas migrantes a la hora de reconocer derechos.

(45) Sin ir más lejos, eso es lo que ha sucedido en algunos países europeos, los cuales han modificado sus leyes migratorias a fin de introducir cambios más restrictivos aceptados en el seno de la Unión Europea. Es el caso del aumento del período de detención migratoria en ciertos países, que utilizaron como argumento —excusa— la adopción de la Directiva de Retorno.

(46) Al respecto, véase CERIANI CERNADAS, PABLO, “Luces y Sombras en las legislación migratoria latinoamericana”, en op. cit.; y UNICEF y UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS, “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección”, Panamá, 2010.

Finalmente, en cuanto a los derechos políticos, también nos encontramos con una situación que, en alguna medida, es similar a la planteada respecto de los derechos sociales. La normativa vigente en los países del MERCOSUR en materia de reconocimiento de derechos políticos —sufragio activo y pasivo— de personas extranjeras, varía de país a país. Más precisamente, varía incluso entre las diferentes jurisdicciones de cada país, según si hablamos del ejercicio de esos derechos a nivel nacional, provincial o municipal. Mientras que en algunos países, luego de determinados años de residencia, los extranjeros tienen iguales condiciones en el ejercicio de estos derechos; en otros, se encuentran limitados al plano local, o bien únicamente al sufragio activo, pero sin posibilidad de ser elegidos.⁽⁴⁷⁾

De todas maneras, lo importante es que en todos los casos en que estos derechos son reconocidos a las personas extranjeras (sea a nivel local o nacional), ese reconocimiento no distingue según la nacionalidad. En la región no existen antecedentes en los cuales se otorguen derechos políticos únicamente a los nacionales del MERCOSUR o Sudamérica. Por esta razón, una eventual consagración de estos derechos de manera exclusiva a quienes gozaran de la “Ciudadanía del MERCOSUR”, podría generar conflictos normativos, contradicciones y, peor aun, medidas regresivas y excluyentes (en términos de participación política), que en nada beneficiaría la integración de los y las inmigrantes en un país, la calidad democrática y la consolidación del Estado de derecho.

5.2. Hipótesis de mediano y largo plazo

Al examinar algunas leyes vigentes en países del MERCOSUR, hemos adelantado cómo el contraste entre estas normas y el contenido de la decisión 64/10, podría derivar en un escenario complejo, en detrimento de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, e incluso, en situaciones de discriminación entre diferentes categorías de migrantes, según su nacionalidad. Ahora nos limitaremos a esbozar algunas hipótesis sobre situaciones que ello podría generar, especialmente en el mediano y largo plazo. En cierta forma, podrían plantearse dos tendencias: una que profundizaría la igualdad de derechos, incluyendo el de libre circulación, y otra, al contrario, que propugnaría una igualdad anclada en la naciona-

(47) Para un análisis más detallado sobre este tema, ver CERIANI CERNADAS, PABLO, “Un enfoque de derechos humanos a los derechos políticos de migrantes en España: la ilegitimidad del principio de reciprocidad”, en J. De Lucas y Ángeles Solanes (coords.), *Derechos Humanos e Integración Política de los Inmigrantes*, Madrid, Dykinson, 2009b, pp. 481/520.

lidad, es decir, un criterio excluyente. Ante ello, cabe plantearse cuál de estas tendencias podría consolidarse en los próximos años (o décadas). A este interrogante podrían agregarse otras variables, como algunos cambios en los flujos migratorios hacia la región, o una situación de crisis económica profunda en algún país o en la región.

En el primer caso, ante un eventual escenario de crecimiento de la inmigración proveniente de otras regiones (por ejemplo, de algunos países africanos o asiáticos, o incluso de otros países latinoamericanos), ¿qué consecuencias podría generar un modelo que priorice determinadas nacionalidades para el reconocimiento de derechos y para poder ingresar al territorio y obtener un permiso de residencia? En ese escenario, ¿cómo se gestionaría la diversidad cultural y se diseñarían políticas de integración, siendo que no todos los habitantes tendrían iguales derechos?

También podría darse, como sucede en varios Estados Miembros de la Unión Europea, que algunos migrantes "extra-mercosur" tengan un estatus jurídico que les permita acceder a un catálogo de derechos más amplio que personas de otros países de origen. A modo de ejemplo, cabe imaginar un acuerdo entre países del MERCOSUR y de Centroamérica, o México, que reconozca recíprocamente ciertos derechos que no son extensibles a personas de otras nacionalidades. O, sin ir más lejos, y en caso que entrara en vigor el Estatuto de Ciudadanía con las características definidas en la decisión 64/10, en Argentina se daría la situación de que los nacionales de países asociados al MERCOSUR también gocen del estatus privilegiado que brindaría la ciudadanía regional. Como en los Estados de la UE, estaríamos tendiendo a una ciudadanía estratificada con base en la nacionalidad de cada persona que integre una sociedad.

Es cierto que en la actualidad las cifras de migrantes en la región que no provengan de los países que la integran, no es significativamente alta. Es más, podría decirse que las medidas que (a nivel nacional y regional) han favorecido la circulación de los nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR han sido una respuesta de enorme relevancia, necesaria, progresiva y realista, y entre otros efectos han permitido la regularización migratoria de cientos de miles de personas.⁽⁴⁸⁾ La amplísima mayoría de las

(48) El caso más importante es el de Argentina, que a través de su cambio de ley migratoria, reconoció el derecho de los nacionales de países del Mercosur y asociados, a residir en el país por el plazo de 2 años, luego del cual se les concede una residencia definitiva (art. 23, inc. I, de la ley 25.871). Asimismo, en el año 2006 inició la implementación de un

personas que se desplazan en la región o migran hacia uno de sus países, son parte de flujos intra-regionales, y por lo tanto, resulta razonable (y deseado) que esa migración no encuentre trabas, ni en su proceso migratorio ni, luego, en el ejercicio de derechos en el país de destino.

Asimismo, podría argumentarse que, a diferencia de Europa, en Sudamérica la migración intra-regional responde en buena medida a las causas y condiciones de la migración que se produce desde esta región hacia territorio europeo. Mientras la libre circulación dentro del Espacio Schengen se da entre países y sociedades que tienen condiciones de vida con ciertas similitudes,⁽⁴⁹⁾ en Sudamérica pueden encontrarse asimetrías bien significativas, así como elevadas tasas de exclusión, desempleo y pobreza en diversos países. Por ello, también es encomiable la facilitación de la migración entre los países de la región, ya que más allá de su compatibilidad con objetivos de integración regional (política, económica, social, etc.), lo cierto es que contribuye a establecer un paradigma interesante y progresivo frente a la migración producida mayoritariamente por razones socio-económicas, o mejor dicho, por la privación de derechos fundamentales en sus países de origen.

Ahora bien, siguiendo con la hipótesis planteada, los avances en torno a la migración dentro de la región no resultan óbice para cuestionar las falencias o contradicciones existentes en cuanto al tratamiento de las personas migrantes que provienen de otras regiones. Y sea que aumente o no su número en el futuro, debe destacarse que en diversos países, la migración extra-regional se ha incrementado de un modo notable, así como la diversidad de los países de origen. A modo de ejemplo, la presencia de migrantes desde naciones asiáticas o africanas (entre ellas, China, Senegal) o caribeñas (Cuba, Haití, República Dominicana) es un hecho crecientemente incontestable en países como Argentina y Brasil.

En la segunda hipótesis —cambios políticos en los países de la región—, cabe preguntarse sobre un eventual cambio regresivo en leyes migratorias

Programa de Normalización Documentaria ("Patria Grande"), dirigido a las personas de esas nacionalidades que vivían en el país sin una situación migratoria regular.

(49) Por supuesto, esta afirmación es relativa. De hecho, la incorporación a la UE de Bulgaria y Rumania generó diversos debates al respecto. Pero, avalando lo dicho sobre la diferencia que supone la libre circulación en una y otra región, cabe recordar los obstáculos que numerosos Estados Miembros de la UE impusieron a personas de esos dos países para garantizarles plenamente todos los derechos incluidos en la condición de ciudadanía europea.

aprobadas en la última década. Y qué ocurriría, por ejemplo, en tiempos de crisis, ¿se recurriría, como se verifica actualmente en la UE, a iniciativas regresivas, sino directamente excluyentes, discriminatorias o, incluso, represivas? O, a contrario de ello, ¿la región podría diseñar un modelo centrado en la igualdad de derechos, en el cual la ciudadanía, así como los problemas sociales y económicos de la sociedad, estén disociados de la nacionalidad de las personas que componen una comunidad? En este escenario, cabe destacar con De Lucas que es precisamente en tiempos de crisis cuando debe profundizarse la defensa de los derechos de quienes están en mayor situación de vulnerabilidad, como la población migrante. Estas situaciones exigen más que nunca una apuesta decidida por políticas públicas que aseguran la satisfacción de necesidades básicas a todos los seres humanos y no sólo a los “ciudadanos”.⁽⁵⁰⁾

Los países de la región ya cuentan con antecedentes de manifestaciones de xenofobia y rechazo a la población migrante, con especial intensidad en contextos de crisis económicas, sociales y políticas⁽⁵¹⁾. Por ello, los mecanismos que los países y la región adopten para regular el ingreso y la permanencia —en especial, las condiciones de esa permanencia en términos de derechos—, resultan vitales para promover una integración intercultural que prevenga esta clase de actitudes y particularmente, que evite esos cambios regresivos.

En igual sentido, en la hipótesis que el Estatuto de Ciudadanía plantea con base en la decisión 64/10, es importante examinar bajo qué criterios sería posible —para migrantes de otros países— ingresar y residir en un Estado Parte. ¿Contrato de trabajo? Si así fuera el caso, y algunas prácticas actuales en la región así lo indican, no estaríamos ante una situación que se diferencia de lo que se ha llamado, en el contexto europeo, la lógica instrumental. Esto es, políticas migratorias que se caracterizan por la reducción de la inmigración a una cuestión estadística (porcentaje de mano de obra que necesita coyunturalmente el mercado de trabajo), o a una cuestión de orden público, de riesgo para la seguridad o para la identidad; un regateo en los derechos universales que se conceden a las

(50) DE LUCAS, JAVIER, “La lógica jurídica de las políticas de inmigración y asilo en tiempos de crisis”, en Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería, Octubre 2010 - Septiembre 2011, Mód. Introductorio, Unidad 3.2.

(51) Para el caso de Argentina, ver GIUSTINIANI, RUBÉN (comp.), *Migración: Un derecho humano*, Bs. As., Ed. Prometeo, 2004.

personas migrantes según su contribución a la sociedad de acogida (por ejemplo, como trabajador); la imposición de obstáculos para el acceso a una residencia legal o su renovación; un alto nivel de discrecionalidad (y arbitrariedad) administrativa y, en general, un esquema de derechos basado en la desigualdad y la vulnerabilidad.⁽⁵²⁾

En relación con el impacto que tendría una lógica excluyente que establezca catálogos diferenciados de acceso a derechos humanos, cabría hacer una pequeña observación sobre una cuestión que, al menos en el largo plazo, podría reducir las implicancias negativas. Nos referimos a la vigencia del principio *Ius Soli* en todos los países de la región, por el cual los hijos e hijas de migrantes nacidos en su territorio adquieren la nacionalidad de ese país. Ello, de alguna manera, facilitaría la integración de las familias de migrantes, el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, e, incluso, el acceso a una residencia y, eventualmente, a la libre circulación por otros países de la región.⁽⁵³⁾

De todas formas, ello no evitaría las restricciones que podrían operar para ingresar efectivamente al territorio, evitar ser objeto de una medida de expulsión, o acceder a una residencia, previo a la constitución de una familia en el país. Tampoco sería un obstáculo para que la desigualdad de los derechos afecte de manera grave las condiciones de vida de las personas migrantes que no pueden regularizar su situación migratoria. Una situación de profunda privación de derechos y exclusión social podría tener un impacto determinante en las condiciones de vida y el desarrollo de sus hijos, situación que no se revertiría fácilmente ni siquiera en caso de que nazcan en el territorio y adquieran la nacionalidad del país de nacimiento. Por lo tanto, volvemos nuevamente a los interrogantes centrales de este trabajo, acerca del problema que supone la sinonimia entre nacionalidad y ciudadanía, y la atribución de derechos fundamentales con base en esa ciudadanía selectiva y excluyente.

(52) DE LUCAS, JAVIER, "Globalización, Migración y Derechos Humanos. La inmigración como res política", en op. cit.

(53) A diferencia de los países del Mercosur, los criterios y el marco jurídico que determina el acceso a la nacionalidad del país de nacimiento o residencia no son iguales entre los diferentes países europeos. En tal sentido, Vink y de Groot ("*Citizenship Attribution in Western Europe: International Framework and Domestic Trends*", en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 5, Mayo 2010, vol. 36, pp. 713/734) distinguen al menos seis grandes tendencias o criterios de atribución de la nacionalidad en los países de Europa occidental: *Ius Sanguinis*, *Ius Soli*; múltiple nacionalidad; criterios de idioma e integración; prevención de la apatridia; y la creciente relevancia de la ciudadanía de la UE.

Un último interrogante, más inmediato, es en torno a la ampliación del Estatuto de Ciudadanía a los Estados asociados del MERCOSUR, abarcando prácticamente todo el continente sudamericano. La decisión 64/10 nada dice al respecto y habrá que aguardar los primeros pasos que se den en la elaboración del Plan de Acción. En cualquier caso, lo importante sería que fuera simultánea la incorporación de todos los países de la región al proceso de integración regional, dando también coherencia y eficacia a las propuestas realizadas en el marco de la UNASUR. Esto, más allá de todo lo señalado respecto de la cuestión de la ciudadanía, la nacionalidad y el mecanismo de adjudicación de derechos.

6. Apuntes finales

Sudamérica ha experimentado numerosos cambios en los últimos años, especialmente si se la compara con la situación existente en la última década del siglo pasado. Las mejoras obtenidas en el campo la economía, y más especialmente, en las condiciones de vida de una parte importante de su población (sin perjuicio del alto número que aún vive en situación de pobreza y exclusión), son un ejemplo de este cambio positivo que se ha producido, en líneas generales, en los países de la región.

A su vez, es importante destacar el avance de algunas iniciativas de integración regional, en particular en los aspectos sociales y políticos. La creación de la UNASUR, y la adopción de diversos acuerdos de índole social en el ámbito del MERCOSUR, también dan cuenta de ello. En ese contexto, los Acuerdos de Residencia (2002) y la decisión de elaborar un Plan de Acción para un Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR (2010), podrían considerarse aspectos muy positivos, y, en el primer caso, ya con un impacto destacable para la población migrante.

Sin dudas, puede considerarse legítimo, e incluso deseable, la adopción de iniciativas que consoliden los objetivos de integración regional, para lo cual resulta vital la facilitación del libre tránsito y la libre residencia a las personas migrantes de cualquier país de la región. Sin embargo, estos cambios, procesos y decisiones alentadoras no pueden diseñarse a costa de la negación de los derechos humanos de otras personas. Menos aun, si ello se contradice con principios y normas que los mismos Estados han incorporado en su legislación y han defendido enfáticamente en foros regionales y globales sobre migraciones.

La reciente iniciativa del MERCOSUR hace alusión de manera exclusiva a los nacionales procedentes de los Estados Miembros, al momento de proponer un estatus de ciudadanía regional que estaría acompañado del derecho a la libre circulación y a la igualdad de derechos (sociales y políticos) con los nacionales de los países de destino. Tal vez, reproduciendo un modelo de regulación de las migraciones —el europeo— iniciado hace unos veinte años, sobre el cual se ha verificado ampliamente su ineficacia y especialmente su drástica desconexión con principios elementales de derechos humanos, parecería no haberse comprendido debidamente la relación entre esa realidad y la creación de una ciudadanía excluyente.

Ello podría conducir, como en el caso de la UE, a la creación de “ciudadanías” de distintas categorías y (desiguales) derechos, que poco contribuirían a los objetivos de integración, inclusión social e igualdad que se proponen. Por ello, es sorprendente que en Sudamérica se propugne un modelo notoriamente similar, pese a que de manera creciente se ha cuestionado dicha acepción del concepto de ciudadanía, y consecuentemente, se ha propuesto la necesidad de otro paradigma. En ninguna otra región como la sudamericana la crítica a dicho modelo ha sido tan oportuna como enfática.

La formulación restrictiva de una propuesta tan relevante en materia de circulación de personas, colisiona con tendencias que progresivamente se han ido imponiendo en esta región en los últimos años en el campo de las migraciones. El reconocimiento —en algunas leyes de países de la región— del derecho humano a migrar y a la igualdad de derechos sin perjuicio de la nacionalidad y la condición migratoria, representa un hito fundamental de los últimos años, que es preciso no sólo preservar, sino consolidar y ampliar.

En la misma dirección, los principios y posicionamientos defendidos públicamente por los Estados de la región, constituyen un indicio rotundo sobre la posibilidad de desarrollar un nuevo paradigma en el enfoque que debe darse al fenómeno de la migración internacional: una verdadera mirada integral y comprehensiva (incluyendo causas y consecuencias de la migración) que tome la persona migrante como el centro de la política y se asiente sobre los principios y estándares de derechos humanos, en particular, la universalidad y la igualdad de derechos de todas las personas.

El escenario introducido por la decisión 64/10, en particular el proceso que se inicia a partir de ella (el Plan de Acción), resulta ser una oportunidad

única para dirimir este dilema: la profundización y consolidación de un modelo o paradigma nuevo en materia de políticas migratorias, o bien, la reproducción de un sistema excluyente y restrictivo que reconoce derechos diferenciados con base en la nacionalidad de la persona.

En los próximos años, a través del desarrollo y posterior implementación del Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR, la universalidad de los derechos humanos puede encontrar —una vez más— sus límites. O al contrario, puede hallar su efectiva realización, en su más amplio sentido, en una fórmula inédita hasta la actualidad.



Protección humanitaria complementaria a víctimas de desastres socio-ambientales: la respuesta jurídica al caso de los haitianos en Brasil⁽¹⁾

GABRIEL GUALANO DE GODOY⁽²⁾ y JANAÍNA GALVÃO⁽³⁾



1. Introducción

El impacto del terremoto que en enero del año 2010 asoló a Haití tuvo proporciones calamitosas, afectando aún más al país que ya pasaba por una profunda crisis económica y social.

(1) Este artículo no refleja necesariamente la opinión oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados sobre el tema. La primera versión del texto fue publicada en 2011, por GUALANO DE GODOY, GABRIEL, "El caso de los haitianos en Brasil y la vía de la protección humanitaria complementaria", en *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2011, pp. 309/329.

(2) Abogado (Universidade Federal do Paraná); Maestro en Derecho, Antropología y Sociedad por la *London School of Economics and Political Science*; Doctorando en Teoría del Derecho por la *Universidade do Estado do Rio de Janeiro*; Oficial de Protección de la Oficina del ACNUR en Brasil.

(3) Graduada en Comunicación Social por la *Universidade Federal de Minas Gerais*; Maestranda en Relaciones Internacionales por la Universidad Torcuato di Tella; Asistente Sénior de Soluciones Duraderas del ACNUR en Brasil.

En 2009, se estimaba que alrededor del 55% de los haitianos vivía con menos de 1,25 dólar al día, alrededor del 58% de la población no tenía acceso a agua potable y en el 40% de los hogares faltaba alimentación adecuada. Más de medio millón de niños entre las edades de 6 y 12 años no asistían a la escuela y el 38% de la población de más de 15 años era completamente analfabeta. Alrededor de 173 mil niños habían sido sometidos a la explotación como trabajadores domésticos y por lo menos 2.000 eran traficados anualmente a través de la República Dominicana o con destino final en ese país.⁽⁴⁾

Después del 12 de enero de 2010, el fuerte terremoto que sacudió directamente a la capital Puerto Príncipe y a las ciudades de Leogane y Jacmel dejó un rastro de devastación: 222.570 hombres, mujeres y niños murieron, alrededor de 300.572 fueron heridos, y se estima que 3,5 millones de personas en total fueron afectadas de alguna manera por ese acontecimiento.

De acuerdo con un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) elaborado ocho meses después de la catástrofe, para esa fecha todavía existían alrededor de 1,3 millones de personas desplazadas internamente viviendo en condiciones precarias en los 1354 campamentos y asentamientos en la capital y su entorno. Alrededor del 60% de la infraestructura gubernamental, administrativa y económica fue destruida. Más de 180.000 casas se derrumbaron o fueron dañadas y 105.000 quedaron completamente destruidas. Alrededor del 23% de todas las escuelas de Haití fueron afectadas por el terremoto. El 80% de las escuelas de Puerto Príncipe y el 60% de las escuelas en los estados Sur y Oeste fueron destruidas o dañadas.

El informe de 2011 de la ONG, *Human Rights Watch*, confirma la estimación de que más de 3 millones de personas fueron afectadas por el terremoto de 2010. De esas personas, por lo menos 1.600.000 fueron desalojadas⁽⁵⁾ y aproximadamente 680.000 personas también están desplazadas internamente, en Puerto Príncipe o en las demás áreas afectadas. De ese total, 166.000 personas corren riesgo de ser desalojadas.⁽⁶⁾ Otros miles de

(4) UNHCR, Haití, *Eight Months After the Earthquake*, UNHCR, octubre, 2010, p. 1. Para informaciones actuales sobre el desastre, ver: <http://reliefweb.int/taxonomy/term/5727>.

(5) ONG, *Human Rights Watch World Report 2011 on Haiti*. Ver texto en: <http://www.hrw.org/world-report-2011/haiti>

(6) Ver, por ejemplo, el reportaje del 8 de agosto de 2011 de la red Al Jazeera sobre el tema, denominada *Haiti's homeless displaced again: many earthquake victims have been evicted*

familias viven en asentamientos no planificados sin tener acceso a los servicios más básicos.

Sin embargo, el impacto del terremoto generó efectos más allá de estos lugares directamente afectados: se estima que por lo menos 661 mil haitianos abandonaron las ciudades afectadas para buscar abrigo en otras partes del país, incluyendo más de 160.000 que se mudaron a la región fronteriza con la República Dominicana y que, en su gran mayoría, fueron albergados en casas de familias, tanto en áreas urbanas, como rurales.

La República Dominicana fue el país indirectamente más afectado por el desastre. Algunos días después del terremoto, miles de haitianos heridos llegaron al país, conjuntamente con sus familias, buscando atención médica urgente, estimándose que alrededor de 4000 víctimas heridas salieron de Haití acompañadas por familiares y amigos en dirección a la República Dominicana, totalizando alrededor de 20.000 personas.⁽⁷⁾

El Servicio Jesuita a Refugiados para Latinoamérica y el Caribe ha llamado la atención también sobre el impacto regional del desplazamiento de los haitianos hacia América Latina,⁽⁸⁾ principalmente en Guyana Francesa, Venezuela, Ecuador, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Argentina y Brasil.

En este contexto, Brasil también ha recibido desde entonces personas de nacionalidad haitiana huyendo de su país como consecuencia de los efectos de aquel desastre natural, lo que presenta grandes retos para la protección de esta población.

De acuerdo con datos del Consejo Nacional de Inmigración, cerca de 6000 haitianos ingresaron a Brasil después del terremoto de enero de 2010. Por su parte, el Comité Nacional para Refugiados (CONARE) confirma que la gran parte de ellos solicitaron la condición de refugiado.

Según la información proporcionada por la propia población haitiana entrevistada⁽⁹⁾ en los estados de Amazonas y Acre, los principales puntos

by landowners trying to assert control of private land. Ver texto en: <http://english.aljazeera.net/news/americas/2011/08/20118834613681792.html>

(7) Ver reportaje de la red Al Jazeera, op. cit.

(8) LOUIDOR, WOOLLY E., "Los flujos haitianos hacia América Latina: Situación actual y propuestas", Servicio Jesuita a Refugiados para Latinoamérica y el Caribe (SJR LAC), 26 de mayo, 2011, p. 2. Ver texto en: http://www.entreculturas.org/files/documentos/estudios_e_informes/Flujos%20haitianos%20haciaAL.pdf

(9) Entrevista realizada por Gabriel Gualano de Godoy en enero de 2011.

de entrada de los haitianos fueron las ciudades de Tabatinga y Manaus en el estado de Amazonas, y Brasiléia y Epiaciolândia, en el estado de Acre. En general, el trayecto de los desplazados comenzaba en Haití, pasando por la República Dominicana para desde allí dirigirse a Panamá, después a Ecuador y a continuación al Perú, hasta llegar al Brasil. Otra ruta identificada continuaba desde Ecuador hasta Colombia para llegar finalmente a Brasil.

La recepción y acogida de estos haitianos fue inicialmente realizada por la sociedad civil, destacándose el trabajo de las pastorales sociales que integran la red solidaria para migrantes y refugiados.⁽¹⁰⁾

Distintos agentes públicos tenían dudas sobre el status migratorio aplicable a esta situación.⁽¹¹⁾ En febrero de 2011 grupos de trabajo del Gobierno visitaron las principales ciudades de acogida de la región norte para coordinar acciones de registro de esas personas, derivar los pedidos de la condición de refugiado y realizar exámenes médicos iniciales.

En síntesis, la importancia y la gran cantidad de desafíos generados por el desplazamiento de ciudadanos haitianos a los países de Latinoamérica y el Caribe amerita un estudio específico de esta situación, de los contextos y las diferentes respuestas adoptadas a nivel nacional.

Analizar en profundidad este fenómeno no sólo puede resultar de utilidad frente a la situación concreta del desplazamiento reciente de haitianos a la región, sino también para contribuir con el estudio sobre el desplazamiento a causa de desastres socio-ambientales,⁽¹²⁾ estudio éste que se presenta como un gran desafío a nivel americano pero también a nivel global.

(10) La Red Solidaria para Migrantes y Refugiados incluye a alrededor de 50 organizaciones diseminadas por todo Brasil. Más informaciones en: <http://www.migrante.org.br/IMDH/default.aspx>

(11) Ése fue exactamente el tema de la audiencia pública organizada por el Ministerio Público Federal de Acre, el 4 y el 5 de mayo de 2011. Para más información, ver: http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=254:audiencia-publica-discutira-situacao-juridica-de-haitianos-em-solo-brasileiro&catid=10:noticias&Itemid=58

(12) Damos preferencia aquí al término “desastres socio-ambientales” en lugar de “desastres naturales”, teniendo en consideración la perspectiva adoptada por el Banco Mundial en 2011 según la cual, aunque las amenazas puedan ser naturales, los desastres son productos de la vulnerabilidad social o comunitaria y se relacionan con el nivel de desarrollo económico de cada sociedad. La gravedad del desastre es proporcional a las limitaciones de la capacidad para reducir sus efectos, es decir, las vulnerabilidades socio-ambientales. Entre estas vulnerabilidades, puede mencionarse la precariedad de los medios de vida y el agravamiento de la exposición a las amenazas debido a la degradación del medio ambiente, Para más informaciones, ver: WORLD BANK (2011), www.worldbank.org.

Con este objetivo, en este artículo se abordan la experiencia y la respuesta elaborada hasta la actualidad por Brasil frente a la recepción de miles de haitianos y haitianas.

Para ello, a continuación se analizan cuáles son las obligaciones del Estado brasileño respecto de la protección a los haitianos que llegan al país conforme el marco jurídico nacional e internacional del que es parte, así como se exploran los fundamentos, criterios y consecuencias de la extensión de estatuto de protección humanitaria complementaria.

2. El enfoque de derechos humanos

El análisis sobre la pertinencia de una respuesta de protección a la llegada de haitianos y haitianas a Brasil debe tomar como punto de partida un enfoque de derechos humanos basado en las herramientas que el marco jurídico internacional y nacional en la materia suministra.

Tanto el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁽¹³⁾ como el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽¹⁴⁾ hacen mención a la libertad de circulación y al derecho de salir del país de origen. Esta formulación encuentra respaldo también en el ámbito regional.

El art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sobre libertad de circulación destaca el principio de no-devolución o *non-refoulement*,⁽¹⁵⁾ y subraya que está prohibida la práctica de expulsiones colectivas de extranjeros en su inc. 9.

(13) Art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a la libertad de locomoción y residencia dentro de las fronteras de cada Estado". Ver texto en: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm

(14) Art. 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá el derecho de circular libremente en él y de escoger su residencia.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso de su propio país.
3. Los derechos anteriormente mencionados no pueden ser restringido sino en virtud de una ley, con la intención de proteger la seguridad nacional y el orden público, la moral o la salud públicas, así como los derechos y libertades de los demás y que sean compatibles con los otros derechos reconocidos en el presente pacto.
4. Nadie podrá ser privado arbitrariamente del derecho de entrar a su propio país".

Ver texto en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm

(15) Art. 22 (8) de la Convención Americana de Derechos Humanos: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o entregado a otro país, sea o no de origen, donde su derecho

La obligación general de no-devolución se expresa en una serie de otros instrumentos internacionales, tales como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 33), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 3) e, incluso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7).

Además de establecer en términos generales un límite para la acción del Estado, ese principio sirve en particular como guía para orientar a Brasil⁽¹⁶⁾ sobre lo que no debería hacerse con los más de 6 mil haitianos que llegaron al país.

Esa línea de razonamiento es coherente con la posición doctrinaria de Jane McAdam quien afirma que, aunque no exista un consenso sobre el concepto del término "protección" a la luz del derecho internacional, la regla de *non-refoulement*, común a diferentes tratados de derechos humanos, puede ser interpretada de manera más amplia.⁽¹⁷⁾

Para McAdam, por ende, derivado de las obligaciones estatales de *non-refoulement*, el concepto de "protección complementaria" existe justamente para conferir la protección humanitaria a las personas que no son consideradas refugiadas *stricto sensu* de acuerdo con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.⁽¹⁸⁾

En ese sentido, es posible pensar que, en circunstancias excepcionales, el retorno a los países de origen de ciudadanos que huyeron de catástrofes naturales llegue a un nivel de gravedad equiparable al tratamiento inhumano, creándose las condiciones para que la protección amplia de *non-refoulement* basada en los instrumentos de los derechos humanos sea aplicable.⁽¹⁹⁾

a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación por causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas". Ver texto en: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.html.

(16) El Estado brasileño forma parte del sistema interamericano y ratificó la CADH el 25 de septiembre de 1992.

(17) McADAM, J., *Complementary protection in international refugee law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 22.

(18) En este sentido, a pesar de que los Estados sean soberanos para definir su política migratoria, es necesario que el derecho internacional de los derechos humanos funcione como parámetro para indicar los límites de la razón de Estado. Además, cabe subrayar que los Estados tienen la responsabilidad principal de proteger a las personas que están bajo su jurisdicción, independientemente del status migratorio que se les imputa.

(19) A la par de los descriptos hasta aquí, varios Estados signatarios de la Convención de 1951 adoptaron medidas de protección complementaria por medio de mecanismos

El enfoque de derechos humanos sugiere que los Estados cuenten con mecanismos sensibles de identificación de los diferentes perfiles de personas, sus necesidades y las consecuentes respuestas distintas para cada contexto. Esto es particularmente relevante al buscar fortalecer la capacidad de protección en situaciones de flujos migratorios mixtos, en que migrantes, refugiados, víctimas de desastres socio-ambientales, víctimas de trata y tráfico de personas, niños no acompañados e, incluso, redes criminales muchas veces utilizan las mismas rutas de acceso a un país. Se trata de ver el escenario sin el sesgo de seguridad nacional o de criminalización de la migración irregular, entendiendo como incumbencia primordial del Estado su responsabilidad de protección a las personas que se encuentran en su territorio, estén ellas documentadas o no.⁽²⁰⁾

Preocupados por la situación de Haití, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, António Guterres, y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, Navanethem Pillay, hicieron un comunicado solicitando a los países que no retornasen haitianos contra su voluntad:

“A pesar de las recientes elecciones y de las perspectivas positivas que indican la recuperación del país, el Estado haitiano continúa debilitado por el terremoto y todavía no se puede asegurar que las personas vulnerables o con deficiencia, las personas con problemas de salud o víctimas de abusos sexuales, recibirán la asistencia apropiada, en caso de retornar a Haití. En este contexto, los Gobiernos deberían abstenerse de llevar adelante retornos a Haití”.⁽²¹⁾

En el ámbito regional, una contribución muy relevante para la perspectiva de protección puede ser encontrada en la Opinión consultiva n° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la Condi-

constitucionales que van más allá de las garantías de tratados de derechos humanos. En este sentido, ver AKRAM, SUSAN, M y REMNEL, TERRY, *Temporary Protection for Palestinian Refugees: a Proposal*, 52 DePaul Law Review 110, 2004.

(20) En ese sentido, ver MURILLO, JUAN CARLOS, “A Proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos”, en *Refúgio, migrações e cidadania. Caderno de Debates*, n° 3, Brasília, ACNUR; IMDH, 2008, p. 27. Ver texto en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Caderno_de_Debates_3.pdf?view=1

(21) UNHCR, OHCHR, *Joint Return Advisory Update on Haiti*. UNHCR-OHCHR, 9 de junio de 2011. Ver texto en: www.unhcr.org/4e0305666.html

ción Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados.⁽²²⁾ El dictamen fue solicitado por el Estado de México en función de la preocupación creciente de este país frente a las violaciones de derechos humanos cometidas contra migrantes, especialmente contra los trabajadores migrantes indocumentados. Se trataba, por lo tanto, de cuestionar la práctica de la subordinación de los derechos laborales al *status* jurídico migratorio del trabajador.

De esa manera, la cuestión principal era definir si esa subordinación sería compatible con las obligaciones de los Estados de garantizar los principios de no discriminación e igualdad jurídica, ambos consagrados en la CADH. Otro punto discutido se refirió al carácter que tiene actualmente el principio de no discriminación y la garantía de la isonomía legal, de acuerdo con la jerarquía establecida por el Derecho Internacional.

En respuesta, la Corte IDH afirmó en su Opinión consultiva n° 18, por primera vez, que el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. Al contrario, dicha categoría se ha ampliado y manifestado incluso en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados y también “ha incidido, en última instancia, en las propias bases del ordenamiento jurídico internacional”⁽²³⁾. La Corte IDH, unánimemente, consideró que los principios de igualdad y no discriminación pueden ser considerados como normas imperativas del derecho internacional general. En este sentido, al considerarlo también una norma del derecho internacional consuetudinario, serían aplicables a todos los Estados, independientemente del hecho de que ellos formen parte o no de un determinado tratado.

Además, la Corte IDH afirmó que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o de extranjeros,⁽²⁴⁾ así como remarcó que los trabajadores migrantes en situación irregular, por encon-

(22) Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, serie A, n° 18.

(23) Opinión consultiva OC-18/03, párr. 99.

(24) Opinión consultiva OC-18/03, párr 148: “El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador / trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.

trarse en situación de particular vulnerabilidad, debían ser especialmente protegidos. Con ese objetivo, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que tales derechos sean reconocidos y garantizados en la práctica.⁽²⁵⁾

Al adoptar esta posición, la Corte IDH establece que los Estados-parte del Pacto de San José de Costa Rica, como también es conocida la CADH, tienen la obligación general de respetar la igualdad y garantizar la no discriminación. Dichos derechos deben ser vistos en conjunto, porque están intrínsecamente vinculados; o sea, el derecho a la igualdad es respetado por medio de la garantía de no discriminación y ambos son indispensables para la protección de los derechos humanos.

De esta manera, los países americanos deberían adecuar sus leyes nacionales a los principios y reglas consagrados en el ámbito del derecho internacional. De la importancia de dichas normas surge la obligación de los Estados, a la luz de la CADH, de combatir conductas discriminatorias. Para la Corte IDH se trata de norma de eficacia *erga omnes*, afectando a todas las personas que estén en el territorio y sujetas a la jurisdicción de un determinado Estado, no teniendo importancia el hecho de ser nacionales o extranjeros, incluso cuando estén en situación irregular. Esa interpretación es también compatible con la postura académica defendida por Loretta Ortiz Ahlf.⁽²⁶⁾

En el ámbito interno, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 ofrece los fundamentos para esa misma interpretación. Esto sucede porque la Constitución reconoce la dignidad humana como fundamento de la República, ya en su art. 1, III. Entre los principios que rigen a Brasil en sus relaciones internacionales, se destaca la prevalencia de los derechos humanos, la igualdad entre los Estados, la resolución pacífica de los conflictos, el repudio al racismo, la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad y la concesión del asilo político. El pá-

(25) Opinión consultiva OC-18/03, párr 160: "La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos."

(26) ORTIZ AHLF, LORETTA. *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 65/66.

rrafo único del art. 4 determina, también, que el país busca la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones. En lo que atañe a los derechos y garantías fundamentales, la Constitución es muy explícita y dispone en su art. 5 que todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes⁽²⁷⁾ en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad.

Tomando en cuenta, además de las obligaciones a la luz de la CADH y de la Constitución Federal, la especificidad del contexto de Haití y, en un nivel más general, la propia responsabilidad del Estado brasileño como líder de la misión de la ONU de estabilización de Haití (MINUSTAH),⁽²⁸⁾ la respuesta brasileña dada oficialmente ha demostrado estar comprometida con un enfoque de derechos y con un análisis de las necesidades de protección de las personas en este caso específico. Los diferentes regímenes jurídicos de protección —Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario—,⁽²⁹⁾ y sus relaciones con la legislación nacional han sido interpretados de manera complementaria, colocándose las bases para un sistema de protección integral.

Esa perspectiva constitucional de protección de los nacionales y extranjeros es coherente con los dispositivos de la CADH y sus principios deben orientar la aplicación de la legislación específica en Brasil.

3. Breve análisis del marco de protección internacional para los desplazados por desastres naturales

En las últimas dos décadas ha aumentado significativamente la frecuencia de desastres socio-ambientales. Mientras en los '90 fueron registrados cer-

(27) Se propone que la locución "extranjeros residentes" sea interpretada en el sentido de incluir a todo y cualquier extranjero, con base en el principio constitucional de la isonomía ("sin distinción de cualquier naturaleza", dice la Constitución de la República de 1988).

(28) El ejército brasileño encabeza el componente militar de la MINUSTAH desde el establecimiento de dicha misión, el 30 de abril de 2004. El mandato de la MINUSTAH fue extendido hasta el 15 de octubre de 2011, de acuerdo con la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas n° 1944. Ver texto en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1944%20\(2010\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1944%20(2010))

(29) CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO A., Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997, Volumen I, p. 486.

ca de 296 desastres naturales, en 2010 ocurrieron cerca de 428, que afectaron a 257 millones de personas y desplazaron a 42 millones solamente en 2010.⁽³⁰⁾ En 2011, cerca de 36 millones de personas fueron desplazadas por desastres naturales, siendo que 20 millones los hicieron por factores relacionados a cambio climáticos.

Entretanto, cuando personas que están seriamente en riesgo huyen de la devastación causada por desastres socio-ambientales, la *praxis* de los Estados indica que el derecho de cruzar fronteras internacionales en busca de seguridad hasta que la amenaza en el país de origen sea erradicada todavía no ha sido reconocido. Los tratados de derechos humanos pueden ser aplicables a algunas situaciones, pero el hecho de que la protección a las víctimas de desastres naturales todavía no haya logrado aprobación internacional es un vacío, tanto en su aspecto legal como práctico.⁽³¹⁾ Para atender esos casos paradigmáticos, sería necesario desarrollar medidas complementarias de protección.

El alcance de la definición de refugiados de la Convención de 1951 un tiempo atrás venía siendo identificado como un factor limitador para una protección integral a las víctimas de desplazamientos forzados.⁽³²⁾ En este

(30) TERMINIELLO, JUAN PABLO, "Los Desastres Naturales, el Cambio Climático y la Protección de los Derechos Humanos: Realidades y Desafíos Frente al Desplazamiento Forzado", en *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2011, pp. 131/176.

(31) Ver: McADAM, JANE, "Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer", en *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, n°1, enero, 2011, p. 1; KÁLIN, WALTER, "The Climate Change – Displacement Nexus", en *Panel on disaster risk reduction and preparedness: Addressing the Humanitarian Consequences of Natural Disasters*, ECOSOC Humanitarian Affairs Segment, 16 de julio de 2008. Ver texto en: http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx

(32) Mientras las personas que se vean afectadas por el cambio climático puedan necesitar asistencia internacional, el término "refugiados climáticos" es incorrecto desde el punto de vista legal. De hecho, el ACNUR tiene restricciones con relación al término, ya que no encuentra respaldo en el Derecho Internacional de los Refugiados. "Refugiado" es un concepto que conlleva derechos y deberes y, de acuerdo con la Convención de 1951, se refiere específicamente a las personas que fueron obligadas a dejar sus países de origen debido a un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, por pertenecer a un determinado grupo social o por sus opiniones políticas. Para el ACNUR, la extensión de las provisiones de la Convención de 1951 para incluir a las víctimas de cambio climático o desastres socio-ambientales podría llevar a la renegociación de la Convención y a un retroceso en los padrones de protección internacional de los refugiados. Entretanto, el ACNUR reconoce que personas que se desplacen por causas ambientales o por desastres socio-ambientales pueden necesitar asistencia humanitaria o protección internacional, pero cree que no sería la mejor opción incluir estas personas bajo el marco jurídico existente para

contexto, y con la intención de promover interpretaciones más modernas frente a las nuevas demandas de protección internacional, el ACNUR ha realizado un proceso global de consultas sobre protección de refugiados. Uno de los resultados de esta iniciativa fue la elaboración de una “Agenda para Protección”,⁽³³⁾ que está orientando las acciones de los Estados, del ACNUR y de sus aliados para la protección de refugiados. Las líneas generales de orientación que son el resultado de este proceso ayudaron a modernizar la interpretación y aplicabilidad del régimen de la Convención de 1951 en áreas importantes. Pero tales soluciones serán adoptadas de modo más efectivo en la medida en que nuevas herramientas de protección sean concebidas en el ámbito nacional.

Siguiendo esa línea estratégica, el ACNUR ha incentivado un abordaje más creativo para la regulación de canales de migración como una alternativa para responder a necesidades de corto o mediano plazo de su población de interés por razones de tensiones socioeconómicas o desastres naturales. La vinculación entre aliviar la presión sobre los sistemas de refugio y crear canales más accesibles que posibiliten la migración temporal parece ser relevante en un contexto en que las motivaciones para la migración son mixtas. En otras palabras, se afirma que las motivaciones son mixtas porque no siempre la línea divisoria entre el carácter voluntario o forzado de la migración puede ser fácilmente definida.

Siendo así, los flujos migratorios mixtos, incluyen, por definición, no sólo a los migrantes regulares, sino también a otros que pueden tener convincentes necesidades de protección de varios tipos: relacionadas con el refugio, con conflictos armados, con graves violaciones de derechos humanos o con una grave perturbación del orden público. De manera más general, y en reconocimiento del hecho de que los refugiados y no refugiados usan los mismos caminos y los mismos medios de partida, el ACNUR ha promovido activamente su “Plan de Acción de 10 puntos”.⁽³⁴⁾ En resumen, el plan fue concebido como un instrumento de planificación y gestión para gobiernos y organizaciones no gubernamentales, con el objetivo de asegurar que las personas que necesitan protección —refugiadas o no— la reciban,

la protección de refugiados. Para revisar la política del ACNUR para el tema del cambio climático, desastres naturales y desplazamiento, ver: <http://www.unhcr.org/4901e81a4.html>

(33) Agenda para la Protección. Ver texto en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1592

(34) ACNUR, *La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de Acción de 10 Puntos*, ACNUR Brasil, Enero de 2007. Ver texto en: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>

que quienes no necesitan de protección sean ayudados a regresar a casa, y que todas las personas sean tratadas con dignidad mientras las soluciones apropiadas son encontradas.

Es sabido que existe una tendencia a que estándares de desplazamiento forzado sean crecientemente impactados por factores ambientales, tales como crecimiento poblacional, disminución de recursos disponibles y desigualdad de acceso a ellos, conjuntamente con daños ecológicos y cambio climático. Desastres naturales fuerzan cada vez a más personas a desplazarse internamente o más allá de las fronteras de sus países. Otros también se desplazarán a través de fronteras internacionales por una combinación de factores que los dejan en situación muy vulnerable, al punto en que salir del país es más plausible que permanecer.

La perspectiva del ACNUR es que “el proceso del cambio climático —así como los múltiples desastres naturales que producirá—, con toda certeza, aumentará la magnitud y complejidad de la movilidad y el desplazamiento humano”.⁽³⁵⁾ En 2010, más de 2 millones de personas afectadas por desastres naturales recibieron los beneficios de intervenciones realizadas por el ACNUR.⁽³⁶⁾

Las implicaciones legales del desplazamiento forzado provocado por motivos ajenos a la persecución todavía no fueron ponderadas suficientemente. El cambio climático y los desastres socio-ambientales son potenciales amenazas a los derechos de millones de personas. En el caso de los haitianos, muchos de esos desplazados podrían tener necesidades de protección. A pesar de las reconocidas necesidades de protección de los forzados migrantes haitianos, es muy improbable que la Convención de 1951 o la ley 9474/97 sean aplicadas, o incluso aplicables.

4. El tratamiento de los inmigrantes haitianos en Brasil

A la luz de los principios del derecho internacional y de la legislación interna brasileña, tres principales escenarios fueron considerados inicialmente por el Estado brasileño hasta llegar a una solución humanitaria para la

(35) ACNUR, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, 14 de agosto de 2009. Ver texto en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ad7471b2.html>

(36) De acuerdo con el informe *Tendencias Globales 2010* lanzado por ACNUR el día 20 de junio de 2011. Ver texto en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7557>

situación de los haitianos. El primer escenario planteado fue el régimen tradicional del Estatuto del Extranjero, destinado a los inmigrantes que desean simplemente trabajar regularmente en Brasil. El segundo escenario estudiado fue el régimen de la Ley de Refugio, motivado por la característica forzada de la migración de los haitianos y siguiendo la eventual aplicación de la definición de refugiado recomendada por la Declaración de Cartagena. Finalmente, el tercer escenario analizado fue el de la protección humanitaria complementaria a los haitianos forzados a desplazarse en virtud de los efectos de un desastre natural.

Inicialmente, al verificar la llegada de miles de ciudadanos haitianos al territorio brasileño, el primer escenario fue considerado inadecuado porque esos haitianos no eran simplemente migrantes económicos sino que eran, en realidad, forzados a huir de su país de origen a raíz de una difícil situación humanitaria agravada por el terremoto y otros desastres sucesivos. Entre otros motivos, sus circunstancias de desplazamiento dificultaban la obediencia al trámite y los requisitos normales exigidos por el art. 4º del Estatuto del Extranjero,⁽³⁷⁾ lo cual era difícil de subsanar tomando en cuenta que la mayoría de las estructuras e instituciones de Haití se encontraban profundamente afectadas y en fase inicial de reconstrucción.

Por ende, la llegada de haitianos a Brasil demandó una reflexión renovada sobre escenarios no previstos claramente por la legislación migratoria en vigor en el país. El Estatuto del Extranjero, ley 6.815, del 19 de agosto de 1980 que reglamenta la migración a Brasil, data del período en que el país también vivía bajo una dictadura militar, presentando resquicios de la primacía de la perspectiva de la seguridad nacional en lo que se refiere a la cuestión migratoria. Como esa ley está desactualizada y poco ha servido para una mejor gestión de la movilidad humana en un contexto de globalización, el propio gobierno brasileño consolidó una nueva propuesta de ley de migraciones, más preocupada con la perspectiva de los derechos humanos y coherente con el régimen constitucional de protección de los extranjeros. El texto fue enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional el 18 de diciembre de 2009, día internacional del migrante, y se encuentra en la actualidad en trámite con el número 5655/2009.

(37) De acuerdo con el art. 4 de la ley 6.815/1980: "Al extranjero que pretenda ingresar al territorio nacional podrá ser concedida visa: I - de tránsito; II - de turista; III - temporal; IV permanente; V - de cortesía; VI - oficial; y VII - diplomática". Ver texto en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm

En el seminario “El Derecho de los Migrantes en Brasil”, realizado en Rio de Janeiro en mayo de 2012, el Secretario Nacional de Justicia y también Presidente del Comité Nacional para Refugiados, Paulo Abrão, presentó una visión positiva de la migración para el desarrollo económico, cultural y social de un país:

“Los inmigrantes en Brasil, así como el emigrante brasileño, consumen productos, pagan impuestos y deben disfrutar de la prestación de servicios públicos. Precisamos superar la óptica del extranjero como extraño, como enemigo y tratarlo como ciudadano global que ejerce el legítimo derecho de migrar”.⁽³⁸⁾

Buscando seguir esa línea de pensamiento, el Proyecto de ley 5655/2009 busca regularizar el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional; y los derechos, deberes y garantías del extranjero en Brasil, además de la Política Nacional de Migración del país. Esta nueva ley prevé también la transformación del Consejo Nacional de Inmigración (CNIg) en Consejo Nacional de Migraciones, que tendrá entre sus competencias también a los emigrantes brasileños. De acuerdo con el art. 3 del mencionado Proyecto de ley, “La política nacional de migración contemplará la adopción de medidas para regular los flujos migratorios con miras a proteger los derechos humanos de los migrantes, especialmente en razón de prácticas abusivas provenientes de su situación migratoria irregular”⁽³⁹⁾. Sin embargo, esas nuevas disposiciones todavía no fueron aprobadas por el Congreso y, por lo tanto, no podían ser invocadas para resolver el caso inmediato de los haitianos.

Además de estas dificultades presentadas por la legislación migratoria, en la práctica gran parte de la población haitiana, al ingresar al territorio nacional, solicitaba la condición de refugiado (especialmente en las regiones fronterizas de la región norte de Brasil).

Frente a este escenario, en vez de considerar el flujo de haitianos como una situación de migración voluntaria, Brasil tuvo que analizar la cuestión inicialmente dentro de su marco jurídico en materia de migración forzada.

(38) Gazeta Online, *Governo quer nova lei de imigração com foco em direitos*. Ver texto en: <http://glo.bo/L97r2n>

(39) Art. 3 del Proyecto de ley 5655/2009. Ver texto en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>

En general, las obligaciones de protección a los refugiados están positivizadas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que estableció una definición de refugiado internacionalmente acordada, así como la exigencia de que los refugiados no sean devueltos al país en que serían perseguidos o amenazados (principio del *non-refoulement*).⁽⁴⁰⁾

En el caso de Brasil, la legislación nacional sobre refugio, promulgada en 1997 con el número 9.474, contiene los mecanismos de protección de la Convención de 1951 sobre Refugiados, de su Protocolo de 1967, e incorpora también parte de la definición ampliada del término refugiado adoptada por la Declaración de Cartagena de 1984.⁽⁴¹⁾

De acuerdo con el art. 1 de la Ley brasileña de Refugio de 1997 se considera refugiado a todo individuo que:

“I - debido a fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país;

II - no teniendo nacionalidad y estando fuera del país donde antes tuvo su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él, en función de las circunstancias descritas en el inciso anterior;

III - debido a grave y generalizada violación de derechos humanos, sea obligado a dejar su país de nacionalidad para buscar refugio en otro país”.⁽⁴²⁾

(40) En los términos de esta Convención, se debe considerar como refugiado a cualquier persona que: “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (art. 1.c de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados). Ver texto en: <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>. Tomando en cuenta las graves consecuencias que la posible expulsión de un refugiado pueda tener, la Convención de 1951 prevé que tal medida solamente debería ser adoptada en circunstancias excepcionales y de impacto directo en la seguridad nacional o en el orden público de un país.

(41) Brasil es signatario de los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Refugiados: ratificó la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en 1960, y su Protocolo de 1967 en 1972, habiendo retirado las reservas a los arts. 15/17 en 1990.

(42) Art. 1 de la ley 9474/1997. Ver texto en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm

Según el Manual del ACNUR de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, la expresión “fundado temor de persecución” es esencial.⁽⁴³⁾ Para el análisis de la condición de refugiado, es necesario tomar en cuenta el miedo o temor del solicitante de refugio; se trata de un elemento subjetivo de la definición de refugiado. Sin embargo, las declaraciones de un solicitante no deben ser consideradas en abstracto, sino respaldadas en el contexto de la situación concreta y de las condiciones del país de origen. De acuerdo con el párrafo 38 del mencionado Manual: “La expresión ‘fundado temor’ contiene un elemento subjetivo y otro objetivo, y, para determinar si ese recelo fundado existe, deben ser tomados en consideración ambos elementos”. Generalmente, el temor del solicitante puede considerarse como fundado si fuera demostrado de manera razonable que su permanencia en el país de origen se volvió intolerable por motivos que constan en la definición, o que, debido a esos mismos motivos, sería intolerable que tuviese que regresar.

El Comité Nacional para Refugiados (CONARE) del Ministerio de Justicia es el órgano establecido por la ley 9474/97 para reconocer la condición de refugiado en Brasil. Además de las consideraciones generales sobre la interpretación del fundado temor de persecución, el examen de los miembros de CONARE acerca de las solicitudes presentadas por los haitianos fue enfocado también en el concepto ampliado de refugiado.

Las decisiones del Comité en casos precedentes apuntaron a tres condiciones relevantes para la aplicación del inciso III de la ley 9474/1997: la incapacidad total de acción del Estado; la carencia de paz duradera; o el reconocimiento de la comunidad internacional sobre la grave y generalizada violación de derechos humanos en el territorio o Estado en cuestión.⁽⁴⁴⁾ Asimismo, el solicitante debería demostrar que existe amenaza contra su vida, su seguridad o su libertad.⁽⁴⁵⁾ Finalmente, otro punto considerado

(43) ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, ACNUR Brasil, 2004, p. 19. Ver texto en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3391>

(44) LEO, RENATO ZERBINI RIBEIRO, “O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI”, en Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto (org.), *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*, Brasília, ACNUR e Ministério da Justiça, 2010, p. 89.

(45) La conclusión tercera de la Declaración de Cartagena propone considerar como refugiados a las personas: “... que hayan huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Ver texto en: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/>

fue que el concepto de refugiado de la Convención de 1951 no incluye los casos de víctimas de desastres socio-ambientales, a menos que éstas también tengan fundado temor de persecución por uno de los motivos referidos por la legislación sobre refugiados. Por lo tanto, la conclusión del CONARE fue que la protección de personas que no pueden volver a su país de origen debido a catástrofes naturales debería ser pensada en el marco de otro escenario, que esté más allá de la Convención de 1951 y de la Ley de Refugio brasileña.

En mediados de 2011 el Servicio Jesuita a los Refugiados (SJR) abogó por la aplicación de la definición ampliada de refugiado al solicitar a los gobiernos de la región que reconocieran la condición de refugiado de los haitianos bajo los preceptos de la Declaración de Cartagena, ya que el escenario humanitario en el país había “provocado una situación de violación masiva de sus derechos humanos fundamentales, como el derecho a habitación, salud y alimentación”.⁽⁴⁶⁾ Entretanto, cabe señalar el documento final adoptado por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) celebrada en 1989, entendía que la Declaración de Cartagena hacía referencia a coyunturas generadas por la acción de los hombres y no por desastres naturales.⁽⁴⁷⁾

5. La “visa humanitaria” concedida a los haitianos como una buena práctica brasileña

La situación posterior al terremoto, como se mencionara en la introducción, claramente intensificó problemas crónicos relacionados con los derechos humanos en Haití. Además de los riesgos de desalojo y de la precaria condición en que viven los desplazados internos, se suma la epidemia de cólera y los altos índices de personas viviendo con el virus HIV, situación

documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle%2Csorting%2Cuid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=270). Interesante apuntar que en una interpretación literal del inciso III de la Ley brasileña de refugio sólo es necesario que el solicitante estime que la grave y generalizada violación de derechos humanos es tal que lo obliga a abandonar su país de nacionalidad.

(46) *XI Informe de Conjuntura Latino-Americana*. Ver texto en: <http://lnx.scalabriniane.org/smr/?p=448>

(47) ACNUR, “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina”, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, CIREFCA 89/9, Guatemala, abril de 1989, pág. 33. Ver texto en: http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=1024

que desafiaba la capacidad de respuesta del Gobierno haitiano, incluso antes del terremoto. Entre los abusos de derechos humanos más frecuentes y agravados después de la catástrofe, se incluyen el aumento de la violencia contra mujeres y niñas, así como un aumento significativo del número de secuestros.

Frente a esta coyuntura, Brasil, al igual que otros países —como por ejemplo, Venezuela,⁽⁴⁸⁾ México⁽⁴⁹⁾ y Estados Unidos—,⁽⁵⁰⁾ ha verificado la importancia de adoptar mecanismos administrativos o legislativos para regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiados, pero para quienes el regreso al país de origen no es posible o recomendable por una serie de razones. Entretanto, la mejor práctica en la región ha sido la de Argentina que, a partir de 2004, estableció por medio de su Ley de Política Migratoria (ley 25.871) la posibilidad de concesión de visas de residencia temporaria a ciudadanos extranjeros por razones humanitarias. Esta ley fue reglamentada en 2010 por el decreto 616/2010, que determinó que dicho marco jurídico llevaría en consideración la situación de personas que no pudiesen retornar a su país de origen debido a una situación humanitaria consecuente de desastres naturales.⁽⁵¹⁾

Por su parte, la práctica brasileña ha representado una respuesta positiva del Estado, coherente con su responsabilidad ante el derecho internacional de proteger a las personas que estén en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad o *status* migratorio, así como con las obligaciones derivadas del principio de no devolución analizadas previamente.

En lo que refiere al tratamiento conferido a los haitianos que solicitan la condición de refugiado en Brasil, la denominada “visa humanitaria” fue inicialmente la respuesta adoptada.

(48) En Venezuela se ha implantado la visa humanitaria para las personas de nacionalidad haitiana a raíz del terremoto de enero de 2010. Ver: http://www.saime.gob.ve/general/noticias_sec/instructivo_especial.php

(49) Con ocasión del terremoto en Haití, el gobierno de México ha otorgado cerca de 300 visas humanitarias a la población haitiana. Para más información ver: http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Noticia_260410

(50) Para más información ver: <http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.eb1d4c2a3e5b9ac89243c6a7543f6d1a/?vgnnextchannel=e54e60f64f336210VgnVCM100000082ca60aRCRD&vgnnextoid=e54e60f64f336210VgnVCM100000082ca60aRCRD>

(51) TERMINIELLO, JUAN PABLO, “Los Desastres Naturales, el Cambio Climático y la Protección de los Derechos Humanos: Realidades y Desafíos Frente al Desplazamiento Forzado”, en *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2011. p. 131/176.

Lo que comúnmente se llama visa humanitaria consiste, básicamente, en una visa de permanencia otorgada por el Consejo Nacional de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Empleo (CNIg) al extranjero solicitante de la condición de refugiado que, aunque con necesidad de protección humanitaria, no se incluye en los criterios establecidos por la ley brasileña de refugiados.

En cuanto al procedimiento, los casos de solicitantes de la condición de refugiado eran analizados por el CONARE, que, frente al rechazo de un pedido de la condición de refugiado pero bajo la consideración de que subsisten preocupaciones humanitarias, puede remitir el caso al CNIg.

Tradicionalmente, el CNIg contaba con una resolución normativa específica que le permitía decidir sobre los casos omisos de la ley de extranjeros de 1980. A partir de 2006 el CNIg estableció que un pedido enviado por el CONARE por razones humanitarias puede ser apreciado como un caso omiso.⁽⁵²⁾

Este accionar, que comenzó siendo una práctica, fue finalmente legitimado mediante la adopción de la resolución normativa n° 13 del CONARE que prevé exactamente que un pedido de la condición de refugiado que no cumple con la cláusula de inclusión de la ley 9474/97 puede ser enviado al CNIg para concesión de visa de permanencia por razones humanitarias.⁽⁵³⁾ La visa de permanencia les permite a los haitianos obtener docu-

(52) Resolución normativa n° 27/98 del CNIg para casos omisos combinada con la Resolución Recomendada n° 08/06 del CNIg. Ver texto en: http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucao-normativa-n-27-de-25-11-1998.htm y en <http://portal.mte.gov.br/legislacao/resolucao-recomendada-n-08-de-19-12-2006.htm>

(53) Resolución normativa n° 13/07 del CONARE. Ver texto en: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/resolucao-normativa-conare-no-13-2007>

Al discutir el papel del CNIg, su Presidente, Paulo Sérgio de Almeida, muestra cómo diferentes órganos del Estado pueden articularse en busca de soluciones y alternativas de protección para quienes la necesitan: "El CNIg ha apoyado políticas de regularización migratoria de los inmigrantes indocumentados. Fue el CNIg, por ejemplo, que recomendó la firma, con Bolivia, del Acuerdo de Regularización Migratoria, en 2005, que permitió la regularización de más de 20 mil inmigrantes. En el campo de los derechos, el CNIg recomendó al Ministerio de Relaciones Exteriores la firma de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de Sus Familias y la ratificación de la Convención 143 de la Organización Internacional del Trabajo, que trata de trabajadores migrantes", en ALMEIDA, PAULO SÉRGIO (Conselho Nacional de Imigração, CNIg), "Políticas de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante ou Refugiado", en *Refúgio, migrações e cidadania. Caderno de Debates* n° 4, Brasília, ACNUR; IMDH, 2009. p. 24.

mentación de identidad, tarjeta de trabajo, acceso a los servicios públicos de asistencia a la salud y acceso a la educación fundamental en Brasil.

Este mecanismo de protección era un mecanismo excepcional pero, sin embargo, con el caso de los haitianos, pasó a ser utilizado más frecuentemente para responder a la necesidad de protección complementaria de estos individuos.

El 12 de enero de 2012 el CNlg aprobó la resolución n° 97/2012, que vendría a cambiar la dinámica establecida anteriormente. Quedó decidido que Brasil concedería la visa de residencia a todos los haitianos que hubiesen llegado al país hasta la fecha de la resolución y que los que llegasen después deberían solicitar una visa directamente ante la embajada brasileña en Porto Príncipe. En una medida excepcional e inédita, el gobierno de Brasil decidía emitir, por un periodo de dos años, 1200 visas especiales de trabajo por año a los haitianos que quisiesen trabajar en Brasil —siendo que las visas de turismo y estudio seguirían siendo emitidas normalmente—.

La singularidad de esta visa radicaba en no requerir una propuesta o un contrato de trabajo previo para su emisión y en entregarse mediante la presentación de documentos mínimos como registro de identidad, comprobante de residencia y certificado negativo de antecedentes penales. Además, una sola visa podía ser extendida a un jefe de familia y a todos sus dependientes.

Con tal medida el gobierno de Brasil buscaba controlar el flujo de haitianos que llegaba en la frontera norte y desmotivar el ingreso irregular en el país.

Mucho de los haitianos que llegaban a Brasil reportaban haber sufrido algún tipo de abuso en su jornada desde Haití, sea por parte de los traficantes de personas, sea por parte de autoridades fronterizas. Hombres y mujeres han reportado extorsión, robo, violencia sexual y otros tipos de violencia física. La creación de un canal oficial de comunicación con la embajada de Brasil en Porto Príncipe ha disminuido la necesidad de que los haitianos se valiesen de redes de tráfico y trata de personas para llegar a Brasil, al tiempo que contribuyó en la desburocratización del proceso de emisión de visas para aquellos que deseen venir a trabajar en Brasil.

Además, esa iniciativa permitió que los haitianos llegasen a Brasil en situación regular, y con un amparo mínimo en término de derechos. Finalmen-

te, es importante resaltar que esta medida no ha quitado de la escena la posibilidad de que un haitiano acceda al mecanismo de refugio en caso de que tenga un fundado temor de persecución.

De esta forma, la decisión del CNlg parece contribuir para una solución más amplia y sostenible frente a la demanda migratoria de los haitianos. Con relación al número de 1200 visas anuales, es la práctica la que nos va enseñar si la cantidad definida por las autoridades brasileñas ha sido suficiente o no. De acuerdo con el CNlg, hasta mayo de 2012 fueron emitidas 250 visas especiales por la embajada de Brasil en Porto Príncipe, siendo que el número puede aumentar en la medida en que los haitianos vayan tomando conocimiento de esta posibilidad migratoria.

Luego de la adopción de la resolución N° 97/2012, hubo una preocupación sobre cual sería el status de los haitianos que ya estaban en tránsito hacia Brasil sin una visa emitida en Porto Príncipe y que podían quedar atrapados en la frontera. Respondiendo a este escenario, y en consonancia con los estándares del derecho internacional y sus principios constitucionales, en abril de 2012 Brasil permitió el ingreso tanto de un grupo de 363 haitianos sin visa que estaban en la ciudad de Tabatinga como de otros 245 haitianos que estaban del otro lado de la frontera, en la ciudad peruana de Iñapari.⁽⁵⁴⁾

Con relación a los cerca de 6000 haitianos que llegaron antes de la resolución del 12 de enero, el CNlg ya había emitido visas humanitarias para algo menos de cerca de 3000 de ellos. Este mecanismo solidario y promisorio es el medio por el cual el Estado brasileño viene consolidando su práctica de ofrecer protección humanitaria complementaria a los haitianos en su territorio.

Ha sido fundamental durante todo este proceso la actuación constante y la presión realizada por representantes de la sociedad civil y por ONGs comprometidas con la defensa de los derechos humanos de los migrantes. Frente a la decisión del CNlg, la ONG Conectas envió, el 31 de enero de 2011, una carta a autoridades de alto nivel de Brasil solicitando informaciones sobre la "nueva política migratoria para ciudadanos haitianos adoptada por el gobierno brasileño".⁽⁵⁵⁾ El documento presentaba 6 pre-

(54) <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/04/justica-autoriza-entrada-de-245-imigrantes-haitianos-no-brasil.html>

(55) Ver texto en: <http://www.conectas.org/arquivos/multimedia/PDF/46.pdf>

guntas relativas a la implementación y al impacto de dicha medida, 2 de ellas remetían específicamente a la garantía de acceso al procedimiento de refugio en el país y a la posibilidad de aplicarse el concepto ampliado de refugiado de acuerdo con el inc. III de ley 9474/97. Las Pastorales Sociales también ejercieron un rol central, no sólo en la acogida y asistencia a los haitianos sino también en la defensa de su derecho de permanecer y de disfrutar de un *status* regular en Brasil.

El Estatuto del Extranjero en Brasil, ley 6815/80, fue responsable de la creación del CNlg, pero no anticipó un mecanismo claro de protección humanitaria complementaria, el cual, como hemos visto, está siendo construido *a posteriori*.

Una consolidación de esta reciente práctica solamente será formalizada cuando sea aprobada la futura ley de migraciones que se encuentra bajo trámite actualmente en el Congreso. En este sentido el art. 154, inc. III del Proyecto de ley 5655/2009 explicita la responsabilidad del CNlg con relación a la visa humanitaria, siendo de competencia del órgano "recomendar otorgamiento de visa o autorización de residencia, de carácter temporal o permanente, por razones humanitarias".⁽⁵⁶⁾

De acuerdo con el presidente del CNlg, Paulo Sérgio Almeida, la organización se ha dedicado a establecer políticas migratorias que sean adecuadas al nivel de desarrollo socio-económico de Brasil. En las palabras de Almeida, "En los próximos años la inmigración va a crecer mucho y Brasil necesita estar bien preparado. Precisamos de un nueva ley y una política nacional de migraciones cuyo foco y centralidad sea la protección a los derechos".⁽⁵⁷⁾

Dicha postura se encuentra reflejada, además, en la declaración de la XI Conferencia Sudamericana de Migraciones, la cual afirma que no son aceptable las políticas o iniciativas que tipifiquen la irregularidad migrato-

(56) Art. 154 del Proyecto de ley 5655/2009: "El Consejo Nacional de Inmigración queda transformado en Consejo Nacional de Migración, órgano deliberativo y consultivo vinculado al Ministerio de Trabajo y Empleo. § 1º Al Consejo Nacional de Migración le compete, sin pérdida de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en relación a las comunidades brasileñas en el exterior: I - definir y coordinar la política nacional de migración; II - proponer y coordinar los programas y acciones para la implementación de la política nacional de migración; III - recomendar otorgamiento de visa o autorización de residencia, de carácter temporal o permanente, por razones humanitarias".

(57) *Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante: Debate da FGV discutiu os impactos da migração no Brasil*. Ver texto en: <http://www.cdhic.org.br/v01/?p=1153>

ria como un crimen, equiparando de esa forma a las personas indocumentadas con criminales.

Por un lado, se puede interpretar la elección del Estado brasileño por una política migratoria centrada en derechos como una de las consecuencias más recientes del proceso de redemocratización iniciado a fines de los '80s. Por otro lado, hay otros elementos que han estado en la base de este proceso, como el reconocimiento de las contribuciones realizadas por migrantes que llegaron al país a lo largo de su historia. Eso, combinado con la actuación de los movimientos sociales, ha influenciado muchas autoridades del Gobierno para que lleven a cabo la defensa de una legislación más flexible y comprometida con los mejores estándares internacionales.

En términos de comparación, es interesante verificar que el porcentaje de extranjeros residentes en Brasil es poco expresivo. De acuerdo con el Ministerio de Justicia, habría cerca de 1.4 millones de extranjeros viviendo regularmente en el país, siendo que, en los últimos años, las nacionalidades con mayor crecimiento, en términos absolutos, fueron la portuguesa (de 276.000 a 328.000 mil, desde 2009 a julio de 2011); española (de 58.000 a 80.000); boliviana (de 35.000 a 50.000); china (de 28.000 a 35.000); y paraguaya (de 11.000 a 17.000).⁽⁵⁸⁾ De acuerdo con datos de 2010 de la Organización Internacional para Migraciones, los inmigrantes en Brasil representaban el 0.4% de la población brasileña, un porcentual bastante bajo comparado con Argentina (3,6%), Ecuador (2,9%), Uruguay (2,4%) y Paraguay (2,5%).⁽⁵⁹⁾

En cambio, de acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores, cerca de 3 millones de brasileños residen en el exterior y otros 3,5 millones salen del país anualmente para viajar por motivos varios. En este sentido, los diversos obstáculos migratorios enfrentados por ciudadanos brasileños en el exterior —discriminación, xenofobia, encarcelamiento, deportación— han sido fundamentales para la definición de la actual postura de Brasil ante el tema de las migraciones. Al solicitar a sus contrapartes que respeten los derechos de los migrantes brasileños, quienes salían de su país por variados motivos pero que no deberían ser confundidos con criminales, Brasil ha consolidado un discurso de reciprocidad que, en el futuro, le solicitaría coherencia a las autoridades responsables de su política migratoria.

(58) Opera Mundi. *Crise nos países ricos e ascensão do Brasil criam novo perfil de imigração*. En: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/19496/>

(59) En: www.iom.int

En general, el caso de los haitianos llevó el tema de la postura del Estado brasileño con relación a los extranjeros que llegaban al país al escrutinio público y puso en discusión el tipo de directriz migratoria que el país adoptaría ante su creciente visibilidad en el escenario internacional. En medio de la polémica generada por la resolución del CNlg, académicos y medios de comunicación cuestionaron de manera incisiva si ésta sería la política migratoria que le cabría a un país que había recién subido a la posición de sexta economía del mundo, que se había beneficiado enormemente de la contribución hecha por millares de migrantes que allí llegaron a lo largo de los siglos y que, recientemente, había defendido activamente el derecho de sus ciudadanos a migrar hacia otros países. Específicamente, el caso de los haitianos puso también en la agenda la preocupación por la consolidación de un mecanismo de protección para responder a las necesidades de las víctimas de desastres socio-ambientales.

La “visa humanitaria” utilizada frente a la llegada de haitianas y haitianos al Brasil pretende constituirse en una respuesta de protección complementaria ante el desplazamiento de personas motivado por desastres naturales. De esta manera, y en la medida en que se avance en su formalización, pretende conformar un sistema integrado que, junto con la Ley de Refugio y las obligaciones internacionales en materia de refugiados y derechos humanos, asegure la protección en Brasil de todas aquellas personas que se ven obligadas, por distintos motivos, a huir de sus países de origen.

Aunque los aspectos específicos que derivan del otorgamiento de esta visa humanitaria todavía requieren un análisis mayor (por ejemplo, respecto del alcance del principio de no devolución frente a la comisión de delitos en el Brasil, de la protección frente a eventuales pedidos de extradición, o de la duración o condiciones en que debería cesarse la necesidad de dicha visa), es indudable que, frente al panorama global en la materia, constituye una respuesta de protección basada en derechos humanos que podría ser replicada y sumarse a iniciativas similares en la región.

En definitiva, esta modalidad de protección complementaria tiene potenciales enormes que deberán ser revelados en la medida que se avance en su aplicación.

6. Consideraciones finales

El presente trabajo ha abogado por una interpretación generosa del principio de no-devolución, defendiendo su aplicación no sólo en situaciones

de refugio sino también en el caso de situaciones equiparables al tratamiento cruel, deshumano o degradante. La deportación masiva de extranjeros en las fronteras se constituye además en una violación del art. 22.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado, se ha defendido también la reformulación de las leyes migratorias brasileñas, tanto por medio de la aprobación de la Convención de la ONU sobre el Derecho de los Trabajadores Migrantes y sus Familias como por la adopción de una nueva ley de migraciones. En este sentido, sería de especial relevancia la referencia a un mecanismo de protección humanitaria complementaria también para las personas víctimas de desastres socio-ambientales.

Mientras los factores ambientales pueden contribuir a causar el movimiento a través de las fronteras, ellos mismos no pueden ser considerados motivos para el reconocimiento de la condición de refugiado a la luz del derecho internacional de los refugiados, o de la ley brasileña de refugio. La difícil situación de las víctimas de desastres naturales, y la tendencia al aumento de estas situaciones, plantea a la comunidad internacional la necesidad de avanzar en la búsqueda de respuestas adecuadas a sus necesidades de protección.

El enfoque de los derechos humanos sobre el tema busca garantizar una protección apropiada a ese grupo específico de migrantes forzados sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos que conforman un cuerpo de obligaciones universales y regionales a las que los Estados deben respetar.

Se observa, sin embargo, una gran brecha entre estas obligaciones en materia de derechos humanos y la capacidad de la comunidad internacional de enfrentar una demanda tan compleja si, tal como fuera observado por Goodwin-Gill, consideramos que la mejor manera de medir la efectividad de la implementación de un tratado en ámbito nacional no es a partir del análisis de su forma sino de la evaluación global de las prácticas resultantes.⁽⁶⁰⁾

Con relación al reciente flujo de haitianos en dirección a Brasil, el dispositivo del art. 22, inc. 9) de la CADH y las obligaciones generales de *non-refoulement* contenidas en los demás tratados internacionales de los cua-

(60) GOODWIN-GILL, G y MCADAM, J., *The refugee in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 3. En ese mismo sentido: HATHAWAY, J. C., "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection", en 4 *JRS*, 113, 1994.

les el país forma parte —especialmente el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, constituyen un límite a la devolución al país de origen y a las deportaciones en masa de estas personas.

La concesión de visas humanitarias a los haitianos es un ejemplo de respuesta complementaria de protección, que permite regularizar la permanencia de personas que no están formalmente reconocidas como refugiados y cuyo retorno sería, no obstante, contrario a las obligaciones generales de *non-refoulement* y derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los cuales el Estado forma parte. En ese sentido, la opción escogida por Brasil fue inicialmente coherente con su filosofía constitucional de protección de los extranjeros, ilumina una buena práctica y responde también al llamado conjunto de ACNUR y ACNUDH.

Los desafíos en Haití permanecen, sea en términos de reconstrucción del país, de desarrollo, cuanto de manutención de la estabilidad política y social. Pero mientras las personas no estén en las condiciones de volver a su país, iniciativas como la brasileña son extremadamente importante, no sólo porque ofrecen una solución humanitaria para las personas que necesitan un soporte para reconstruir sus vidas acá y apoyar los familiares que quedaron en Haití, sino también porque crea una práctica que va llenando un vacío en lo concerniente a protección.

Con esa actitud de hospitalidad, el Estado brasileño abre un espacio para una discusión en la región sobre su propio mecanismo de protección. La concesión de visas de permanencia por razones humanitarias a los migrantes forzados oriundos de Haití es un paso concreto en dirección al reconocimiento de derechos de personas víctimas de desastres socio-ambientales. Se trata de una resolución creativa y complementaria de un régimen de protección integral en proceso de construcción.



La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos

SEBASTIÁN ALEJANDRO REY⁽¹⁾



1. Introducción

A partir de la Segunda Guerra Mundial, en todas las sociedades que han padecido graves violaciones a los derechos humanos se ha discutido cuáles son los pasos que deberían adoptarse una vez que los responsables de haberlas cometido han perdido el poder. Cohen se pregunta si deberían investigarse sus acciones y ser ellos perseguidos, expuestos, enjuiciados y castigados u obligados a pedir disculpas; o no debería hacerse nada en absoluto, dejar cicatrizar las viejas heridas, lograr la reconciliación nacional y preservar la frágil democracia de modo que se pueda “marcar una línea divisoria del pasado” y continuar mirando hacia el futuro.⁽²⁾

En la actualidad existe consenso a nivel internacional con respecto a que la obligación de investigar, juzgar y castigar las graves violaciones a los

(1) Abogado con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Plata). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires), Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires).

(2) Ver COHEN, STANLEY, *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, 1ra. ed., Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 145.

derechos humanos constituye un paso ineludible para asegurar la paz y seguridad internacionales, por lo que es considerada una norma imperativa de derecho internacional —*ius cogens*— que no admite objeciones o protestas por parte de ningún Estado sobre su existencia.⁽³⁾

Por ello, resulta indispensable a los fines de este trabajo detenerse en la definición del concepto de graves violaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), en el “Caso Barrios Altos Vs. Perú”, afirmó que:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”.⁽⁴⁾

Empero, el mismo Tribunal a partir del “Caso Bulacio Vs. Argentina”, tuvo diferentes criterios con respecto a la distinción entre violaciones de derechos humanos y graves violaciones.⁽⁵⁾

Esta contradicción parece haber sido tenida en cuenta finalmente en el “Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador”, donde la Corte IDH se pronunció en contra de una utilización amplia de esta categoría. En particular, el Tribunal consideró que: “toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas”.⁽⁶⁾ En función de ello, desestimó el argumento señalado por la Comisión Interamericana que pretendía que se tuviese en cuenta la gravedad del caso para que para que no fuera procedente la prescripción de la acción penal. Si el Tribunal hubiera resuelto lo contrario, en todo caso que le fuera sometido, por tratarse de

(3) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2012, p. 406.

(4) Corte IDH, “Caso Barrios Altos Vs. Perú”, Fondo, Sentencia del 14/03/2001, Serie C n° 75, párr. 41. El destacado me pertenece.

(5) Al respecto ver, REY, SEBASTIÁN A., op. cit., pp. 253/259.

(6) 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. 224, párr. 118.

violaciones a los derechos humanos que, en sí mismas, implican gravedad, no procedería invocar dicho instituto procesal.⁽⁷⁾

A continuación, se analizarán los diferentes argumentos que se han utilizado para justificar el deber de los Estados de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

2. La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos

Como adelanté en la Introducción, el presente trabajo parte de la premisa de que el castigo, entendido como “práctica social establecida, es decir, como una forma de actividad estructurada por un conjunto de reglas, normas o pautas de las que resultan qué clases de acciones son consideradas ofensas, qué sanciones pueden corresponderles y quiénes pueden aplicarlas”,⁽⁸⁾ cumple una función importante para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

La necesidad de recurrir al derecho penal se encuentra íntimamente relacionada con la afectación que producen los ataques más graves que dañen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos, en particular, el derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad, en función de su carácter elemental dentro de las sociedades democráticas para la protección de los derechos fundamentales de la persona.⁽⁹⁾ Esta posición ha sido compartida tanto por la Corte IDH⁽¹⁰⁾ como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁽¹¹⁾

No obstante ello, existe cierta parte de la doctrina que considera que la respuesta penal en este tipo de casos no es la preferible, debiendo privilegiarse alternativas no judiciales como las “comisiones de la verdad” a los fines de lidiar con las mentiras y mitos que rodearon los conflictos y las

(7) Al respecto ver, REY, SEBASTIÁN A., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2011”, en *Diario La Ley*, 09/05/2012, pp. 1/6.

(8) RABOSI, EDUARDO A., *La justificación moral del castigo. El tema del castigo. Las teorías tradicionales, sus limitaciones. Un nuevo enfoque teórico*, Bs. As., Astrea, 1976, p. 55.

(9) Ver BESTAGNO, FRANCESCO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milán, Vita e Pensiero, 2003, p. 16.

(10) Ver Corte IDH, “Caso Kimel Vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/05/2008, Serie C n° 177 y “Caso Tristán Donoso Vs. Panamá”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C n° 193, párr. 119.

(11) Ver BESTAGNO, FRANCESCO, op. cit., p. 14.

violaciones a los derechos humanos cometidas. De esta manera, el conocimiento de la verdad por parte tanto de las víctimas como de la sociedad, permitiría iniciar un proceso de reconciliación genuino, formulado de buena fe, donde no se niegue el pasado. Algunos de estos autores, también han defendido que la sustitución de la persecución penal sea acompañada del perdón o la amnistía a cambio de información sobre lo ocurrido.⁽¹²⁾

En primer término, debe destacarse que uno de los mayores problemas que han enfrentado las comisiones de la verdad es que gran parte de sus recomendaciones no han sido cumplidas y puestas en acción.⁽¹³⁾

Asimismo, la práctica de los Estados demuestra que las comisiones de investigación, en general, se establecen cuando el juzgamiento penal es política y prácticamente imposible, entre otros motivos, por la falta de poder de las nuevas autoridades, un compromiso alcanzado con el antiguo régimen o como consecuencia de violentos enfrentamientos durante guerras civiles.⁽¹⁴⁾ Por ende, aun quienes defienden la utilización de métodos alternativos al derecho penal para solucionar los conflictos, reconocen que, de ser posible, la persecución de los autores de graves violaciones a los derechos humanos sería el mejor método para lidiar con las atrocidades del pasado.⁽¹⁵⁾

Por otra parte, quienes sostienen que el valor disuasivo del castigo penal es incierto, en primer lugar, asumen que la única finalidad de la pena es prevenir nuevos delitos y, de ser así, no han podido probar la presunción de que los perdones y las amnistías promueven la reconciliación nacional⁽¹⁶⁾ o que el conocimiento de la verdad histórica sin consecuencias de tipo criminal tiene algún efecto preventivo.⁽¹⁷⁾

(12) Ver SOOKA, YASMIN, "Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability", *International Review of the Red Cross*, n° 862, 2006, vol. 88, p. 318.

(13) Al respecto, ver los informes de las comisiones creadas en Guatemala, Sudáfrica, Ghana, Perú y Timor Oriental. Ver SOOKA, YASMIN, op. cit., p. 324.

(14) Ver DUGARD, JOHN, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol. I, pp. 694 y 695; y ZALAJUETT, JOSÉ, "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", en *Hastings Law Journal*, n° 43, 1992.

(15) Ver AUKERMAN, MIRIAM J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", en *Harvard Human Rights Journal*, 2002, vol. 15, p. 40.

(16) Ver COHEN, STANLEY, op. cit., p. 245.

(17) Ver PASQUALUCCI, JO M., "The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System", en Boston University International

Un último argumento en contra de la utilización de comisiones de reconciliación sin persecución penal posible, consiste en que aquéllos que se benefician de los perdones e indultos generalmente se rehúsan a reconocer los sufrimientos padecidos por las víctimas, paso ineludible para alcanzar algún tipo de reconciliación en el futuro y eludir cualquier intento de venganza personal.⁽¹⁸⁾

En este sentido, Cohen sostiene que “[e]l espectáculo de observar gente que ha destruido físicamente partes enteras de una sociedad y que ahora predica la reconciliación nacional resulta enfermante”.⁽¹⁹⁾ Al describir la situación que se vivía en Chile luego del retorno de la democracia, Garretón mencionaba que: “las fuerzas armadas no han dado ninguna muestra de arrepentimiento o autocritica con respecto a su propio pasado. Al contrario, recuerdan continuamente sus acciones con orgullo, reconociendo únicamente que ocurrieron ciertos ‘excesos’ que ya han resultado en castigos. En esta situación la reconciliación parece imposible”.⁽²⁰⁾ La experiencia argentina no ha sido muy distinta: los testimonios y denuncias fueron excepciones que no sólo encontraron la desaprobación de las Fuerzas Armadas, sino también tuvieron como consecuencia sanciones disciplinarias y represalias de distinto tipo.⁽²¹⁾

Law Journal, n° 12, Fall, 1994, p. 352. Sobre el particular, Sancinetti afirmaba que es indemostrable si se hubiesen alcanzado mayores efectos preventivos o disuasorios si no se hubiera realizado el denominado “juicio a los comandantes”. SANCINETTI, MARCELO A., *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1988, p. 10.

(18) Este fue uno de los argumentos utilizados por el Consejo de Seguridad para crear los TPIY y TPIR. Ver CONSEJO DE SEGURIDAD, “Resolution 827”, 25/05/1993 y “Resolution 955”, 08/11/1994. En igual sentido, se pronunció el TPIY en “Prosecutor vs. Plavšić”: “*acknowledgement and full disclosure of serious crimes are very important when establishing the truth in relation to such crimes. This, together with acceptance of responsibility for the committed wrongs, will promote reconciliation. In this respect, the Trial Chamber concludes that the guilty plea of Mrs. Plavšić and her acknowledgement of responsibility, particularly in the light of her former position as President of Republika Srpska, should promote reconciliation in Bosnia and Herzegovina and the region as a whole*”. TPIY, “Prosecutor vs. Plavšić”, IT-00-39&40/1-S, 27/02/2003, Trial Chamber III, párr. 80.

(19) COHEN, STANLEY, “Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado”, en *Nueva Doctrina Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, tomo 1997/B, p. 591.

(20) GARRETÓN, MANUEL A., “Los derechos humanos en los procesos de democratización”, en Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (coords.), *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1996, p. 62.

(21) Ver VERBITSKY, HORACIO, *El vuelo*, 1ra. ed., Bs. As., La Página-Sudamericana, 2006, pp. 143 y 152; y VERBITSKY, HORACIO, *La posguerra sucia*, 1ra. ed., Bs. As., La Página-Sudamericana, 2006, pp. 26 y 144. El autor menciona los casos del capitán Adolfo Scilingo, el gendarme Antonio

Por lo tanto, en la actualidad la comunidad internacional y las organizaciones de derechos humanos concuerdan en que en el ámbito de la justicia transicional, la justicia restaurativa y la justicia penal son percibidas como necesarias y complementarias.⁽²²⁾ Así, autores como Robinson entienden que la persecución penal y las comisiones de investigación sirven a objetivos valorables que no son inherentemente incompatibles. Lo que sí lo es, son las comisiones de investigación que vienen acompañadas del dictado de amnistías que impiden el castigo de los responsables.⁽²³⁾ Como afirma Pinto: “[s]i la reconciliación ha sido el argumento empleado para encontrar una justificación a los perdones o las amnistías, también puede ser la base de la verdad, rehabilitación, juzgamiento y prevención”.⁽²⁴⁾

Además de su utilidad para lograr la reconciliación nacional, se han utilizado otras justificaciones del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Así, se sostiene que el conocimiento de la verdad, si se lleva a cabo de forma justa, permite individualizar a los culpables y, de este modo, estigmatizarlos, evitar que se instale una idea de culpa colectiva en la sociedad y esperar que ello produzca un efecto preventivo a futuro.⁽²⁵⁾ Igualmente, el establecimiento de la verdad histórica a través de una sentencia impide la posterior negación de la existencia de los crímenes, convirtiéndose en un punto fundamental para la memoria colectiva de una nación.⁽²⁶⁾ Por otra parte, la exposición de la naturaleza

Cruz, el oficial inspector Rodolfo Peregrino Fernández, el cabo Raúl Vilariño, el sargento Víctor Ibáñez y los suboficiales Federico Talavera y Pedro Caraballo.

(22) Ver HAZAN, PIERRE, “*Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice*”, en *International Revue of the Red Cross*, n° 861, 2006, vol. 88, p. 20; y SANGSTER, KIRSTY, “*Truth Commissions: The Usefulness of Truth-telling*”, en *Australian Journal of Human Rights*, n° 1, 1999, vol. 5, pp. 136/158.

(23) Ver ROBINSON, DARRYL, “*Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*”, en *European Journal of International Law*, n° 3, 2003, vol. 14, p. 484.

(24) PINTO, MÓNICA, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'Homme*, París, Editions A. Pedone, 2007, pp. 7 y 8.

(25) Ver CASSESE, ANTONIO, “*Ripensare i diritti umani: quali prospettive per il nuovo secolo?*”, en Alston, Philip y Cassese, Antonio, *Ripensare i diritti umani nel XXI secolo*, Torino, Ega, 2003, p. 103; y COHEN, STANLEY, *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, op. cit., p. 251.

(26) Ver NINO, CARLOS S., *Juicio al mal absoluto*, 1ra. ed., Bs. As., Emecé, 1997, p. 227; OSIEL, MARK J., “*Politiche della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*”, en Luca Baldissara y Paolo Pezzino (comps.), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo, 2005, p. 109; y BROOMHALL, BRUCE, *International Justice and the International Criminal Court: between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 55.

y alcances de las violaciones a los derechos humanos posibilita identificar y dismantelar las instituciones responsables de haberlas cometido y así prevenir que vuelvan a hacerlo.⁽²⁷⁾

Del análisis de la jurisprudencia existente sobre la materia en el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos puede derivarse la utilización —sin asignar primacía a unos sobre otros— de argumentos vinculados a la prevención general, la prevención especial, el retribucionismo y la rehabilitación de las víctimas.⁽²⁸⁾ En efecto, en “Prosecutor vs. Blaškić”, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (en adelante, TPIY) señaló que al momento de dictar sentencia debía tener en cuenta los siguientes propósitos de la pena: la prevención especial y general relacionada con el acusado en particular y con otras personas que se encuentren en su misma situación en el futuro; la prevención especial y general positiva a los fines de influir en la conciencia del acusado, las víctimas, sus familiares, los testigos y el público en general en el sentido de que el sistema jurídico está siendo aplicado y su vigencia reafirmada; la retribución; la reprobación pública y estigmatización de la comunidad internacional y la rehabilitación.⁽²⁹⁾

Con respecto a la justificación retribucionista del castigo, en “Prosecutor vs. Aleksovski”, el TPIY destacó que la prevención de nuevos crímenes es un factor tan importante como la retribución al momento de dictar sentencia, entendida no como la manifestación de un deseo de venganza sino como la expresión de la indignación de la comunidad internacional por la comisión de tales crímenes.⁽³⁰⁾ Si bien en la jurisprudencia de los Tribuna-

(27) Ver BUERGENTHAL, THOMAS, “*Truth Commissions: Between Impunity And Prosecution*”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, issue 2, 2007, vol. 38, p. 222; GOLDSTONE, RICHARD J., “*Justice as a tool for peace-making: truth commissions and international criminal tribunals*”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Spring, 1996, vol. 28, pp. 488/490; y WIPPMAN, DAVID, “*Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice*”, *Fordham International Law Journal*, December, 1999, vol. 23, p. 474.

(28) Ver VAN ZYL SMIT, DIRK, “*Punishment and human rights in international criminal justice*”, en *Human Rights Law Review*, n° 1, 2002, vol. 2, p. 10.

(29) Ver TPIY, *Prosecutor vs. Blaškić*, IT-95-14-A, 29 July 2004, Appeals Chamber, párr. 678.

(30) Ver TPIY, *Prosecutor vs. Aleksovski*, IT-95-14/1-A, 24/03/2000, Appeals Chamber, párr. 185: “*While the Appeals Chamber accepts the general importance of deterrence as a consideration in sentencing for international crimes, it concurs with the statement in “Prosecutor vs. Tadić” that ‘this factor must not be accorded undue prominence in the overall assessment of the sentences to be imposed on persons convicted by the International Tribunal’. An equally important factor is retribution. This is not to be understood as fulfilling a desire for revenge but as duly expressing the outrage of the international*

les Penales Internacionales se ha destacado el papel de los fundamentos retribucionistas de las penas, debe advertirse que dicha argumentación entra en claro conflicto con la práctica de aceptar el *plea bargaining* utilizada para culminar más velozmente los procesos.⁽³¹⁾

Las teorías retribucionistas giran en torno a tres ideas elementales, todas de corte netamente religioso: la de la venganza, la de la expiación y la del reequilibrio entre pena y delito.⁽³²⁾ Así, el castigo contiene tanto un elemento de reprobación como un aspecto que podría llamarse de “tratamiento duro” de los criminales.⁽³³⁾

En este sentido, el retribucionismo es por naturaleza deontológico puesto que el castigo constituye un mal que por encontrarse desligado de consideraciones acerca de sus finalidades o consecuencias, constituye un valor en sí mismo, existiendo un imperativo categórico en términos kantianos que obliga a castigar a los delincuentes sin que se tengan en cuenta consideraciones hacia el futuro.⁽³⁴⁾

La vertiente negativa del retribucionismo ofrecería una alternativa liberal a la ejecución del castigo ya que, si bien considera que se debe castigar al culpable mirando al pasado, sostiene que el castigo no debe ser superior a la falta cometida, es decir, la pena debe implicar un mal menor que el ocasionado por el delito. Por ende, se establece un límite al poder estatal

community at these crimes. This factor has been widely recognised by Trial Chambers of this International Tribunal as well as Trial Chambers of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Accordingly, a sentence of the International Tribunal should make plain the condemnation of the international community of the behaviour in question and show ‘that the international community was not ready to tolerate serious violations of international humanitarian law and human rights’. Allí el Tribunal menciona los casos del TPIY, “Prosecutor vs. Erdemovic”, IT-96-22-T, 24/12/1996, párr. 64; “Prosecutor vs. Delalic et al.”, IT-96-21-T, 16/11/1998, párr 1234; “Prosecutor vs. Furundžija”, IT-95-17/1-T, 10/12/1998, párr. 288; y TPIR, “Prosecutor vs. Kambanda”, ICTR 97-23-S, 04/09/1998, párr. 28; “Prosecutor vs. Akayesu”, ICTR-96-4-S, 02/10/1998, párr. 19; “Prosecutor vs. Serushago”, ICTR-98-39-S, 05/02/1999, párr. 20; “Prosecutor vs. Rutaganda”, ICTR-96-3-T, 06/12/1999, Trial Chamber I, párr. 456 y “Prosecutor vs. Musema”, ICTR-96-13-T, 27/01/2000, párr. 986.

(31) Ver CRYER, ROBERT, FRIMAN, HÅKAN, ROBINSON DARRYL y WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 396.

(32) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 254. Esta posición es cuestionada en Méndez, Juan E., “Accountability for Past Abuses”, en *Human Rights Quarterly*, 1997, vol. 19, p. 276.

(33) Ver TAMBURRINI, CLAUDIO, “Castigar (¿a cuántos?) violadores de los derechos humanos: el dilema de los gobiernos posdictatoriales”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 53, Bs. As., 1989, p. 91.

(34) Ver AUKERMAN, MIRIAM J., op. cit., p. 53.

y la pena no se convierte en desproporcionada con relación a la falta cometida, es decir, debe existir una relación entre la culpabilidad del autor y la pena impuesta.

Si bien el retribucionismo ha recibido numerosas críticas, a continuación sólo se hará referencia a dos de las más importantes. La primera, formulada por Ferrajoli, consiste en que si el valor moral de la pena infligida por las violaciones previstas en la ley penal viene asumido como justificación externa de la pena misma, se produce una confusión entre el derecho y la moral. Si el derecho es un fenómeno distinto de la moral, no derivable de ésta; sino, justamente por eso, en base a ella criticable, el derecho penal, no tiene la misión de reforzar o de promover la moral, sino únicamente una finalidad de tipo utilitario.⁽³⁵⁾ Pero, más importante aun, es la crítica realizada por Roxin al señalar que si la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea no puede servirse de una pena que prescindiera de toda finalidad social.⁽³⁶⁾

Por otra parte, quienes sostienen que la fundamentación del castigo obedece a la rehabilitación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, consideran que si los daños sufridos por éstas y sus familias no se reparan, las heridas perduran y los conflictos reaparecen, por lo que el juzgamiento de sus autores es un componente indispensable de la construcción de la paz.⁽³⁷⁾

De este modo, las persecuciones penales proporcionan a las víctimas un sentimiento de que se logra finalmente justicia para su caso y que su dolor y sufrimiento han sido debidamente tenidos en consideración.⁽³⁸⁾ En este contexto, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido adquiere una especial dimensión para las víctimas, circunstancia que es particularmente

(35) Ver FERRAJOLI, LUIGI, "Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón", en *Revista Más Derecho*, año 2, n° 2, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2001, pp. 17/85.

(36) Ver ROXIN, CLAUS, "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en Maier, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, p. 19.

(37) Ver LEE, ROY S., "The Rome Conference and Its Contributions to International Law", en Lee, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 1.

(38) Ver KRITZ, NEIL J., "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n°4, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, 1996, p. 128.

trascendental en el caso de familiares y amigos de personas desaparecidas quienes, aun perdida por completo la esperanza de encontrar a sus seres queridos con vida, mantienen un deseo desesperado de saber qué sucedió con ellos.⁽³⁹⁾ Tal como señalaba el entonces Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja:

“[s]i bien es cierto que aceptar la muerte de un ser querido causa un gran dolor, desconocer la suerte que ha corrido un ser querido es, con mucho, la peor situación por la que se pueda pasar. El sufrimiento y la incesante búsqueda de información conducen con frecuencia a la marginación de esas personas, con todas las consecuencias que ello tiene para la sociedad, además de los obstáculos que plantea para la paz y la reconciliación”.⁽⁴⁰⁾

Simultáneamente, la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos permiten que los hechos sean conocidos no sólo por las víctimas y sus familiares sino también por el conjunto de la sociedad.⁽⁴¹⁾

Esta ha sido la posición desarrollada por la Corte IDH al referirse a la impunidad en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Para el Tribunal: “la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.⁽⁴²⁾ En el “caso del Caracazo vs. Venezuela” consideró que como no se habían identificado y sancionado a los responsables de los homicidios, desapariciones y de las graves lesiones sufridas por las víctimas, ni a quienes ordenaron sepultar a los fallecidos en fosas comunes,

(39) Ver COHEN, STANLEY, “Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado”, op. cit., p. 570. La crítica que se formula a quienes sostienen la búsqueda de la verdad como fin primordial del proceso es que la justicia se convierte en un elemento auxiliar de la memoria en lugar de que los testimonios sirvan como herramientas para alcanzar la justicia. GARAPON, ANTOINE, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 140.

(40) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Declaración del señor Jakob Kellenberger Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja”, 60º período de sesiones, 17/03/2004, párr. 9.

(41) Ver HARRIS, DAVID, O'BOYLE, MICHAEL y WARBRICK, COLIN, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2da. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 49 y HAYNER, PRISCILLA B., “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, en *Human Rights Quarterly*, n° 4, 1994, vol. 16, p. 611.

(42) Corte IDH, “caso de la ‘Panel Banca’ (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala”, Fondo, sentencia del 08/03/1998, Serie C n° 37, párr. 173.

se había configurado una situación de grave impunidad en relación con los respectivos hechos que lesionaba a las víctimas, a sus familiares y al conjunto de la sociedad.⁽⁴³⁾

Cançado Trindade considera que no se puede negar la estrecha vinculación entre la realización de la justicia —entendida como la superación de la obstaculización de los deberes de investigación y sanción de los responsables— y el combate a la impunidad.⁽⁴⁴⁾ Además, destaca los fines preventivos de la *reparatio* dado que no sólo provee satisfacción a las víctimas o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, sino que, al mismo tiempo, restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones, un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana.⁽⁴⁵⁾

Dentro del prevenciónismo, la característica fundamental que tiene la pena es que mira hacia el futuro, por lo que busca que la ejecución de la pena cumpla un fin valioso. Las teorías prevenciónistas pueden dividirse en dos: la prevención especial y la general.

Las teorías de la prevención especial se desarrollaron en la segunda mitad del siglo XIX paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social sano o enfermo y analizan, no tanto a los delitos, como a los reos, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo.⁽⁴⁶⁾

Según Von Liszt, la prevención especial se puede llevar a cabo en tres formas: asegurando a la generalidad frente al delincuente mediante su encierro, intimidándolo para que no cometa otros hechos punibles mediante la pena, y mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia. De acuerdo a ello, la escuela sociológica proponía un tratamiento diferente según el tipo de autor: la intimidación del autor ocasional, el mejoramiento de los susceptibles de mejoramiento —prevención especial positiva— y

(43) Ver Corte IDH, caso del “Caracazo Vs. Venezuela”, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/08/2002, Serie C n° 95, párr. 117 y caso “La Cantuta Vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/11/2006, Serie C n° 162, párr. 222.

(44) Ver Corte IDH, caso “Goiburú y otros Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22/09/2006. Serie C n° 153, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 63.

(45) Ver Corte IDH, caso “Bulacio Vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18/09/2003. Serie C n° 100, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 37.

(46) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 264/265.

la inocuización de quien no puede ser intimidado ni tratado —prevención especial negativa—. ⁽⁴⁷⁾

A esta teoría, generalmente se le formulan cuatro críticas principales: la primera, que tanto Kant como Hegel compartirían, radica en que no es misión del Estado mejorar o moldear a sus ciudadanos; la segunda —asumiendo que se supera la crítica anteriormente señalada— consiste en la dificultad de determinar cuándo una persona está resocializada, por lo que, si lo que se busca es alcanzar el fin de reinserción del condenado, lo ideal sería que las penas sean indeterminadas y se adapten a cada caso en concreto vulnerando de esta manera el principio de legalidad; la tercera, reside en que hay delitos que sólo pueden ser ejecutados bajo condiciones políticas favorables por lo que es cuestionable que puedan volver a ser cometidos; ⁽⁴⁸⁾ y la cuarta, se fundamenta principalmente en el demostrado fracaso del sistema penitenciario para “resocializar” personas. Como afirma Zaffaroni, las ideologías “re” —resocialización, reeducación, reinserción, reincorporación— se hallan completamente deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social. ⁽⁴⁹⁾

Pese a lo señalado, el TPIY ha tenido en cuenta criterios vinculados a la prevención especial positiva, por ejemplo, en “Prosecutor vs. Erdemović” donde afirmó que la baja edad del imputado al momento de cometer el crimen y ser condenado, sumado a su carácter, permitían concluir que podía ser reformado ⁽⁵⁰⁾. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal valoró positivamente que el imputado había cooperado brindando información no sólo sobre los hechos sucedidos sino también sobre sus ejecutores y responsables, reconocido su culpabilidad y mostrado arrepentimiento.

Las teorías de la prevención general también se pueden subdividir en negativas y positivas.

(47) Ver ROXIN, CLAUS, op. cit., pp. 20 y 21.

(48) Ver NINO, CARLOS S., op. cit., p. 11. Así se afirma que quienes cometen crímenes internacionales son guiados por fuertes convicciones ideológicas y un odio irracional por lo que todos los justificativos anteriores no tendrían sentido, lo único importante es que no se presenten nuevamente las condiciones que les permitan cometerlos. WIPPMAN, DAVID, op. cit., p. 590.

(49) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 63.

(50) Ver TPIY, “Prosecutor vs. Erdemović”, IT-96-22-Tbis, 05/03/1998, Trial Chamber, párr. 16: “(...) he is reformable and should be given a second chance to start his life afresh upon release, whilst still young enough to do so”.

La prevención general negativa pretende que la pena sirva de amenaza a la población para que no cometa delitos en el futuro. En este sentido, el castigo también sirve como una forma de propaganda moral que busca crear una inhibición inconsciente contra el crimen, de modo que los actos delictivos no se presenten conscientemente como alternativas reales aun en los casos en que el riesgo de ser atrapado sea mínimo.⁽⁵¹⁾ En "Prosecutor vs. Kordić & Čerkez", el TPIY manifestó que los individuos deben estar advertidos de que tienen que respetar las normas fundamentales del derecho penal o, de lo contrario, serán perseguidos y sancionados por tribunales internacionales.⁽⁵²⁾

La relación entre una sanción penal y el monto de la pena, con el índice delictivo, ha demostrado que no existe un nexo entre el aumento de las penas y la prevención del delito, toda vez que aun para aquellos delitos a los que se les aplica la pena de muerte, la sociedad no se ve intimidada a no delinquir.⁽⁵³⁾

Por otra parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que en casos de formas graves de criminalidad como el terrorismo de Estado, el efecto disuasivo es menos sensible que en el resto de los delitos dado que son cometidos por personas invulnerables,⁽⁵⁴⁾ añadiendo que "la inmensa mayoría de la sociedad evita las conductas aberrantes y lesivas por una enorme cantidad de motivaciones éticas, jurídicas y afectivas que nada tienen que ver con el temor a ser perseguido", por lo que concluyen que la idea de que la prevención general punitiva disuade a las personas es una ilusión del "pan-penalismo".⁽⁵⁵⁾

La experiencia en el derecho internacional penal, a su vez, indica que aquello que puede llevar a un régimen a no cometer nuevos crímenes internacionales no es la gravedad de la pena amenazada, sino la medida del

(51) Ver AKHAVAN, PAYAM, "Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia?", en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 4, 1998, p. 746.

(52) Ver TPIY, "Prosecutor vs. Kordić & Čerkez", IT-95-14/2-A, 17/12/2004, Appeals Chamber, párr. 1078: "(...) must be warned that they have to respect the fundamental global norms of substantive criminal law or face not only prosecution but also sanctions imposed by international tribunals. In modern criminal law this approach to general deterrence is more accurately described as deterrence aiming at reintegrating potential perpetrators into the global society".

(53) Ver MÉNDEZ, JUAN E., op. cit., pp. 275 y 276.

(54) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., p. 58.

(55) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., p. 58.

riesgo de que sus autores sean atrapados o depuestos y luego enjuiciados en el caso concreto. Por ello, el problema radica en demostrar el posible efecto preventivo de la amenaza de sanción bajo las condiciones de vida actuales que se caracterizan porque el castigo es incierto, excepcional y generalmente poco severo.⁽⁵⁶⁾ Para la mayoría de los autores de crímenes internacionales que no revisten un cargo jerárquico importante, el riesgo de persecución es aun mucho menor. Por ende, para que se puedan prevenir futuros crímenes sería imprescindible que se aumente la probabilidad de que se juzgue a sus autores tanto a nivel nacional como internacional.⁽⁵⁷⁾

Sobre el particular, es interesante la posición de Robinson para quien la crítica acerca de la poca eficacia preventiva del castigo, en función de que los autores presumen que no serán castigados, es circular dado que parte de la asunción de una práctica de tolerancia de la impunidad. En efecto, la existencia de impunidad *de facto* es una pre-condición para que graves violaciones a los derechos humanos se hayan cometido y sigan cometiéndose en diferentes Estados.⁽⁵⁸⁾ Por lo tanto, cuanto mayor sea la reacción de la comunidad internacional en cuanto al castigo de los responsables, mayor será el análisis de las consecuencias de los actos que éstos realizarán.⁽⁵⁹⁾

En otro orden de ideas, Roxin distingue tres fines y efectos distintos de la pena para quienes la justifican en función de la teoría de la prevención general positiva: el aprendizaje, motivado social-pedagógicamente, la confianza que surge en el ciudadano cuando ve que el derecho se aplica a través de la justicia penal y, finalmente, la pacificación, que se produce cuando la consciencia jurídica general se tranquiliza en virtud de la sanción y considera solucionado el conflicto.⁽⁶⁰⁾

(56) Ver MERON, THEODOR, "From Nuremberg to the Hague", en *Military Law Review*, n° 149, 1995, p. 110; AUKERMAN, MIRIAM J., op. cit., p. 64; y BROWN, ANDREW S., "Adiós amnesty: prosecutorial discretion and military trials in Argentina", en *Texas International Law Journal*, Winter, 2002, vol. 37, p. 206.

(57) Empero ello no siempre trae como consecuencia la disminución del delito sino que puede generar el perfeccionamiento en su comisión, existiendo cada vez más casos de actores que tratan de encubrir sus crímenes utilizando alias y máscaras que impidan sus identificaciones y destruyendo las pruebas que los acrediten. Ver WIPPMAN, DAVID, op. cit., p. 479.

(58) Ver RODLEY, NIGEL S., "The Universal Declaration of Human Rights: Learning from Experience", en *Essex Human Rights Review*, n° 1, 2008, vol. 5.

(59) Ver Robinson, Darryl, op. cit., p. 489.

(60) Ver ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, trad. de la 2da. ed. alemana por Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier De Vicente Remesal, Madrid,

La pena, pues, tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo que sigue creyendo y compartiendo el valor de la vida, de la dignidad, de la integridad personal y de la libertad⁽⁶¹⁾ pues, como advierte Sancinetti: “la norma como tal, no tiene ningún valor si ella no está fundada en el valor del interés efectivamente protegido”.⁽⁶²⁾ Este autor destaca que, si se entiende a la pena como un “comunicado” que solo tiene la misión de expresar, con la imposición de un mal al infractor, que la sociedad sigue confiando en el valor de la norma quebrantada, no hace falta ninguna demostración fáctica de su carácter preventivo: la pena realiza ya su propio fin por el hecho de que reestablece el orden quebrantado.⁽⁶³⁾

Este valor meramente “declarativo” o “educacional” de la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos es probablemente la única contribución que el derecho penal brinda en el combate de la impunidad porque sirve para, a través de un proceso público con el respeto de la totalidad de las garantías judiciales que culmina en una sentencia, reafirmar que cierto tipo de conductas son anti-sociales y no son toleradas.⁽⁶⁴⁾ Además, el castigo de los responsables de estos crímenes permite constatar que la autoridad del derecho es superior a todos los individuos y que no admite excepciones ni privilegios.⁽⁶⁵⁾

Civitas, 1997, pp. 91 y 92 y ROXIN, CLAUS, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, op. cit., p. 28.

(61) Ver ORENTLICHER, DIANE F., “Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en *Yale Law Journal*, n° 8, June, 1991, vol. 100, p. 2542.

(62) SANCINETTI, MARCELO A., y FERRANTE, MARCELO, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 461.

(63) Ver SANCINETTI, MARCELO A., “Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución Nacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IX, n° 16, Bs. As., Ad Hoc, 2003, p. 52.

(64) Ver Schabas, William A., “Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach”, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1997, vol. 7, p. 516; y Hazan, Pierre, op. cit., p. 32. En esta dirección se pronunció la Corte IDH, al analizar la impunidad existente con relación a las graves violaciones de derechos humanos contra las mujeres en Ciudad Juárez: “[l]a impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de 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 en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”. Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 16/11/2009. Serie C n° 205, párr. 400.

(65) Ver AUKERMAN, MIRIAM J., op. cit., pp. 72 y 73.

Quien quizás haya estudiado con mayor profundidad el tema de la justificación del castigo de las más graves violaciones a los derechos humanos ha sido Hannah Arendt. En este sentido, el análisis de sus escritos, principalmente de su obra *Eichmann en Jerusalén*, permite identificar tres conceptos fundamentales para analizar la justificación del castigo de Adolf Eichmann —*Obersturmbannführer nazi* encargado de la logística de las deportaciones hacia los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial— que se pueden aplicar a cualquier autor de una grave violación de derechos humanos: a) la banalidad del mal, b) el mal absoluto o *radical evil* y c) el juicio irreflexivo.

Pese a que ha generado algunas discusiones en quienes han estudiado su obra, Arendt habría utilizado la categoría de “mal absoluto” para describir a los crímenes cometidos y la de “mal banal”, para referirse a sus autores.⁽⁶⁶⁾

La banalidad de Eichmann, Arendt la revela durante el juicio llevado a cabo en Jerusalén en el año 1961, cuando en lugar de encontrar a alguien sobresaliente y notable, ve a una persona común.

Pese a ello, lejos de minimizar la maldad, Arendt advierte que un mal inimaginable puede ser el resultado de una constelación de cualidades humanas comunes: su autor, sin darse cuenta de la inmoralidad de lo que está haciendo, comete estos crímenes siendo tan normal como todos sus pares.⁽⁶⁷⁾

El mal absoluto se verá reflejado en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, representando un mal que va más allá de lo imaginable y comprensible. Empero debe tenerse en cuenta que para Arendt su concepción del mal es secular, por lo que carece de implicancias religiosas o demoníacas.

Raffin ha señalado que: “si el mal es por definición absoluto, irremediable, no obstante es necesario hacer algo para reafirmar los valores negados”.⁽⁶⁸⁾

(66) En este sentido se pronunció Ralph Buchenhorst en su trabajo expuesto durante el Coloquio Internacional a 100 años del nacimiento de Hannah Arendt “Moral y política: Eichmann, el antisemitismo y la banalidad del mal” desarrollado el 9 de septiembre de 2006 en Buenos Aires, Argentina.

(67) Ver COHEN, STANLEY, *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, op. cit., pp. 120 y 121.

(68) RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2006, p. 204.

Así, se requerirá el castigo de tales crímenes a partir de la noción de *sensus communis*, que se encuentra tanto en el juicio teleológico en Kant como en el juicio reflexivo en Arendt.⁽⁶⁹⁾ En este sentido, Arendt le reprochará a Eichmann su ausencia de pensamiento —*thoughtfulness*—. Toda vez que se opone a todo ontologismo en la explicación y la atribución del origen del mal, la capacidad de distinguir entre el bien y el mal se vincula con el acto de pensar, que por definición, puede ser exigido a todas las personas en el marco del Estado de derecho.⁽⁷⁰⁾ En el caso de Eichmann, éste había reducido el mundo a categorías administrativas como parte de un pensamiento burocrático. Por ende, el exterminio de los judíos no fue para él un problema moral sino uno de carácter administrativo. De este modo, la deshumanización de la víctima que es colocada fuera del universo moral del perpetrador,⁽⁷¹⁾ permitirá concluir que los criminales nazis no realizaron un juicio reflexivo en el sentido de representarse a sus víctimas como iguales por lo que deben ser sancionados.

A lo señalado en los párrafos precedentes, debe añadirse que el castigo de las graves violaciones a los derechos humanos por los tribunales nacionales de los Estados sirve también para rehabilitar el orden jurídico internacional que se vio vulnerado por dichas conductas, fortaleciendo el establecimiento de una cultura política que considere a éstas inaceptables.⁽⁷²⁾

Este es uno de los argumentos por los cuales se justifica la imprescriptibilidad de la persecución penal de las graves violaciones a los derechos humanos,⁽⁷³⁾ que tuvo en el castigo de los autores de los delitos cometidos por el régimen nazi dos décadas después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, su primera prueba de fuego a los fines de la reafirmación de los fines preventivos generales de la pena. La no persecución de estos crímenes conmovía fuertemente a la conciencia jurídica universal por lo que,

(69) RAFFIN, MARCELO, op. cit., p. 201.

(70) Ver JASPERS, KARL, "The Question of German Guilt", citado en Aukerman, Miriam J., op. cit., p. 59. Luego de la Segunda Guerra Mundial, el filósofo alemán sostuvo que los individuos son moralmente responsables por todos sus actos, lo que incluye el cumplimiento de órdenes políticas y militares.

(71) Ver COHEN, STANLEY, *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, op. cit., p. 110.

(72) Ver AKHAVAN, PAYAM, op. cit., p. 744 y McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 339.

(73) Ver KOK, RUTH A., *Statutory limitations in international criminal law*, The Hague, TMC Asser Press, 2007, p. 287.

a diferencia de lo que sostienen algunos autores, es falso que el paso del tiempo haga que la población olvide lo ocurrido, de modo que la pena no cumpliría ningún efecto ejemplificador o pacificador.⁽⁷⁴⁾ La afectación que el criminal produce a la comunidad internacional es tan grave, que aun si la víctima o sus familiares lo perdonasen, ello no serviría para exonerarlo de sus actos pues la sociedad en su conjunto necesita reafirmar la vigencia del derecho.⁽⁷⁵⁾

Este fue el espíritu que estuvo presente al momento de adoptarse el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Todas las delegaciones en la Conferencia de Roma estuvieron de acuerdo en que no puede haber paz sin justicia, especialmente en función de la capacidad de la justicia para lograr la reconciliación y evitar la comisión de futuros crímenes.⁽⁷⁶⁾ Así, la lucha contra la impunidad como forma de prevenir nuevas violaciones al derecho internacional es un objetivo del tribunal que ha sido consagrado en el Preámbulo de su Estatuto.

Bassiouni, quien desempeñó un rol fundamental en la creación de la Corte, señaló como algunos de sus objetivos reforzar los valores públicos, confirmar el principio de justicia a través de la igual aplicación del derecho, reforzar la prevención general del delito y confirmar la vigencia del derecho internacional al cumplir con la *civitas maxima* de que todos los Estados deben cooperar en la prevención, persecución y castigo de los crímenes internacionales.⁽⁷⁷⁾

La función eminentemente preventiva del derecho y la sanción penal también se encuentra reconocida en la jurisprudencia constante de los tribu-

(74) SABELLI, HÉCTOR E., "No habrá más penas ni olvido. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad", en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2006-I, p. 384. Como señaló el Tribunal Constitucional Alemán en 1969, aun el castigo tardío produce un mayor efecto preventivo que la ausencia de castigo debido a cláusulas limitatorias de la persecución penal. Sentencia del 26/02/1969, citada en Kok, Ruth A., op. cit., p. 277.

(75) Ver SOTTAS, ERIC, "Transitional justice and sanctions", en *International Revue of the Red Cross*, vol. 90, n° 870, 2008, p. 380; y AUKERMAN, MIRIAM J., op. cit., pp. 46 y 47.

(76) Ver TRIFFTERER, OTTO, "The Preventive and the Repressive Function of the International Criminal Court", en Mauro Politi y Giuseppe Nesi (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001, p. 141; y BENNOUNA, MOHAMED, "Truth, Justice and Amnesty", en Lal Chand Vohrah y otros (eds.), op. cit., p. 127.

(77) Ver BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, op. cit., p. 220; y SCHABAS, WILLIAM A., *Genocide in International Law: the Crimes of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 447.

nales de derechos humanos⁽⁷⁸⁾ y del TPIY. Este último en “Prosecutor vs. Nikolić, Momir” sostuvo que es deseable que el tribunal así como otras cortes internacionales estén desarrollando una cultura del respeto al Estado de derecho y no sólo del temor a las consecuencias que acarrea su violación.⁽⁷⁹⁾ Al analizar los objetivos que se planteó el Consejo de Seguridad al crear el tribunal, mencionó la intención de enviar el mensaje a todas las personas de que las violaciones al derecho internacional humanitario no serían toleradas y debían finalizar. Asimismo, señaló que se esperaba que al destacar cuáles fueron las violaciones a las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario, los Estados iban a reconducir sus actos para observar y adherir a dichas obligaciones, previniéndose la comisión de nuevos crímenes. Por último, el compromiso de terminar con la impunidad en Yugoslavia promovería el respeto al Estado de derecho a nivel global.⁽⁸⁰⁾

De igual manera, en “Prosecutor vs. Kordić & Čerkez” sostuvo que uno de los propósitos más importantes de las sentencias del TPIY es dejar en claro que el derecho internacional se implementa y se hace cumplir. Esta función educativa de la sentencia tiene como meta enviar el mensaje de que las normas del derecho internacional humanitario deben ser obedecidas bajo toda circunstancia. Al hacer eso, la sentencia busca que en la mente de los ciudadanos se internalicen estas reglas, concluyendo que tanto al estigmatizar la conducta del criminal como al poner fin a la impunidad, se logra la misma finalidad de prevención general positiva.⁽⁸¹⁾

(78) Ver BESTAGNO, FRANCESCO, op. cit., p. 202.

(79) Ver TPIY, “Prosecutor vs. Nikolić, Momir”, IT-02-60/1-S, 2 December 2003, Trial Chamber I, Section A, párr. 89: “it is hoped that the Tribunal and other international courts are bringing about the development of a culture of respect for the rule of law and not simply the fear of the consequences of breaking the law, and thereby deterring the commission of crimes”.

(80) Ver TPIY, “Prosecutor vs. Nikolić, Momir”, IT-02-60/1-S, 02/12/ 2003, Trial Chamber I, Section A, párr. 59: “The Tribunal was to achieve justice through criminal proceedings. The purpose of such proceedings was multi-fold: the primary objective was to convict—and punish—those individually responsible for their crimes. The suffering and loss of the victims of such crimes would thereby be internationally recognised and acknowledged. Furthermore, through criminal proceedings, the Security Council intended to send the message to all persons that any violations of international humanitarian law—and particularly the practice of “ethnic cleansing”—would not be tolerated and must stop. It was further hoped that by highlighting breaches of obligations under international humanitarian law, and in particular the Geneva Conventions, that the parties to the conflict would recommit themselves to observing and adhering to those obligations, thereby preventing the commission of further crimes. Finally, it was hoped that this commitment to end impunity in the former Yugoslavia would promote respect for the rule of law globally”.

(81) Ver TPIY, “Prosecutor vs. Kordić & Čerkez”, op. cit., párrs. 1080 y 1081: “One of the most important purposes of a sentence imposed by the International Tribunal is to make

La justificación que otorga la teoría de la prevención general positiva al deber de castigar las graves violaciones a los derechos humanos ha recibido críticas. A continuación se examinarán las más relevantes.

En primer lugar, se ha señalado que si el único fin del derecho penal es la prevención de los delitos, la vía más eficaz para lograrlo sería la del “terrorismo punitivo” confiado directamente a los brazos armados del Estado.

Siguiendo los fines asignados por Ferrajoli al derecho penal —la disuasión de los delitos y la protección de los imputados contra los excesos y las arbitrariedades punitivas, entre las que se encuentra la venganza privada—, así como la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, esta primera crítica tiene que ser descartada porque el derecho penal debe garantizar no sólo la disuasión de los delitos sino también la tutela de los delincuentes o de los presumidos como tales. Justamente por eso, el mencionado autor sostiene que el derecho penal “no puede verse informado por un ‘utilitarismo a medias’, como he llamado a aquél de la sola prevención de los delitos, sino por un ‘utilitarismo reformado’, que tenga en cuenta, además de la máxima seguridad posible de los no desviados, la mínima aflicción necesaria de los desviados”.⁽⁸²⁾

De este modo, el castigo a través de un proceso penal donde se respetaron las garantías del debido proceso del imputado aseguraría dichos fines dado que la evidencia judicial e información obtenida es factual, exacta y objetiva y es obtenida por procedimientos imparciales.⁽⁸³⁾

Un segundo grupo de críticas proviene de aquellos penalistas que desconocen la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho penal que, proclamando las banderas de la Ilustración y el derecho liberal clásico, se oponen al análisis del derecho como una

it abundantly clear that the international legal system is implemented and enforced. This sentencing purpose refers to the educational function of a sentence and aims at conveying the message that rules of humanitarian international law have to be obeyed under all circumstances. In doing so, the sentence seeks to internalise these rules and the moral demands they are based on in the minds of the public (...) both stigmatising the offender's conduct and ending impunity serve the same goal pursued by affirmative general prevention: to reassure the public that the legal system has been upheld and to influence the public not to violate this legal system”.

(82) FERRAJOLI, LUIGI, “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón”, en op. cit., pp. 17/85.

(83) Ver COHEN, STANLEY, *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, op. cit., p. 246.

unidad donde confluye no sólo el derecho penal sino también el derecho internacional de los derechos humanos surgido como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Para estos autores, el castigo no tendría ninguna finalidad más que la retribución y el saciar la sed de venganza de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares.

Más allá de la intransigencia de la postura de estos penalistas, por el hecho de que en un mundo globalizado se sustraen a toda influencia del derecho internacional como si éste sólo funcionara respecto de los adelantos tecnológicos, puede agregarse que la defensa de un derecho penal mínimo no entraría en ninguna contradicción con el castigo de las graves violaciones a los derechos humanos, precisamente porque “la pena debe intervenir sólo en conflictos muy graves, que comprometen intereses generales, y en los que de no hacerlo, se correría el riesgo de una venganza privada ilimitada”.⁽⁸⁴⁾

Asimismo, se cuestiona que la pena que busca objetivos utilitaristas y preventivos es indeterminada, arbitraria e injusta.⁽⁸⁵⁾

Como afirma Roxin, a las teorías utilitaristas se les puede incorporar como medio para la limitación de la pena un elemento decisivo de retribucionismo: el principio de culpabilidad.⁽⁸⁶⁾ En este sentido, el TPIY en “Prosecutor vs. Todorović” señaló que en determinados casos es necesario utilizar principios retribucionistas para garantizar la proporcionalidad del castigo con el daño producido por el crimen cometido,⁽⁸⁷⁾ lo que permitiría superar la objeción mencionada.

No obstante ello, debe advertirse que la utilización del criterio de proporcionalidad debe estar fundada. Esto claramente no ocurrió en el denominado “Juicio a las Juntas” que se celebró en la Argentina donde el tribunal asignó la pena de reclusión perpetua al Teniente General Videla, y a los restantes imputados los condenó a penas menores en función de

(84) ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, op. cit., p. 64.

(85) Ver VERVAELE, JOHN, “Las grandes teorías de la penal en los siglos XVIII y XIX”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Cauca*, n° 525/6, Cali, 1991, p. 299.

(86) Ver ROXIN, CLAUS, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, op. cit., p. 37.

(87) Ver TPIY, “Prosecutor vs. Todorović”, IT-95-9/1-S, 31/07/2001, Trial Chamber I, párr. 29: “The principle of retribution, if it is to be applied at all in the context of sentencing, must be understood as reflecting a fair and balanced approach to the exaction of punishment for wrongdoing. This means that the penalty imposed must be proportionate to the wrongdoing; in other words, that the punishment be made to fit the crime”.

haber cometido menos delitos.⁽⁸⁸⁾ De este modo, al Brigadier Agosti, también integrante de la Primera Junta militar desde el golpe de Estado hasta el 18 de diciembre de 1979, se lo condenó a la pena de 4 años y 6 meses de prisión como autor de 8 tormentos y 3 robos siendo la escala penal del delito de tormentos, de 3 a 10 años de prisión. Como esgrimió Sancinetti al criticar esta parte del fallo dictado por la Cámara Federal, “[e]llo implicó una reafirmación insignificante del valor de la integridad personal y de la dignidad humana, destruyendo el valor de la norma como modelo orientador de la conducta social”.⁽⁸⁹⁾

Una última objeción se relaciona con la imposibilidad fáctica de sancionar a todos los autores de graves violaciones a los derechos humanos.⁽⁹⁰⁾

En la mayoría de los casos, si las violaciones han sido masivas y sistemáticas, casi la totalidad de los miembros de las fuerzas de seguridad estuvieron involucrados en cierto grado con el aparato represivo, ya sea como protagonistas o como meros observadores que no hicieron nada para evitar la comisión de estos crímenes. Por lo tanto, deberían realizarse miles de juicios contra decenas de miles de imputados, lo que llevaría al colapso del sistema judicial de cualquier Estado. Por eso, Méndez considera que la selectividad es inevitable, poniendo como ejemplo que ningún sistema de justicia del mundo pretende castigar todas y cada una de las conductas contrarias a la ley.⁽⁹¹⁾

(88) Idéntico razonamiento fue utilizado por el juez Guillermo Andrés Gordo en el Caso “Poblete”. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Capital Federal, causas n° 1056 y 1207, rta. el 4 de agosto de 2006. Para este magistrado, toda vez que el Teniente General y Comandante en Jefe del Ejército Viola fue condenado a la pena de diecisiete años de prisión, inhabilitación absoluta perpetua, accesorias legales, destitución y costas, por haber sido hallado penalmente responsable de los delitos de privación ilegal de la libertad, calificada por haber sido cometido con violencia y amenazas, reiterado en ochenta y seis oportunidades; tormentos, reiterados en once oportunidades y robo reiterado en tres oportunidades, la sanción impuesta a Simón, no podía nunca ser superior. Para Gordo, “imponer al encausado una sanción superior [a la de Viola] cuando habrá de enrostrarse en estos autos, únicamente la privación ilegal de la libertad de Hlaczik y Poblete, los tormentos padecidos por ellos (dos hechos) y el ocultamiento de una menor de diez años; resulta irrazonable por desproporcionada”. Para una crítica de la sentencia ver, REY, SEBASTIÁN A., “Juicio y castigo: a propósito de la sentencia del Caso Poblete”, en *Suplemento de Derecho Público de El Dial*, n° 44; y PIÑOL SALA, NURIA, “Crónica de un juicio esperado. Algunas reflexiones sobre el reciente juicio a Julio H. Simón, alias ‘el turco Julián’”, en *Nueva Doctrina Penal*, n° 2006/B, Bs. As., 2006, pp. 587/609.

(89) SANCINETTI, MARCELO A., *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, op. cit., p. 47.

(90) Ver AUKERMAN, MIRIAM J., op. cit., p. 52.

(91) Ver MÉNDEZ, JUAN E., op. cit., p. 274.

A los efectos de reivindicar la vigencia del derecho y evitar la repetición de los crímenes no es imprescindible que se persigan a todos los que participaron en los crímenes cometidos por un régimen anterior siempre que se lleve adelante un programa organizado de castigos ejemplares para los principales responsables de los crímenes cometidos.⁽⁹²⁾ Para ello, resulta necesario establecer ciertos criterios que permitan sancionar a los responsables sin que aparezcan muestras de favoritismo, arbitrariedad o trato desigual ante la ley.⁽⁹³⁾

Un criterio fundamental se relaciona con la prueba existente para investigar y condenar a una persona. Más allá de violar garantías elementales del debido proceso, si se lo plantea desde un plano netamente teórico, a los fines de la reafirmación de la vigencia del derecho resulta contraproducente condenar a una persona inocente, toda vez que si en algún momento se diera a conocer el error o arbitrariedad cometido, la confianza de la sociedad en la Justicia se vería dramáticamente afectada. Este es un riesgo que de ningún modo se podría asumir.

Otro elemento a considerar es el grado de culpabilidad del imputado, debiendo perseguir en primera instancia a quienes ocupaban los más altos cargos políticos y militares, lo que debe indefectiblemente comprender a aquellos civiles que hubieran participado en el régimen y a los integrantes de las fuerzas de seguridad y organizaciones paramilitares alentadas por el Estado.

Al analizar la práctica de los Tribunales Penales Internacionales al respecto, Laucci sostiene que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y del TPIY le concedieron al fiscal —y al juez encargado de confirmar la acusación— una gran libertad al no brindar criterios específicos para determinar quiénes debían ser considerados los más importantes criminales.⁽⁹⁴⁾ Una clara muestra de ello, es que en el caso del TPIY, su primer juzgamiento fue el de “Dusko Tadić”, cuyos crímenes si bien fueron espanto-

(92) Ver ORENTLICHER, DIANE F., op. cit., pp. 2598/2603.

(93) Ver MORRIS, MADELINE H., “*International Guidelines against Impunity: Facilitating Accountability*”, en *Law and Contemporary Problems*, n° 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, Duke University School of Law, 1996, vol. 59, p. 31.

(94) Ver LAUCCI, CYRIL, “*Juger et faire juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire. Réflexions sur la mission des Tribunaux pénaux internationaux et les moyens de l’accomplir*”, en *Internacional Revue of the Red Cross*, n° 842, 2001, vol. 83, pp. 412 y 413.

sos, no lo ubican entre los máximos responsables de los delitos cometidos en Yugoslavia.⁽⁹⁵⁾ De este modo, ambos Tribunales Penales Internacionales rompieron con la tradición de no juzgar a los subalternos.⁽⁹⁶⁾

Empero debe señalarse que si no se juzga a los oficiales con rango inferior y sólo se persigue a los superiores, los primeros, que participaron de modo directo y personal en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, en poco tiempo se convertirían en los próximos líderes de las fuerzas de seguridad.⁽⁹⁷⁾ Asimismo, las víctimas deberían convivir día a día con sus victimarios, que bajo el fundamento de haber cumplido órdenes superiores, se encontrarían en libertad, lo que se tornaría insostenible. Por ello, Del Ponte sostiene que junto a los máximos responsables de los crímenes cometidos también debe someterse a proceso a aquellos individuos que si bien no ocupaban un rol importante, se distinguieron por haber cometido numerosos crímenes de modo sistemático y generalizado, cumpliendo un rol ejemplificador para el resto de las fuerzas.⁽⁹⁸⁾

3. A modo de cierre

Si bien se han mencionado algunos precedentes donde la Corte IDH ha desvirtuado de algún modo las diferencias que existen entre las graves violaciones a los derechos humanos y sus demás violaciones, parece claro que en el derecho internacional de los derechos humanos la jurisprudencia ha reconocido que el deber de investigar y sancionar penalmente se aplica sólo a las graves violaciones.⁽⁹⁹⁾

De este modo, el concepto de graves violaciones a los derechos humanos es compatible con el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas, dado que el derecho internacional de los derechos humanos va a consagrar el recurso al derecho penal como *ultima ratio*. En efecto, la pena sólo va a ser requerida en conflictos muy graves que comprometan

(95) Ver DEL PONTE, CARLA, "Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility", en *Journal of International Criminal Justice*, n° 2, 2004, vol. 2, p. 516.

(96) Ver LAUCCI, CYRIL, op. cit., pp. 409 y 410. Sin embargo, dadas las características del conflicto armado en los Balcanes la opción de comenzar juzgando a los subalternos fue considerada la única alternativa viable para que el Tribunal comience a funcionar.

(97) Ver ROHT-ARRIAZA, NAOMI, "State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law", en *California Law Review*, March, 1990, p. 512.

(98) Ver DEL PONTE, CARLA, op. cit., p. 517.

(99) Ver ORENTLICHER, DIANE F., op. cit., p. 2578.

intereses generales. Ello implica que, en virtud de los bienes jurídicamente protegidos que se encuentran en juego en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, la penal es la mejor respuesta posible.⁽¹⁰⁰⁾

Para concluir, la justificación del castigo de las graves violaciones a los derechos humanos resulta útil en términos de prevención general positiva así como a los efectos del reproche a sus autores por no haber realizado el “juicio reflexivo” que explica Arendt.



(100) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, op. cit., p. 409.

El derecho a la asistencia letrada efectiva en el proceso de determinación de la condición de refugiada/o

MARCOS E. FILARDI,⁽¹⁾ KARINA A. DUBINSKY⁽²⁾
y LUCAS R. MENDOS⁽³⁾



1. Introducción

El derecho de solicitar asilo y a disfrutar de él formó parte de los derechos básicos protegidos y consagrados desde la génesis misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos teniendo su lugar en la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁽⁴⁾

(1) Abogado con Diploma de Honor, UBA. Profesor adjunto (int) a cargo del Seminario Interdisciplinario sobre el Hambre y el Derecho a la Alimentación UBA. Cotitular de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionario de Refugio y Tutor de los Niños, Niñas y Adolescentes Refugiados y Peticionantes de Refugio de la Defensoría General de la Nación.

(2) Abogada con Diploma de Honor UBA. Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos UBA. Auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires).

(3) Abogado recibido en la UBA.

(4) *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art.14.1. "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país".

Sin embargo, existen posturas doctrinarias que advierten que, en lo que a asilo se refiere, su alcurnia de “derecho humano” está limitada a su aspecto de “búsqueda”,⁽⁵⁾ lo cual estaría corroborado por el hecho de que al discutirse la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, los Estados procuraron no consagrar “el derecho al refugio”.⁽⁶⁾ Según esta doctrina, no existiría obligación a reconocer como refugiado a quien lo solicite,⁽⁷⁾ sino que de alguna manera, la exigencia que se le impone al Estado radicaría únicamente en oír la solicitud, reservándose la potestad discrecional de reconocer la condición de refugiado y otorgarle a la persona el permiso de permanecer en su territorio. En una línea similar, el Tribunal Europeo reiteró que “el derecho al refugio” no es un derecho como tal consagrado en el Convenio Europeo ni en sus Protocolos.⁽⁸⁾

No obstante ello, entendemos que esta postura es criticable desde distintos puntos de vista. Consideramos, por el contrario, que todo Estado está obligado a oír toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado que se formule ante sus autoridades, en observancia de las normas del debido proceso, y que, corroborados efectivamente los elementos de la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o en aquella/s que el ordenamiento jurídico de ese país establezca, el mismo deberá reconocer a la persona como tal y permitirle la estancia en su territorio, sin que exista un elemento discrecional.

2. La obligación de ofrecer un recurso eficaz observando el debido proceso

Para que el derecho a buscar y recibir asilo pueda ser ejercido de manera efectiva es necesario que los Estados pongan a disposición de toda persona un recurso accesible y eficaz que le permita poder obtener el reconoci-

(5) En este sentido, ver: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 14; *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, artículo XVII; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 22(7); Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre el Asilo Territorial*, Res. 2312(XXII).

(6) Ver, GARRETÓN, R., “Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, en ACNUR/IIDH *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional*, San José, 1995, p. 218.

(7) O’NIONS, HELEN, “The Erosion of the Right to Seek Asylum” en *Web Journal of Current Legal Issues*, N°2, 2006. Ver texto en <http://webjcli.ncl.ac.uk/2006/issue2/onions2.html>.

(8) TEDH, “Sufi y Elmi vs. Reino Unido”, Sentencia del 28/06/ 2011, párr. 212; “Iskandarov vs. Russia”, Sentencia del 23 de septiembre de 2010, parr. 124; “Vilvarajah y otros vs. Reino Unido”, Sentencia del 30/10/1991, párr. 102.

miento de su condición de refugiado.⁽⁹⁾ En ese proceso, debe demostrarse que la persona que solicita ser reconocida como refugiada se encuentra incluida en la definición de persona refugiada contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o en aquella/s que el ordenamiento jurídico de ese país establezca. Además, dicho procedimiento deberá hacerse de acuerdo con las reglas procesales pertinentes de dicho país, de manera escrita y/u oral, en el idioma oficial y valiéndose de los medios al alcance de la persona solicitante.

Evidentemente, todo ese accionar requerirá de conocimientos y esfuerzos que suelen exceder las posibilidades de la inmensa mayoría de personas, que debe abandonar el país de su nacionalidad y/o último lugar de residencia habitual como refugiado. Y ello se vuelve más preocupante aún si se tienen en cuenta las consecuencias que traerá aparejada una denegación de dicha condición, la cual allanará el camino a la devolución a su país de origen, donde se ha padecido la persecución.

En otras palabras, el proceso de determinación de la condición de refugiado es de una enorme trascendencia en la vida de una persona que ha debido tomar la drástica decisión de huir del país de su nacionalidad y/o último lugar de residencia habitual, lo cual nos lleva a plantearnos la necesidad de demostrar lo vital que resulta para todo refugiado el contar con la asistencia de un abogado en el proceso que le permitirá gozar de la protección que concede el estatuto de refugiado.

En el presente trabajo, desarrollaremos la importancia del derecho a contar con asistencia letrada efectiva a lo largo de todas las instancias del proceso de determinación de la condición de refugiado como garantía clave y necesaria para la observancia del debido proceso en este tipo de procedimientos, sean éstos de carácter administrativo, judicial o de cualquier otra índole y lo imperioso de que se provea, desde la esfera pública, asistencia letrada efectiva, autónoma y especializada a los solicitantes de asilo.

(9) CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 63; *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 104; Ver MONGE, FEDERICO, "El asilo como fundamento de la protección de los refugiados" en Lettieri, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, UNLa, 2012, p. 31.

3. El debido proceso fuera de la órbita penal

Antes de analizar específicamente la garantía de la asistencia letrada, es menester dejar en claro la plena aplicabilidad de las garantías del debido proceso a procesos que exceden la esfera penal.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “la Corte Interamericana”), ha destacado en su jurisprudencia constante que el derecho al debido proceso legal —entendido éste como “(...) el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”—⁽¹⁰⁾ debe respetarse en todos los procedimientos cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.⁽¹¹⁾ De allí que las garantías del debido proceso legal se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, lo cual revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.⁽¹²⁾ En lo que concierne a la materia administrativa, la Corte Interamericana ha enfatizado que la discrecionalidad de la administración posee límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos y, en particular, el derecho de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas.⁽¹³⁾ En uno de sus últimos pronunciamientos, la Corte ha reforzado y enfatizado este estándar, al señalar que las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”) no se aplican únicamente a jueces y tribunales judiciales, sino que también deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, quedando así incluidas las autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, y toda

(10) Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19/09/2006, Serie C N° 151, párrs. 108 y 116; *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 06/10de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

(11) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17/09/2003. Serie A N°. 18, párr. 125.

(12) Ver Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6/02/2001. Serie C N°. 74, párr. 103; *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/09/1999. Serie C N°. 71, párr. 70.

(13) Ver Corte IDH, *Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02/02/2001. Serie C N°. 72, párrs. 126 y 127.

autoridad pública que adopte decisiones que importen determinación de derechos.⁽¹⁴⁾ En esta misma línea argumentativa se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la CIDH” o “la Comisión Interamericana”) en numerosas oportunidades.⁽¹⁵⁾

Como puede observarse, si bien este es un debate que ya ha sido zanjado tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana, no menos cierto es que este estándar es aplicable a los países que han ratificado la Convención Americana, han reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte y, además, llevan a cabo un control de convencionalidad efectivo. Aún más, el estándar interamericano no encuentra reflejo en el Sistema Europeo y, menos aún, en otras latitudes del mundo.

Aplicando lo que la Corte tiene dicho hasta la fecha, el proceso de determinación de la condición de refugiado de una persona es, sin dudas, una instancia en la que se está “adoptando una decisión sobre la determinación de los derechos de una persona”, por cuanto ese proceso será el que le permitirá a la persona eventualmente gozar del derecho a recibir y disfrutar del asilo, con todo lo que ello trae aparejado. Por ello, el procedimiento de determinación de la condición de refugiado debería ser una instancia alcanzada por los estándares en materia de debido proceso legal.

Aún así, si bien no pueden caber dudas acerca de la plena aplicabilidad de las garantías consagradas en los incisos del art. 8 (2) de la Convención Americana en procesos administrativos,⁽¹⁶⁾ es cierto que todavía no existe un pronunciamiento sobre el contenido específico y lo esencial de su observancia en procesos de determinación de la condición de refugiado. La Corte Interamericana tendrá la valiosa oportunidad de poder desarrollar aún más los estándares en materia de aplicación de garantías procesales

(14) Ver Corte IDH, Caso “Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay”. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13/10/2011, Serie C No. 234, párr. 118 y 119. En este mismo sentido, puede verse Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaula, párrs 1-6.

(15) CIDH, *Informe No. 121/10*, Caso 12.431, Fondo, “Carlos Alberto Mojoli Vargas vs. Paraguay”, 23/10/2010, Párr. 84; CIDH, *Informe N° 20/99*, Caso 11.317, “Rodolfo Robles Espinoza vs. Perú”, párr. 119; *Informe N° 49/99*, Caso 11.610, “Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México”, párr. 65; *Informe N° 69/99*, Caso 11.707, “Norma Dominga Carpi viuda de Szukalo vs. Argentina”, párr. 45; CIDH, OEA, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.LV/II, 7 de septiembre de 2007, párrs. 95 a 97.

(16) A modo ejemplificativo, ver Corte IDH, Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas, cit, párr. 103 y Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Fondo, Reparaciones y Costas, cit, párr. 125.

en casos de refugiados en un caso contencioso recientemente sometido a su jurisdicción, el caso de la "Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia"⁽¹⁷⁾ y en la solicitud de opinión consultiva formulada conjuntamente por los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay el 6 de abril de 2011 en materia de niñez migrante.⁽¹⁸⁾

La Comisión Interamericana, en su labor cuasi-jurisdiccional, sí ha tenido la oportunidad de indicar en reiteradas oportunidades que el debido proceso legal debe ser observado al momento de determinar las necesidades de protección internacional de una persona, sea a los efectos de reconocerla como refugiada,⁽¹⁹⁾ o para evaluar la procedencia de la protección que brinda el principio de no devolución.⁽²⁰⁾

4. La asistencia letrada efectiva como derecho humano y el proceso de determinación de la condición de refugiado

El derecho a la asistencia letrada es un derecho intrínsecamente derivado del derecho de defensa, aspecto inescindible del debido proceso legal. De hecho, en la Declaración Universal de Derechos Humanos no se encuentra consagrado explícitamente el derecho a la asistencia letrada como tal, sino que debe entenderse comprendido en la garantía de "ac-

(17) El 23 de febrero de 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte Interamericana el Caso N°. 12.474. Los hechos del caso se refieren a la devolución de la familia Pacheco Tineo a Perú el 24 de febrero de 2001 como consecuencia del rechazo de la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia.

(18) En el marco de esta opinión consultiva sometida por los Estados miembros del Mercosur ante la Corte Interamericana, se solicitó expresamente que la Corte se pronuncie sobre las características que, a la luz del art. 22.7 de la Convención Americana y del art. 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante. Texto completo de la solicitud de esta opinión consultiva en línea: <http://www.corteidh.or.cr/soloc.cfm>.

(19) CIDH, *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 63; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 104; Ver MONGE, FEDERICO, "El asilo como fundamento de la protección de los refugiados" en Lettieri, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, UNLa, 2012, p. 31.

(20) CIDH, *Informe No. 78/11*, Caso 12.586, "John Doe y otros vs Canadá", 21 /07/2011, párr. 92; *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias*, 16 de abril de 2001, párr. 97(2); *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 25; *Informe N° 51/96*, Caso N° 10.675, Caso de Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, párr. 155.

ceder a la justicia en condiciones de plena igualdad”⁽²¹⁾ y “el derecho de toda persona acusada de un delito a gozar de todas las garantías necesarias para la defensa”.⁽²²⁾ Por su parte, tanto el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,⁽²³⁾ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽²⁴⁾ y la Convención Americana⁽²⁵⁾ consagran este derecho de manera explícita.

Sin lugar a dudas, y tal como afirma María Fernanda López Puleio, en la esfera penal el desafío hoy en día no es tanto la estandarización normativa de este derecho sino la operativización de los postulados consagrados, la remoción de obstáculos que impiden o restringen el acceso a la justicia y satisfacer el derecho fundamental de la defensa de los derechos reconocidos.⁽²⁶⁾ Sin embargo, esto no es extrapolable al campo específico del Derecho Internacional de los Refugiados, en el que no existe un estándar claro y contundente en materia de obligatoriedad del deber de los Estados de asegurar el acceso a la asistencia de un abogado defensor.⁽²⁷⁾

En efecto, la Conclusión N° 8 (XXVIII) del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre la Determinación de la Condición de Refugiado de 1977 no incluye a este derecho como una garantía debida al solicitante. En ella se recomienda otorgar al solicitante “las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete idóneo”⁽²⁸⁾ y “permitírsele el contacto con un representante del ACNUR”.⁽²⁹⁾ Si bien estas recomendaciones contribuyen a asegurar que el resultado del proceso de determinación de la condición de refugiado esté basado en un análisis completo de los

(21) *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 10.

(22) *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 11(1).

(23) *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, art. 6(3)(c).

(24) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 14(3)(d).

(25) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 8(2)(e).

(26) Ver LÓPEZ PULEIO, MARÍA F., *Asistencia legal y Defensa pública*, Documento de fundamentación, VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos, p. 3.

(27) Ver EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre 2010, p. 12.

(28) COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR, *Conclusión N° 8 (XXVIII) sobre la Determinación de la Condición de Refugiado*, 12 de octubre 1977, párr. e (iv).

(29) COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR, op. cit.

hechos del caso y del derecho internacional aplicable,⁽³⁰⁾ entendemos que el acceso a un representante del ACNUR no puede ser sustituto de la provisión de asistencia legal independiente a los solicitantes. Sin embargo, con posterioridad a dicha Conclusión, el ACNUR destacó que en cualquier fase del procedimiento, incluso en la etapa de admisibilidad, los solicitantes de asilo deben estar asesorados sobre el proceso y, además, deben tener acceso a asistencia legal.⁽³¹⁾ En este sentido, además del acceso al ACNUR o a Organizaciones no gubernamentales relevantes, contar con una asesoría legal cumple un rol significativo, que procura brindar al solicitante de asilo mayor confianza y comprensión sobre el procedimiento, siendo que los mejores procedimientos son aquellos que contemplan todos estos factores.⁽³²⁾

Uno de los raros ejemplos de inclusión de este derecho de manera explícita es el art. 15 de la Directiva 2005/85/EC del Consejo de la Unión Europea,⁽³³⁾ el cual consagra un estándar bastante bajo de garantía de este derecho por parte de los Estados miembros,⁽³⁴⁾ por cuanto lo limita a la etapa recursiva y permite que los Estados la restrinjan aún más bajo determinados criterios.

Jurisprudencialmente, no existen antecedentes del Tribunal Europeo ni de la Corte Interamericana que establezcan la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la asistencia letrada para casos de refugiados. Hasta la fecha tan sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de indicar la trascendencia de este derecho en su Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, al destacar que “[c]onsiderando la naturaleza del proceso de determinación de la condición de refugiado y los intereses que están en

(30) Ver JONES, MARTIN, “Refugee Status Determination: three Challenges”, en *Forced Migration Review*, abril 2009, Vol. 32, p. 53.

(31) ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes. Consultas Globales sobre Protección Internacional*, Segunda Reunión. EC/GC/01/12, 31 de mayo de 2001, párr. 50(g).

(32) ACNUR, *Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes. Consultas Globales sobre Protección Internacional*, párr. 37.

(33) Ver DIRECTIVA 2005/85/CE DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, 1, en *Diario Oficial* n° L 326 del 13/12/2005, p. 13/34.

(34) Ver EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, (ECRE) *Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, p. 25.

juego para el peticionario, resulta obvio que es de su interés ser representado por un abogado competente".⁽³⁵⁾

Es pues, en atención a esta falta de estándares claros, que creemos necesario identificar las razones por las que la asistencia letrada se alza como una garantía de gran trascendencia en un proceso en el que se determinará si una persona es reconocida como refugiada o no.

Agruparemos estas razones en tres categorías principales: (i) la trascendencia que tiene el resultado del proceso en la vida del solicitante de asilo; (ii) la especificidad y complejidad del derecho involucrado y (iii) la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los solicitantes.

5. La trascendencia de la decisión

La decisión de rechazo del reconocimiento de la condición de refugiado puede traer aparejada consecuencias drásticas para la persona solicitante de asilo. Si un Estado no le reconoce el estatuto del refugiado a una persona necesitada de protección internacional, esa persona corre el riesgo de ser devuelta a un lugar donde su propia vida, integridad o libertad estarán en riesgo.

No es difícil concluir que para las personas y familias que buscan protección internacional, el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado puede representar el proceso más importante de sus vidas. En efecto, para aquellos que huyen de la persecución, significará la diferencia entre encontrar la seguridad en un nuevo país o ser devuelto a su país de origen.⁽³⁶⁾ Es decir, el resultado de este proceso puede llegar a implicar nada más y nada menos que la diferencia entre la vida y la muerte.

Dadas las consecuencias potencialmente irreversibles de una decisión errónea, es altamente necesario contar con garantías que aseguren que aquellos que requieran protección internacional sean reconocidos como refugiados.⁽³⁷⁾ En este sentido, la asistencia de un abogado será crucial para reducir al máximo la posibilidad de denegaciones en casos donde la protección es requerida para salvaguardar la vida de una persona o una

(35) CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 125.

(36) Ver ECRE, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, p. 6.

(37) Ver ECRE, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, p. 6.

familia, evitando así la posibilidad de que dicha posibilidad ocurra por falencias meramente procesales, como puede ser el vencimiento de un plazo o el rechazo de una prueba ofrecida.

Teniendo en cuenta que estudios estadísticos han demostrado que los solicitantes que cuentan con representación legal presentan una tasa de reconocimiento superior de hasta el doble o el cuádruple de posibilidades respecto de quienes se auto representaban,⁽³⁸⁾ puede concluirse que la falta de asistencia letrada se traduce en un aumento significativo de las posibilidades de obtener una denegación de la solicitud.

En otras palabras, si se ofrece dicha asistencia, se reducirá cuantitativamente el número de solicitantes expuestos a ser devueltos erróneamente al lugar donde serán víctimas de persecución.

6. La especificidad y complejidad del derecho involucrado

El acceso al reconocimiento de la condición de refugiado requiere que el solicitante logre convencer a la autoridad competente del país de asilo que se encuentra necesitado de protección internacional, es decir, que su experiencia personal encuadra en las definiciones jurídicas de refugiado que el ordenamiento de ese país reconozca.

En el mismo orden de ideas, la Comisión Interamericana destacó que:

“(...) la labor de comprobar los hechos específicos de las circunstancias de un individuo en el marco de la situación de un país, (que bien podría ser complicada, oscura e inestable), plantea particulares desafíos que implican determinaciones cruciales basadas en los contenidos, relativas a la credibilidad, confiabilidad y pertinencia de las pruebas documentales y testimoniales presentadas”.⁽³⁹⁾

Esto pone de relevancia una cuestión peculiar de este tipo de procedimientos y las cuestiones probatorias que deben tener lugar en el mismo. En este sentido, la determinación de la condición de refugiado no busca identificar a los refugiados “con certeza absoluta”, sino establecer la pro-

(38) Ver KAGAN, MICHAEL, “Frontier Justice: Legal Aid and UNHCR Refugee Status Determination in Egypt” en *Journal of Refugee Studies*, N° 1, Oxford Journals, Vol. 19, p. 51 y ss.

(39) CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 104.

babilidad de que lo sean. No obstante, no todos los niveles de probabilidad de ser perseguido son suficientes para dar lugar a la condición de refugiado.⁽⁴⁰⁾ Un elemento esencial a tener en cuenta es si el solicitante ha sido capaz de demostrar la existencia de este temor fundado con el grado de probabilidad que debe existir para tener derecho al reconocimiento de la condición de refugiado.⁽⁴¹⁾ Asimismo, se ha puesto de manifiesto que suele existir confusión respecto de cuáles son los hechos que deben probarse en el marco de una solicitud de asilo, por cuanto lo determinante es “probar” cuán probable es el hecho de que la persona, de ser devuelta, sea víctima de persecución.⁽⁴²⁾ De esta manera, contar con la asistencia de un abogado especializado ayudará al solicitante a lograr una mayor contundencia en los argumentos brindados o contribuirá a una investigación más completa por parte del adjudicador.

Por otro lado, según sostiene el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados, dada la creciente complejidad que han ido adquiriendo los procesos de reconocimiento de la condición de refugiado, la asistencia letrada se ha vuelto casi indispensable para los solicitantes de asilo a fin de garantizar que todos los aspectos de su caso sean debidamente considerados por las autoridades de aplicación correspondientes.⁽⁴³⁾ En el ámbito americano, a idéntica conclusión arribó la Comisión Interamericana al afirmar que “(...) los procedimientos aplicables [en las distintas provincias del Canadá] pueden ser bastante complejos, particularmente para la vasta mayoría de peticionarios no versados en la ley aplicable.”⁽⁴⁴⁾

La complejidad que se visibiliza en el proceso de determinación de la condición de refugiado también está dada al tiempo de analizar la situación objetiva del país de origen del cual procede el solicitante de asilo. En efecto, teniendo en cuenta que el término “temor fundado” que recoge

(40) ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 16 de diciembre de 1998, párr. 2.

(41) ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, 16 de diciembre de 1998, párr. 2.

(42) LETTIERI, MARTÍN, “Procedimiento de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba” en LETTIERI, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Ed. UNLa, Buenos Aires, 2012, pp. 117 y 118.

(43) ECRE *Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, p. 26.

(44) CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 125.

la definición de refugiado de la Convención de 1951 refiere a un elemento subjetivo y a un elemento objetivo,⁽⁴⁵⁾ el análisis de la información sobre el país de origen resulta de la misma definición convencional y tiene por finalidad demostrar que el temor subjetivo de persecución alegado por el peticionante es fundado, esto es, que se encuentra avalado tanto por la situación de su país de origen como por su historia personal. Sin embargo, la investigación sobre la información del país de origen es una tarea para nada sencilla, pues es un campo que debe nutrirse de conocimientos provenientes de diferentes disciplinas y diferentes fuentes, muchas de las cuales incluso no se encuentran accesibles al público. El análisis de la información objetiva sobre el país de origen exige la utilización de informes sobre derechos humanos —gubernamentales y no gubernamentales—, valoraciones de la seguridad, trabajos antropológicos o sociológicos, análisis políticos, reportajes de prensa y testimonios de expertos, todo ello tendiente a demostrar que la situación de persecución expresada por el solicitante se encuentra avalada por la situación objetiva que impera en su país de origen. Surge de manera clara que, en términos generales, el solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado no se encuentra capacitado ni instruido en cómo realizar una adecuada búsqueda de información objetiva de su país de origen y, con mayor énfasis, en cómo vincular causalmente dicha información con su temor subjetivo de persecución, de modo tal de demostrar que su petición se encuentra encuadrada en la definición de refugiado recogida por la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y/o por la legislación nacional correspondiente.

Asimismo, durante el procedimiento de determinación de la condición de refugiado es posible identificar casos que requieren llevar a cabo una labor interpretativa de por sí compleja. Así, pueden presentarse supuestos en los cuales la persona reúna todas las características y elementos para ser reconocida como refugiada pero, no obstante ello, entran en juego en su perjuicio las cláusulas de exclusión recogidas en la sección f) del art. 1 Convención de 1951⁽⁴⁶⁾ y se concluya que aquella no es merecedora

(45) ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, 1979, reed. 1992, párr 38.

(46) La sección F del art. 1 de la Convención de 1951 establece que no serán aplicables las disposiciones de esta Convención a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: "a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados

de protección internacional. La determinación de la aplicación de tales cláusulas plantea serios interrogantes de tipo interpretativo, tales como, qué debe entenderse por “fundados temores” y “grave delito común” cometido por la persona fuera del país de asilo como fundamento para excluirlo de la protección internacional requerida. Precisamente por las graves consecuencias que la aplicación de las cláusulas de exclusión posee para el solicitante de asilo, es que el ACNUR ha enfatizado que la interpretación de las mismas ha de ser restrictiva.⁽⁴⁷⁾ Otra situación compleja, que puede suscitarse durante el proceso de determinación de la condición de refugiado consiste en la aplicación autónoma del principio de “*non refoulement*” —también conocido como “principio de no devolución”— el cual prohíbe, aun cuando la persona no sea reconocida como refugiada, su expulsión o devolución en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad corra peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas⁽⁴⁸⁾ y/o existan razones fundadas para considerar que estaría en riesgo de ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A fin de tornar real dicha garantía será necesario que, de operar una denegación de la condición de refugiado, el solicitante tenga la oportunidad de presentar aquellas razones por las cuales teme ser torturado o recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes o sufrir una amenaza contra su vida y libertad, en caso de ser devuelto a su país de origen y/o a otro Estado.⁽⁴⁹⁾ En estas situaciones, el solicitante se encontrará normalmente en una situación de indefensión que no hará sino obstaculizar y dificultar que su solicitud de asilo sea exitosa.

Por ello, contar con un abogado será la garantía, que le permitirá al solicitante reducir las posibilidades de obtener una denegación por no haber comprendido las particularidades del proceso, la índole de la información requerida por la autoridad local, el tipo de análisis e investi-

para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado; c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

(47) ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, párr. 149.

(48) Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, art. 33.1.

(49) CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 diciembre 2003, párr. 278.

gación que debe efectuarse para encuadrar su caso en la definición de refugiado, etc.

La asistencia letrada se presenta así como la instancia facilitadora entre el peticionante y el aparato estatal que tiene a su cargo la decisión sobre el reconocimiento de la condición de refugiado. La figura del representante legal en este procedimiento resulta clave si consideramos que éste se encuentra regido por normas de rito que muchas veces resultan de tal complejidad que se transforman en inasequibles para las personas ajenas al campo del derecho. En otras palabras, es el abogado quien podrá velar por el respeto de todas y cada una de las garantías del debido proceso en favor del peticionante que, por excelencia, es desconocedor tanto del derecho local como de la jurisprudencia del órgano de aplicación, permitiendo así que la defensa esté encaminada a lograr el reconocimiento de su condición como refugiado.

Por otra parte, la presencia de un abogado en el procedimiento de asilo permitirá sortear los obstáculos propios que se presentan en los Estados que no cuentan con una política clara y efectiva de asistencia socio-económica ni con una política de integración e inclusión social de los refugiados y solicitantes de dicha condición. En este contexto, será el abogado quien podrá ofrecerle al peticionante un canal de ayuda para materializar no sólo una defensa adecuada en su solicitud de asilo, sino para hacer efectivos otros derechos humanos fundamentales, como ser, el acceso a la educación, a la salud, a una vivienda adecuada, al trabajo y a la seguridad social.

Cabe aquí mencionar que la especificidad del derecho que opera en este tipo de procesos y las complejidades recién mencionadas, tienen como contrapartida la exigencia de una asistencia letrada especializada en la materia, tal como se desarrollará más abajo.

7. La situación de especial vulnerabilidad

Se entiende que una persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad cuando, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, "encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".⁽⁵⁰⁾ En esta misma

(50) Ver *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Brasil, 2008, regla 3.

línea, las 100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad (en adelante, "Reglas de Brasilia") reconocen específicamente a los beneficiarios del estatuto de refugiado y a los solicitantes de asilo como destinatarios de las mismas.⁽⁵¹⁾

La propia definición de refugiado encuadra a personas que, de un modo u otro, han padecido y/o padecen una situación específica de vulnerabilidad. Congruentemente, el Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado del Acnur advierte sobre el hecho de que al momento de solicitar asilo, la persona "(...) se encuentra en un medio extraño y puede tropezar con graves dificultades de orden técnico y psicológico para exponer su caso a las autoridades de un país extranjero, muchas veces en un idioma que no es el suyo".⁽⁵²⁾ Esto se ve agravado por el hecho de que no suelen estar familiarizados con los procedimientos vigentes en el Estado de asilo y, en algunos casos, debido a los eventos por los que atravesaron en sus países de origen, desconfían de las personas que ocupan posiciones de autoridad.⁽⁵³⁾ Todos estos elementos, sumados a los posibles traumas que los solicitantes puedan acarrear consigo son barreras que, sin un apoyo adecuado, pueden dificultar grandemente el acceso a la justicia y a los procesos en condiciones de igualdad.⁽⁵⁴⁾

Los solicitantes de asilo han emprendido un viaje de un espacio de identidad a otro, implicando una memoria, una identidad, pero también un sometimiento a un complejo proceso de aculturación.⁽⁵⁵⁾ No sólo llegan a un país foráneo, donde no conocen a nadie, se encuentran desamparados y en condiciones de asilamiento, sino que a ello se suma el estigma de ser considerados como migrantes no deseados⁽⁵⁶⁾ y personajes peligrosos del

(51) Ver 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, op.cit regla 13.

(52) ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, párr. 190.

(53) ECRE *Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, p. 26.

(54) Ver ECRE, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre de 2010, p. 6.

(55) ANDEBENG ALINGUÉ, MADELEINE, "Migración: doble conciencia y construcción de la cultura global" en *Migraciones Internacionales: un mundo en movimiento. Bondades y retos de las migraciones*, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 345.

(56) KOBELINSKY, CAROLINA, "En Argentina, la lucha es mostrar que la discriminación existe. Relato de Nengumbi Celestín Sukama", en Corina Courtis y María Inés Pacceca (Comp.), *Discriminaciones étnicas y nacionales: un diagnóstico participativo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 207.

cual uno debe alejarse.⁽⁵⁷⁾ La sospecha y desconfianza que padecen los solicitantes de asilo, no sólo opera en el nivel de la burocracia estatal por la estigmatización derivada de su condición de peticionante de asilo, sino que también se expresa en diversos ámbitos de la vida cotidiana en donde se enfrentan con la atribución de estigmas negativos asociados a otras identificaciones.⁽⁵⁸⁾ Estos estigmas condenan a los solicitantes de asilo a una posición de subordinación en la estructura social, a lo cual se suma en la mayoría de los casos su condición de pobreza, estando expuestos al trabajo informal como única salida laboral posible y excluidos del juego del mercado, arrojados a viviendas precarias y marginales.

En muchos casos, los peticionantes de asilo comparten, además de lo anterior, ser víctimas del estigma racial, a quienes se les atribuye un carácter desvalorizante y denigrante y, como portadores de dichos prejuicios y estigmatización asociados con su fenotipo, se les asigna un estatus inferior.⁽⁵⁹⁾ En el caso de los solicitantes de asilo provenientes de países africanos, la atribución de características negativas y desvalorizantes a las personas de piel negra resulta en el menosprecio y maltrato de aquéllos, siendo estas prácticas —fundadas en motivos raciales— cotidianas, repetitivas y reforzadoras de relaciones étnicas y raciales de larga data.⁽⁶⁰⁾

De modo genérico, las referidas prácticas estigmatizadoras hacia el colectivo de los refugiados y peticionantes de refugio son localizadas en numerosas instancias de interacción social —ámbitos laborales, educativos, de ocio-entretenimiento, institucionales-administrativos, políticos, centros de salud, espacios públicos urbanos, medios de comunicación, vía pública y, en general, en las relaciones interpersonales cotidianas—,⁽⁶¹⁾ lo cual demuestra que, en un plano simbólico, aquél colectivo queda expuesto a una situación de asimetría relativa y, en un plano material, a través de un complejo juego de mediaciones, los procesos mencionados pueden relacionarse con acciones específicas de sometimiento y exclusión hacia dicho grupo social.

(57) Ver KOBELINSKY, CAROLINA, op. cit p. 204.

(58) Ver KOBELINSKY, CAROLINA, op.cit

(59) Ver KOBELINSKY, CAROLINA op. cit pp. 199/ 200.

(60) Ver KOBELINSKY, CAROLINA op. cit p. 202.

(61) ARCHENTI, ADRIANA y MORALES, ORLANDO G., "El discurso de los medios del colectivo migrante boliviano sobre discriminación", en Courtis, Corina y Pacceca, María Inés (comp), *Discriminaciones étnicas y nacionales: un diagnóstico participativo*, cit, p. 119; GAVAZZO, Natalia, "Patrones de la discriminación hacia la inmigración boliviana en la Argentina", cit, p. 32.

8. Características que debe reunir la asistencia letrada

Habiendo pues explicado las razones por las que todo solicitante de la condición de refugiado debe ser asistido por un abogado, a continuación detallaremos cuáles son las características que debe reunir dicha asistencia letrada para que ésta sea una asistencia efectiva y de calidad.

Entre dichos caracteres destacaremos: (i) la *oportunidad*; (ii) la *gratuidad*; (iii) la *accesibilidad*; (iv) la *efectividad*; (v) la *especialización*; (vi) la *autonomía* y; (vi) la *provisión desde el ámbito de la defensa pública*.

- a. **Oportunidad:** En materia de asistencia letrada en procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado, la oportunidad marcará el momento a partir del cual el solicitante entrará en contacto con su abogado. Uno de los mayores inconvenientes a nivel mundial en este tipo de procesos es que los Estados que ofrecen algún tipo de asistencia legal suelen hacerlo únicamente luego de que el solicitante haya recibido una decisión adversa de su petición inicial.

Sin embargo, uno de los elementos indispensables en casos de peticionantes de asilo, por su condición de vulnerabilidad señalada anteriormente, es que la asistencia letrada sea garantizada desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario carecerá de idoneidad por su falta de oportunidad.⁽⁶²⁾ Así lo ha señalado la Corte Interamericana, al destacar que:

“(...) si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento”.⁽⁶³⁾

A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos adscribe al mismo estándar de oportunidad.⁽⁶⁴⁾

(62) Corte IDH, Caso “Vélez Lóor vs. Panamá”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N°. 218, párr. 133.

(63) Corte IDH, Caso “Vélez Lóor vs. Panamá”, op.cit., párr. 132.

(64) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Pagdayawon Rolando vs. Filipinas, Comunicación” N. 1110/2002, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/1110/2002 (2004), párr. 5(6); “Abduali Ismatovich Kurbanov vs. Tayikistán”, Comunicación N°. 1096/2002, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1096/2002 (2003), párr. 7(3) y “Robinson La Vende vs. Trinidad y Tobago”, Comunicación N°. 554/1993, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/554/1993 (1997), párr 5(8).

Proveer asistencia al solicitante desde el inicio del procedimiento contribuye al mejor abordaje del caso, puesto que le permite al representante legal asegurar una mayor cooperación de las autoridades de aplicación, destacar los elementos de importancia del caso de su representado desde un primer momento (que, de otro modo, serían analizados después de una decisión adversa) y aclarar determinadas declaraciones del solicitante que pudieran potencialmente crear confusión.⁽⁶⁵⁾

- b. **Accesibilidad:** la accesibilidad del derecho dependerá, en gran medida, de la información que se le provea a los solicitantes, de manera oportuna. Teniendo en cuenta que la presencia de un asistente legal conlleva determinadas formalidades y somete a los agentes de la autoridad de aplicación a un contralor más estricto a que si el proceso se llevara a cabo con prescindencia de él, no es infrecuente que exista cierta reticencia a informar adecuadamente sobre el derecho a contar con asistencia letrada en todas las etapas del proceso. En muchos casos se suele subestimar la importancia de la asistencia y se le recomienda al solicitante iniciar el proceso sin designar abogado defensor y que, eventualmente, podrá hacerlo en la etapa recursiva, si ello fuera procedente.

En este sentido, el derecho a la representación legal se hace efectivo cuando existen medio encaminados para obtener dicha asistencia legal,⁽⁶⁶⁾ pues de lo contrario se estará ante una consagración teórica de un derecho que, en la práctica, no puede ser ejercido. El acceso a la información, entendido éste como derecho humano protegido por la libertad de expresión, resulta crucial en estos casos. Así, la Corte Interamericana ha resaltado en su jurisprudencia que la libertad de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de toda persona de manifestar su propio pensamiento y difundir informaciones e ideas de toda índole, sino también el derecho y la libertad de buscar y recibir tales informaciones.⁽⁶⁷⁾ En este sentido, resulta vital que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen

(65) ECRE *Comments on the European Commission Proposal to recast the Asylum Procedures Directive*, 28 de mayo de 2010, p. 26.

(66) CIDH, *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.118, 29 diciembre 2003, párr. 303.

(67) Corte IDH., *Caso "López Álvarez vs. Honduras"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; *Caso "Ricardo Canese vs. Paraguay"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 77; *Caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica"*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02/07 2004. Serie C N°. 107, párr. 108; *Caso "Claude Reyes y otros vs. Chile"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n° 151, párr. 76.

de buena fe y realicen de manera diligente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de este derecho fundamental.⁽⁶⁸⁾

De este modo, y para asegurar un efectivo ejercicio del derecho a la información por parte de los solicitantes de asilo, deviene esencial que la información sobre el derecho que les asiste de contar con un abogado durante el procedimiento de asilo sea provista por la autoridad correspondiente en el inicio mismo del procedimiento y en un idioma que puedan fehacientemente comprender. Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones la comprensión de la lengua del solicitante es ligeramente constatada por los agentes estatales al percibir que la persona puede entablar una conversación en el idioma oficial.⁽⁶⁹⁾ Entendemos que el hecho que los peticionantes de asilo puedan desenvolverse en la vida cotidiana de manera coloquial y básica, no permite aseverar que posean un dominio pleno del idioma que les permita comprender de manera acabada información tan relevante, como lo es el derecho de contar con un abogado durante el procedimiento de asilo. Por ello es que debe garantizarse que esta información les sea provista por la autoridad competente en un idioma que puedan comprender, debiendo recurrirse a los servicios de un intérprete calificado cuando el personal de dicha autoridad no pueda proporcionarle dicha información en el idioma que domina el peticionante.

Por todo esto, es vital que se arbitren los medios necesarios para que los solicitantes de asilo sean informados en la primera oportunidad que se presentan ante la autoridad competente, a fin de materializar su solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado y en un idioma de su comprensión, que poseen el derecho a ser asistidos por un abogado de modo tal que puedan exigirlo ante quien corresponda.

- c. **Efectividad.** Esta característica —que podría ser conceptualizada como la garantía de que el desempeño del abogado estará encaminado a batallar por los derechos del asistido y que dicha tarea será asumida de manera competente y diligente— existen numerosos pronunciamientos de distintos tribunales internacionales que establecieron que el deber de proveer

(68) Corte IDH, Caso "Gomez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C n° 219, párr. 211.

(69) FILARDI, MARCOS EZEQUIEL; DUBINSKY, KARINA A.; MENDOS, LUCAS R., "El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias", en Lettieri, Martín (Ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, UNLa, 2012, pp. 243/ 245.

la asistencia no queda limitado solamente al nombramiento del abogado defensor, sino que la garantía de efectividad de esa defensa queda siempre en cabeza del Estado.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH") especificó que un Estado no puede ser reputado responsable por cualquier falencia de la defensa provista por su abogado. Ello es así debido a que, en principio, y en virtud del principio de independencia del ejercicio de la abogacía, la conducción de la defensa es esencialmente una cuestión entre la persona y su abogado, sea que haya sido provisto de alguna manera por el Estado o se trate de un abogado particular.⁽⁷⁰⁾ Sin embargo, el Tribunal dejó en claro que el deber de garantizar la efectividad de la defensa requiere que las autoridades competentes deban intervenir en el caso concreto de que la imposibilidad de brindar una defensa efectiva es manifiesta o traída a su atención de alguna manera.⁽⁷¹⁾ Ante una situación como esa, se deberá sustituir al abogado defensor o conminarlo a que cumpla adecuadamente con su deber.⁽⁷²⁾

La Corte Interamericana por su parte también ha enfatizado la trascendencia de esta característica destacando que "la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas".⁽⁷³⁾ Asimismo, la misma Corte ha sido categórica al afirmar que "la asistencia que puedan prestar las organizaciones no gubernamentales no sustituye la obligación del Estado de brindar asistencia legal gratuita".⁽⁷⁴⁾ En este sentido, la obligación de garantizar la efectividad de la defensa quedará siempre en cabeza del Estado por virtud del art. 8(2)(e) de la Convención Americana, y será pues el Estado el

(70) Ver TEDH, "Iglin vs. Ucrania", Sentencia del 12 de enero de 2012, párr. 67; "Jelcovas vs. Lithuania", 19/07/ 2011, párr. 120; Guvec vs. Turquía, Sentencia del 20/01/2009, párr. 130; Sannino vs. Italia, Sentencia del 13/09/ 2006, párr. 49; "Kamasinski vs. Austria", sentetencia del 08/05/1985, párr. 154.

(71) TEDH, "Huseyn y otros vs. Azerbaijan", Sentencia del 26/07/ 2011, párr. 180; "Hermi vs. Italia", Sentencia del 18/10/2006, párr. 96; Sannino vs. Italia, " Sejdovic vs. Italia, Sentencia del 01/03/2006, párr. 95; "Daud vs. Portugal", Sentencia del 21/04/1998, párr. 38.

(72) TEDH, "Gabrielyan vs. Armenia", Sentencia del 10/04/ 2012, párr. 65; "Iglin vs. Ucrania", Sentencia del 12/01/ 2012, párr. 67; Kamasinski vs. Austria, Sentencia del 08/05/1985, párr. 156; "Artico vs. Italia", Sentencia del 13/05/ 1980, párr. 33/ 36.

(73) Corte IDH. Caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21/11/2007. Serie C N° 170.

(74) Corte IDH. Caso "Vélez Loor vs. Panamá". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N°. 218, párr. 137.

que deberá velar por que la asistencia que provean las organizaciones o los organismos públicos —según sea el caso— sea competente y eficaz.

- d. **Especialización.** En procesos de determinación de la condición de refugiado, es menester garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. Tal como fuera mencionado anteriormente, la especificidad del campo del derecho que opera en la protección internacional de personas requiere capacitación específica en la materia para poder ofrecer una asistencia efectiva. En la misma línea, las "Reglas de Brasilia" se hacen eco de este requisito, destacando la necesidad de crear instrumentos destinados al control de calidad de la asistencia.⁽⁷⁵⁾ El Acnur ha observado con preocupación, en un estudio de campo llevado a cabo en países europeos, que existe una escasez de abogados especializados y competentes en derecho internacional de los refugiados.⁽⁷⁶⁾
- e. **Pública.** Si bien los Estados tienen a su disposición diferentes mecanismos para asegurar la provisión de asistencia letrada, progresivamente va surgiendo, al menos entre los Estados del hemisferio americano, la conciencia sobre la necesidad de contar con instituciones de defensa pública.

En este sentido, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos viene destacando, en votaciones unánimes, la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita prestada por los Defensores Públicos Oficiales para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.⁽⁷⁷⁾

En la Opinión Consultiva 18/03 la Corte Interamericana indicó que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial "(...) por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio".⁽⁷⁸⁾ Asimismo, en el caso en el caso "Vélez Lóor", la Corte fue categórica al indicar que es necesaria "la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal

(75) Ver 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, op. cit., regla 30.

(76) ACNUR, *Improving asylum procedures. Comparative analysis and recommendations for law and practice*, marzo de 2010, p. 87.

(77) OEA, Asamblea General, Resolución No. 2656 (XLI-O/11), *Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Públicos Oficiales*, 7 de junio de 2011, AG/doc.5329/12, párr. 3; Res. N°. 2714 (XLII-O/12), *Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad*, 4 de junio de 2012, AG/doc.5329/12, párr. 3.

(78) Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/ 2003. Serie A N°. 18, párr. 126.

a favor de personas sujetas a procesos en los que se las pueda deportar o expulsar para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso".⁽⁷⁹⁾

Como corolario, las "Reglas de Brasilia" establecen la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.⁽⁸⁰⁾ Asimismo, destacan la conveniencia de promover la política pública a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal, sino también en otros órdenes jurisdiccionales.⁽⁸¹⁾

- f. **Autonomía.** Esta característica requiere que la institución a la cual pertenezcan los abogados que presten el servicio de asistencia legal tenga autonomía funcional y financiera respecto de los demás poderes del Estado y de cualquier otro agente privado. Esto puede lograrse solamente a través de una institución pública de defensa, que pueda asegurar la estabilidad en el cargo de sus funcionarios letrados.

A fin de poder garantizar la provisión de asistencia técnica y representación de alta calidad, es necesario que los Estados aseguren la capacitación y formación constante del cuerpo de Abogados Públicos Oficiales y que los programas de asistencia legal reciban el financiamiento necesario de acuerdo a la cantidad de trabajo requerido.⁽⁸²⁾

- g. **Gratuidad.** Tal como lo ha enfatizado la CIDH, la mayoría de los peticionarios suelen carecer de recursos financieros para contratar a un abogado privado.⁽⁸³⁾ La cuestión de la gratuidad de la defensa ha sido motivo de debate a nivel local e internacional y ha ido de la mano del debate sobre la obli-

(79) Corte IDH. Caso "Vélez Loor vs. Panamá". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2010 Serie C No. 218, párr. 146. Ver SJUNIENSKY, ROMINA, "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Opus Magna, Constitucional Guatemalteco*, 2011, Tomo IV, p. 88.

(80) Ver *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, op.cit., regla 28.

(81) Ver *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, op.cit, regla 29.

(82) ACNUR, *Improving asylum procedures: Comparative analysis and recommendations for law and practice*, marzo de 2010, p. 87.

(83) Ver CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 125.

gatoriedad —o no— de la provisión de asistencia pública.⁽⁸⁴⁾ Incluso ha sido abordado en una Opinión Consultiva de la Corte en relación al agotamiento de los recursos internos por parte de personas indigentes.⁽⁸⁵⁾ Asimismo, las "Reglas de Brasilia" establecen que deberán promoverse las acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.⁽⁸⁶⁾

9. Conclusión

Dados pues todos los elementos aportados a lo largo de este trabajo, no cabe duda acerca de la vital importancia que posee el poder contar con asistencia letrada eficaz, autónoma y especializada en procedimientos de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Si bien el número de organizaciones, que actualmente provee asistencia legal ha ido en aumento, la abrumadora mayoría de solicitantes de asilo en todo el mundo sigue sin poder acceder a la asistencia de un abogado⁽⁸⁷⁾ y no menos cierto es que la abrumadora mayoría de Estados está lejos de considerar que la asistencia letrada en este tipo de procesos no es una obligación directamente impuesta por los principales tratados de derechos humanos. En cierto modo, dicho argumento puede tener aside-ro dada la falta de consagración explícita de dicha garantía.

Sin embargo, la interpretación pro persona, el principio del efecto útil y los demás criterios desarrollados en este trabajo, son todos elementos imprescindibles a la hora de argumentar y sustentar la necesidad de garantizar este derecho. Sólo así podrá tenderse ese puente, tan necesario, entre quien huye de una situación de persecución y el Estado que debe acogerlo.



(84) Ver MENDOS, LUCAS R. y MUÑOZ, ROSARIO, "Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino" en Rey, Sebastián A., (Cord.), *Problemas de Derechos Humanos*, N°1, Eudeba, 2012, p. 201.

(85) Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N° 11.

(86) Ver *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, op.cit., regla 31.

(87) JONES, MARTIN, "Refugee Status Determination: three Challenges", op.cit.p. 53.

Los procesos a los *Khmer* Rojos y la consolidación del Estado de derecho en Camboya

IGNACIO TREDICI⁽¹⁾



1. Introducción: justicia de transición, consolidación del Estado de derecho y derechos humanos

El presente artículo tiene como objetivo ofrecer una breve descripción del trabajo del Tribunal *Khmer* Rojo, y de su objeto de estudio, enmarcando este emprendimiento en un programa más vasto de justicia transicional y en la búsqueda de la consolidación del Estado de derecho en Camboya. Se ofrecerá, como conclusión, una valoración del resultado parcial de la asignación de responsabilidad penal por los horribles crímenes cometidos por el régimen *Khmer* Rojo en la década del '70 y su significación para la consolidación del Estado de derecho en Camboya.

(1) Ex Fiscal Adjunto de Juicio y Ex Fiscal de Cámara del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Ex Funcionario del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Jefe del Equipo Jurídico de la Oficina del Juez de Instrucción Internacional del Tribunal *Khmer* Rojo (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, United Nations Mission of Assistance to the Khmer Rouge Trials*). Las opiniones aquí expresadas no representan la posición de UNAKRT ni de la Organización de Naciones Unidas sino que son hechas a exclusivo título personal del autor.

En la guía elaborada por el Secretario de la Organización de Naciones Unidas (ONU) "Estado de Derecho" (*rule of law*) es definido como: el principio de administración del Estado por el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluyendo al Estado mismo, son responsables de acuerdo con leyes promulgadas públicamente, aplicables a todos por igual por un poder independiente, y consistentes con estándares y normas internacionales de derechos humanos. La noción de Estado de derecho requiere igualmente adhesión a los principios de supremacía de las leyes, igualdad y responsabilidad frente a la ley, equidad en su aplicación, separación de poderes, participación en la toma de decisiones, certidumbre legal, ausencia de arbitrariedad y transparencia legal y procedural.⁽²⁾

En la guía sobre la "Justicia de Transición",⁽³⁾ el secretariado de la ONU define este concepto como el conjunto de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad determinada para dar cuenta y reconciliarse con un pasado de abusos graves, con el fin de asegurar la responsabilidad por crímenes graves (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, etc.), servir a la justicia y lograr la reconciliación. Los procesos y mecanismos mencionados en la guía son:

- a. Campañas de formación y consultas nacionales sobre la implementación de estrategias de justicia de transición;
- b. Saneamiento de la justicia y del sector de la seguridad (policía, ejército, etc.);
- c. La persecución de crímenes graves y, en particular, del terrorismo de estado (crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, etc.);
- d. Reparaciones a favor de las víctimas de crímenes graves;
- e. Conservación de documentos y archivos que faciliten la reconstrucción de la verdad histórica;
- f. Comisiones de la verdad;
- g. Reforma institucional.

La guía define a estos procesos y mecanismos de la justicia de transición como componentes críticos para la consolidación del Estado de derecho. La idea del presente artículo es intentar una reflexión sobre los procesos contra los dirigentes y funcionarios *Khmer Rojos* como parte de una estrategia más amplia de justicia de transición.

(2) UN, "Approach to Rule of Law Assistance", Nueva York, abril de 2008.

(3) UN, "Approach to Transitional Justice Assistance", Nueva York, marzo de 2010.

2. Breve reseña histórica

El Reino de Camboya es un pequeño país del sudeste asiático con alrededor de 14 millones de habitantes. Camboya cuenta como antecedente lejano al imperio *Khmer* que, a partir del siglo IX, reinó sin oposición por más de 600 años. De economía fundamentalmente agraria —arrocera— Camboya ha visto prosperar el turismo y la industria textil en los últimos 10 años hasta convertirse en fuentes principales de recursos. La bolsa de valores local comenzó su actividad en 2012 en una economía que viene creciendo a alrededor del 8% anual desde comienzos de los 2000. A pesar de esto y del flujo enorme de inversiones que se ha dado en la última década (fundamentalmente de parte de China, Corea del Sur y Vietnam), las desigualdades sociales todavía constituyen un gran problema. Uno de los desafíos actuales más importantes es el desarrollo del potencial humano, la erradicación del analfabetismo y la formación de cuadros profesionales en todas las disciplinas que coadyuvarán al desarrollo integral de una sociedad que ha sido víctima de más de 30 años de guerra civil y violencia indiscriminada.

El Real Gobierno de Camboya es una monarquía constitucional y religiosa liderada por un Primer Ministro, Hun Sen, con más de 25 años en el ejercicio del poder en el gobierno y en el partido político más importante, el Partido Popular Camboyano.⁽⁴⁾ El jefe de Estado es el Rey Norodom Sihamoni. El Reino de Camboya, un protectorado francés desde mediados del siglo XIX, logró su independencia en 1953. La religión oficial es el budismo theravada.⁽⁵⁾

El Partido Comunista Camboyano, antecedente directo de los *Khmer* Rojos, fue un desprendimiento del Partido Comunista Indochino (1930-1951). La escisión fue motivada por la intención de los partisanos de origen camboyano de tomar distancia de su tributario (compuesto en su mayoría por dirigencia y cuadros del vecino país). Para reforzar la idea de que el Partido Comunista de Camboya no fue una simple desmembración del indochino, la versión oficial de los *Khmer* Rojos señaló como fecha de nacimiento del

(4) Hun Sen se refirió a ciertas figuras de la oposición en los siguientes términos: “No sólo estoy debilitando a la oposición sino que los voy a exterminar a todos (...) y si alguno tiene la fuerza para tratar de manifestar en contra de este gobierno voy a apalearlo a esos perros y los voy a meter en una caja!”, ver ADAMS, BRAD (Director para Asia de Human Rights Watch), en *New York Times*, 31/05/2012, ver texto en http://www.nytimes.com/2012/06/01/opinion/10000-days-of-hun-sen.html?_r=2

(5) Más del 95% de la población lo practica, según estadísticas oficiales.

Partido Comunista de los Trabajadores (que luego pasó a llamarse Partido Comunista Camboyano) al Congreso realizado en 1960 en Phnom Penh.

La transliteración del idioma oficial de lo que en español denominamos Camboya es *Kampuchea*. *Khmer* es el gentilicio de Kampuchea en el idioma camboyano (también llamado *Khmer*). *Khmer* Rojos es el apelativo que el rey Norodom Sihanouk le dio al grupo fundador del Partido Comunista Camboyano ("PCC") quienes, a causa de una campaña de persecución llevada adelante por el gobierno de Norodom Sihanouk hubieron de buscar refugio, a inicios de los '60, en la frontera con Vietnam. Durante ese exilio, el núcleo duro del PCC formó la "Oficina 100" que fue el primer intento de organización de los *Khmer* Rojos. Poco después, en 1965, el partido resolvió que la lucha contra el imperialismo sólo podía ser violenta: consecuentemente, en 1968 nació formalmente el brazo armado del PCC, el Ejército Revolucionario Camboyano.

La relación entre Camboya y Vietnam ha sido problemática a lo largo de toda su historia. Recientemente, a partir de la década del '60, Camboya fue un paso estratégico fundamental por el cual Vietnam del Norte abasteció a las tropas del Viet Cong que luchaban contra el ejército de Vietnam del Sur y su aliado, Estados Unidos, en el escenario internacional por excelencia de la guerra fría: la Segunda Guerra de Indochina (también conocida como Guerra de Vietnam).

El Príncipe Sihanouk, que detentó el poder en Kampuchea desde la independencia de Francia, en 1953, hasta su derrocamiento por la fuerza, en 1970, se declaró neutral respecto de la guerra en el vecino país. Los historiadores están de acuerdo en que la "neutralidad" fue propicia para que el Vietnam comunista proveyera de suministros y de apoyo a las tropas del Vietcong, su aliado en el Sur. Esta situación dio argumentos a los gobiernos norteamericanos de (Lyndon) Johnson y (Richard) Nixon para que lanzaran la mayor ofensiva aérea jamás conocida contra los efectivos norvietnamitas que supuestamente se encontraban en la frontera Este de Camboya (fundamentalmente en las actuales provincias de Ratanakiri y Mondulakiri). Las incursiones aéreas y los bombardeos costaron la vida a cientos de miles de camboyanos y crearon olas de emigración interna de campesinos hacia las ciudades al tiempo que, según algunos historiadores, crearon las condiciones para que el ejército *Khmer* Rojo reclutara a campesinos víctimas de los raides que pasaron a engrosar las filas del recientemente creado Ejército Revolucionario.

El 18 de marzo de 1970, el General Lon Nol y un primo de Sihanouk, el Príncipe Sirik Matak, ejecutaron un golpe de Estado que, según algunos historiadores, contó con el apoyo de Estados Unidos. La consecuencia más grave del golpe fue la intensificación del conflicto interno (con el *Khmer Rojo*) que se sumó a la progresión del conflicto con las tropas del Viet Cong que operaban en el Sur y el Este de Camboya.

En respuesta al golpe de Estado, el Príncipe Sihanouk, desde su exilio en Pekín, formó el Frente de Unión Nacional de Kampuchea (FUNK) y el Gobierno Real de Unión Nacional de Kampuchea (GRUNK) y gradualmente fue creando lazos de unión con los *Khmer Rojos* que peleaban una guerra de guerrillas desde la frontera oriental contra el gobierno de Lon Nol, con la asistencia de las tropas comunistas de Vietnam del Norte. El avance del Ejército Revolucionario Camboyano era lento pero implacable y los *Khmer Rojos* evacuaban las ciudades que tomaban e incorporaban cuadros a sus filas con cada conquista.

Después de casi cinco años de conflicto interno y externo, el 17 de abril de 1975, cayó el gobierno republicano de Lon Nol y los *Khmer Rojos* tomaron la ciudad de Phnom Penh, capital de Camboya, y declararon el nacimiento de una nueva era, el Año Cero. A partir de ese momento, *Angkar* (el régimen *Khmer Rojo*, también autodenominado “la Organización” o “el Partido”) rigió el destino individual y colectivo de todo un país. En los pocos días que siguieron, y en función de un patrón que ya habían adoptado en su avance hacia la capital, los *Khmer Rojos* evacuaron Phnom Penh (que contaba con alrededor de dos millones de habitantes) y forzaron a la población a trasladarse a pie hacia las cooperativas y campos de trabajo forzados ya establecidos o por crearse. Los enfermos y las mujeres embarazadas fueron echados de sus camas de hospital a punta de fusil, los ancianos y los niños fueron obligados a marchar a pie pudiendo transportar sólo aquello que podían llevar consigo. Dadas las condiciones en las que se produjo la evacuación —a pie, sin provisión de alimentos ni medicinas para los enfermos, sin descanso, etc.— las víctimas de este brutal traslado, que implicó la violación de derechos básicos inalienables, se contaron en los cientos, si no miles.

En el lapso de 3 años y ocho meses, de abril de 1975 a enero de 1979, entre 1,7 y 2,2 millones de personas (sobre un total de alrededor de siete a ocho millones de habitantes) murieron como consecuencia de la implementación de un absurdo plan de colectivización de la sociedad camboya-

na en pos de la igualdad y la prosperidad para todos que, en un punto, se transformó en una utopía criminal. La llegada al poder de los *Khmer Rojos* marcó el inicio de una nueva era en su calendario: John Pilger recuerda en la introducción a su laureado documental, "*Cambodia: Return to Year Zero*",⁽⁶⁾ que el Año Cero fue el nacimiento de una época en la cual no había familias, sentimientos, expresiones de amor o de dolor, medicinas, hospitales, escuelas, libros, vacaciones, música. Sólo hubo terror y muerte. Los *Khmer Rojos* arrasaron con todo rastro de la cultura que querían erradicar y el pueblo fue obligado a transferirse a cooperativas y campos de trabajo forzado para cumplir con los objetivos del plan cuadrienal: la colectivización total de la sociedad, la abolición de los lazos de familia, la abolición de la "educación burguesa", de las clases sociales, de los partidos políticos, de la moneda, de los mercados, de las religiones y el aumento de la producción de arroz a tres toneladas por hectárea (en campos que, en promedio, sólo daban una, a una y media toneladas de arroz por hectárea) que permitiera, en el mediano plazo, la creación de una industria liviana que fijara las bases económicas y sociales para el desarrollo autónomo e independiente del pueblo camboyano.⁽⁷⁾ En realidad, más que igualdad y prosperidad para todos, sólo trabajo, terror y muerte fueron el resultado de la implementación de un plan radical de transformación de la sociedad camboyana sin bases científicas, sin estudio ni conocimiento del potencial real de la tierra, de los recursos humanos ni de los recursos tecnológicos disponibles. La ideología y, posteriormente, la paranoia y el terror asesinos, subrogaron a la ciencia, a la estadística, a la planificación racional, a la política. El resultado fue una de las masacres más horribles de las que tiene registro el ser humano. Un cuarto de la población camboyana murió víctima de la barbarie: alrededor de 800.000 personas murieron por causas violentas, víctimas de la persecución; alrededor de 1.300.000 personas murieron de agotamiento, inanición o falta de medicamentos o de atención médica primaria.

Dos minorías fueron particularmente perseguidas con la intención de exterminarlos: el grupo étnico de filiación religiosa musulmana conocido

(6) Disponible en: <http://johnpilger.com/videos/cambodia-return-to-year-zero>

(7) Un elocuente testimonio de lo absurdo del proyecto social y económico del régimen *Khmer Rojo* es la recopilación de discursos que describen las bases del plan cuadrienal de Pol Pot, cuya lectura recomendamos: CHANDLER, D. ET AL, *Pol Pot Plans the Future: Confidential Leadership Documents from Democratic Kampuchea, 1976-1977* Yale, Yale Southeast Asia Studies Monograph Series, 1998.

como *chams*, y las personas de origen vietnamita que vivían en Camboya a inicios del régimen *Khmer Rojo*. Las pericias demográficas realizadas durante la investigación del expediente n° 002 indican que no quedaron prácticamente sobrevivientes cham, y que un gran porcentaje de vietnamitas murieron trágicamente. Estos dos hechos fueron considerados por los Co-Jueces de Instrucción del Tribunal como constitutivos del crimen de genocidio.

El Año Cero significó también la división del pueblo en: “pueblo original” —compuestos por los campesinos y trabajadores rurales— y el “pueblo nuevo”. Todo aquel que viviera en la ciudad, todo aquel que tuviera más que una educación básica, cualquiera que conociera o que hubiera trabajado con extranjeros, todo aquel que usara anteojos, inclusive aquel que supiera manejar una bicicleta, corría el riesgo real de ser detenido, interrogado y ejecutado sólo por cumplir tal condición. Los *Khmer Rojos* decían del “pueblo nuevo”: “exterminarlos no es pérdida, preservarlos no es ganancia. Quemaremos la vieja hierba y la nueva crecerá”. Los testimonios describen a esta trágica etapa de la historia del país como a una prisión sin muros, el trágico destino final de casi un pueblo entero.

Los *Khmer Rojos* sólo se dieron a conocer como titulares del poder en Camboya a mediados de 1976. Desde la toma y evacuación de Phnom Penh hasta ese momento, el mundo ignoraba quién decidía sobre el destino del pueblo camboyano. Un estilo autocrático, despiadado y secreto caracterizó al gobierno encabezado por Saloth Sar conocido como Pol Pot —que era liderado por un Comité Central y un Comité Directivo (ambos dirigidos por Pol Pot)—. El gobierno contaba con varios ministerios: Defensa, Economía, Propaganda, Educación, Asuntos Sociales, Salud, Comercio, Industria, etc., pero muy poco poder real se descentralizaba en áreas o jurisdicciones específicas.

La comunicación oficial estaba organizada de modo de que el “Centro” —Pol Pot, Nuon Chea y el resto de los miembros del Comité Directivo— estuviera siempre informado de todo lo que sucedía en las diferentes zonas. El territorio estaba organizado administrativamente en zonas, sectores, distritos y sub-distritos. Los sub-distritos sólo podían comunicarse con los distritos a los cuales pertenecían. Estos, a su vez, sólo con el sector correspondiente y, éste, con su zona, que debía reportar finalmente al centro (Comités Central y Directivo). La comunicación era sólo vertical, nunca horizontal. Esto permitía un control cerrado de todos y cada uno

de los aspectos de la vida social, económica y hasta individual de Camboya y sus habitantes.

Como política de Estado se avanzó sobre la esfera individual y se desmembró a las familias, sancionándose el matrimonio forzado como forma de crear fuerzas productivas no contaminadas por el "imperialismo invasor". Se prohibió la comunicación y el contacto entre los miembros de las familias originales: *Angkar*, "el Partido", "la Organización", pasó a ser el núcleo de la vida colectiva y sus cuadros jerárquicos se convirtieron en tíos, hermanos y abuelos.

Los médicos y los hospitales fueron víctimas, al igual que el resto de los profesionales (abogados, arquitectos, contadores, profesores, maestros, etc.), de la persecución ligada a la erradicación de todo vestigio del "imperialismo". La práctica de la medicina quedó en manos de adolescentes, cuadros regulares del *Khmer Rojo* sin experiencia profesional válida. Los medicamentos eran virtualmente inexistentes. Los enfermos morían por causa de enfermedades que eran perfectamente tratables.

Una de las primeras medidas del *Khmer Rojo* fue, a pesar de la hambruna que amenazaba a la población, cerrar el país a toda ayuda exterior. Kampuchea Democrática (tal el nombre que el país adoptó durante el gobierno *Khmer Rojo*) sólo se relacionó con el gobierno comunista chino que proveyó ayuda técnica para la construcción de obras de infraestructura y otras áreas.

Las obras de ingeniería (diques, canales, aeropuertos, etc.) pergeñadas por el gobierno eran ejecutadas manualmente por ejércitos de personas que eran sometidas, en muchas situaciones, a regímenes de esclavitud. Las condiciones de vida y de trabajo eran inviables. Fundamentalmente, para los integrantes del "pueblo nuevo", sobre los cuales pendía siempre la sospecha de ser espías y saboteadores de la CIA, de la KGB o de las dos agencias al mismo tiempo. Mientras los miembros del "pueblo original" sólo estaban obligados a cavar un metro cúbico de tierra por día en la construcción manual de diques y canales, los del "pueblo nuevo" debían cavar tres metros cúbicos de tierra y rocas, para lo cual trabajaban casi sin descanso y con una dieta que consistía, frecuentemente, en sólo un puñado de arroz diario.

La falta de estudios científicos, demográficos, estadísticos, tecnológicos y de planificación de políticas de Estado, en un país azotado por las guerras intestinas y externas y por una sequía providencial, condujo a resultados

inaceptables para la dirigencia que comenzó a sospechar sabotajes e infiltraciones enemigas en las filas de sus cuadros. Las fallas sistemáticas y progresivas del plan cuatrienal ideado por Pol Pot y su claqué condujeron a la búsqueda de “culpables”, de chivos expiatorios, que permitieran explicar el fracaso. Los objetivos productivos no se lograban y el descontento y la frustración de los funcionarios y, por supuesto, de la población sometida, eran patentes. Los interrogatorios, la persecución del “enemigo” interno, las torturas y las purgas se hicieron más frecuentes, hasta convertirse en un sistema indiscriminado e irracional de eliminación de personas. El apoderamiento de una pequeña porción de comida, de los escasos medicamentos que había, o inclusive de agua, podía ser castigado con la muerte. La delación (falsa, en muchos casos) se convirtió en un recurso frecuente para sobrevivir al totalitarismo paranoico del *Khmer Rojo*. Las personas sospechadas de cometer faltas eran enviadas a centros de detención, interrogación y tortura y allí eran sometidas hasta que declaraban lo que se exigía de ellas o hasta su muerte.

En un momento el gobierno hizo una convocatoria, que pretendió ser genuina, a los intelectuales y diplomáticos residentes en el exterior para que retornaran a colaborar en la construcción de una nueva Camboya, igualitaria y próspera. La convocatoria era más que nada una excusa que concluyó con la ejecución de un gran número de los que se avinieron a volver al país. El régimen *Khmer Rojo* se convirtió, como consecuencia de su propia irracionalidad, en una máquina de torturar, desaparecer y asesinar inocentes, ancianos, mujeres y niños. De la utopía de la prosperidad (inspirada en el “gran salto hacia adelante” del régimen de Mao Tse Tung en China) quedó nada. En cuanto a la igualdad, sólo el terror, el hambre y la muerte fueron común denominador.

En 1979, tras la caída del régimen *Khmer Rojo* a manos de fuerzas vietnamitas, Pilger fue uno de los primeros periodistas en ingresar a S21, el centro de detención, tortura y exterminio más tristemente célebre de Camboya, el “Auschwitz” de Asia. Pilger relata que sus años de experiencia como reportero de guerra no lo habían preparado para lo que vio allí: máquinas del terror, cuerpos torturados y desmembrados, algunos decapitados, y el dulce y rancio olor de la muerte que lo impregnaba todo. Entre 12.000 y 15.000 prisioneros fueron torturados y ejecutados en S21 por la Santebal, la policía secreta, la “Gestapo” del *Khmer Rojo*, bajo la supervisión directa de Duch.

El 6 de enero de 1979, tropas vietnamitas tomaron Phnom Penh sin demasiada oposición de un ejército *Khmer Rojo* completamente desmoralizado y diezmado por las purgas internas y la falta de recursos. El *Khmer Rojo* se refugió en el Noroeste del país desde donde continuó su lucha armada y política hasta desaparecer en cuanto organización en la década del '90.

Las consecuencias sociales e institucionales de años de conflicto interno y la destrucción de los lazos sociales son evidentes y tienen un claro impacto en el goce de derechos humanos básicos de la población en general y de algunos grupos más vulnerables en particular. A pesar de haber construido una frágil paz social sobre la base de la represión de las protestas populares y la mano fuerte, Camboya, actualmente una plaza interesante para las inversiones internacionales, todavía enfrenta grandes desafíos en cuanto a la consolidación del Estado de derecho: el descenso de las altísimas tasas de corrupción, la lucha contra la impunidad, la formación de funcionarios, la formación de profesionales en todas las áreas y disciplinas, la eliminación de la pobreza estructural, la distribución equitativa de la riqueza, el respeto de derechos económicos, sociales y culturales básicos, etc. La lista es extensa y uno de los capítulos a escribir en esta historia y respecto del cual el Tribunal *Khmer Rojo* puede proporcionar elementos de cambio positivos está ligado a la lucha contra la impunidad como pilar para la consolidación del Estado de derecho.

3. Establecimiento del Tribunal *Khmer Rojo*

Las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales Camboyanos (tal la traducción al castellano del nombre oficial del "Tribunal *Khmer Rojo*": *Special Chambers in the Courts of Cambodia* en inglés, o *Chambres Spéciales au sein des Tribunaux Cambodgiens* en el original francés) fueron creadas en el año 2003 por acuerdo del gobierno camboyano con la ONU con la idea de asistir a las autoridades camboyanas en la investigación y persecución de los crímenes contra la humanidad cometidos durante el régimen *Khmer Rojo*. El Tribunal fue creado a pedido del Real Gobierno de Camboya y a instancias de la comunidad internacional que exigía que se diera una respuesta genuina y efectiva a los crímenes cometidos por el *Khmer Rojo*.

El Tribunal *Khmer Rojo* tiene competencia temporal respecto de los crímenes cometidos por los líderes y los funcionarios con mayor responsabi-

alidad del régimen,⁽⁸⁾ entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, en el territorio de Camboya. El Tribunal ejerce competencia material, entre otros, respecto de los Crímenes contra la Humanidad, Genocidio, Crímenes de Guerra y algunos crímenes nacionales.⁽⁹⁾

El Tribunal funciona en una serie de edificios en un predio que comparte con una base militar en la zona rural vecina a Phnom Penh (a 20 kilómetros del centro de la ciudad) y su presupuesto (alrededor de 40 millones de dólares anuales) está compuesto por donaciones de un grupo de países que apoyan el proyecto de asistencia de Naciones Unidas. Japón ha sido el donante más generoso de fondos (seguido por la Unión Europea, Alemania, Australia y Estados Unidos).

La prisión donde están alojados los detenidos (un condenado y cuatro acusados con prisión preventiva) se encuentra en el mismo predio que el Tribunal y se ajusta a normas internacionales tanto en lo que respecta a la infraestructura, como a la atención médica y profesional de las personas allí detenidas.

En cuanto a la diferencia con otros tribunales internacionales, el Tribunal *Khmer Rojo* se asimila a la solución dada por la ONU para la conformación de la Corte Especial para Sierra Leona,⁽¹⁰⁾ con la importante diferencia de que, en ésta última, los funcionarios internacionales son mayoría en la composición de las cámaras o salas. Se distingue, por el contrario, de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para Ruanda y para la ex Yugoslavia, en que éstos fueron creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a solicitud de los respectivos Estados, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de fundacional de la Organización —recursos en

(8) Respecto de las negociaciones entre el Real Gobierno Camboyano y la ONU en lo referente a la competencia personal del Tribunal, se recomienda la lectura del excelente artículo: HEDER, STEPHEN, *A Review of the Negotiations Leading to the Establishment of the Personal Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Londres/París, agosto de 2011, ver texto en <http://www.cambodiatribunal.org/blog/2011/08/review-negotiations-leading-establishment-personal-jurisdiction-extraordinary-chambers>

(9) Ver arts. 1 al 8 de la ley que crea el Tribunal. También se incluyen como conductas perseguibles de oficio los atentados a bienes jurídicos protegidos por la Convención de La Haya de 1954 (sobre el patrimonio cultural de los pueblos) y aquellos protegidos por la Convención de Viena de 1961 (sobre la protección de funcionarios diplomáticos). En cuanto a los crímenes nacionales incluidos en la ley, se encuentran: el homicidio (arts. 501, 503, 504, 505, 506, 507 y 508 del Código Penal Camboyano de 1956), la tortura (art. 500 del Código Penal Camboyano de 1956) y la persecución religiosa (arts. 209 y 210 del Código Penal Camboyano de 1956).

(10) Disponible en <http://www.sc-sl.org>

casos de amenaza a la paz y la seguridad internacionales—. ⁽¹¹⁾ La Corte Penal Internacional, por el contrario, es un órgano creado por el Tratado de Roma (Julio de 1998) cuya operatividad funciona en ciertos casos puntuales (imposibilidad o falta de voluntad de los estados de perseguir los crímenes de competencia de la Corte, o requerimiento del Consejo de Seguridad de la ONU) y no en forma retroactiva a la entrada en vigencia del Estatuto. ⁽¹²⁾ El Tribunal Especial para el Líbano fue creado con la asistencia de Naciones Unidas para investigar y juzgar los crímenes de terrorismo cometidos en el marco del atentado que le costara la vida al ex Primer Ministro libanés Rafik Hariri y a otras víctimas. ⁽¹³⁾ Las competencias personales, materiales, territoriales y temporales difieren en todos los casos mencionados.

4. Ley aplicable y procedimiento

El llamado Tribunal *Khmer Rojo* son, en realidad, cámaras o salas especiales que funcionan dentro de la estructura del Poder Judicial camboyano y que tienen las características de aquello que los autores denominan un “tribunal híbrido”, es decir, están compuestas por funcionarios nacionales e internacionales. El Acuerdo Marco entre la ONU y Camboya ⁽¹⁴⁾ establece que los funcionarios nacionales serán mayoría en cada una de las diferentes instancias, a excepción de los Co-Fiscales y de los Co-Jueces de Instrucción. Los magistrados nacionales son nombrados por el Consejo de la Magistratura del Reino de Camboya (y aprobados por Decreto Real) en tanto que los internacionales son propuestos por el Secretario General de Naciones Unidas y aprobados y nombrados por el Consejo de la Magistratura local.

El Tribunal se compone de:

- a. Un Co-Fiscal nacional y uno internacional; las decisiones de los Co-Fiscales deben ser tomadas en conjunto. En caso de desacuerdo sobre una cuestión determinada, la controversia se someterá a la Cámara de Asuntos Preliminares que, por fallo de al menos 4 votos en el mismo sentido, podrá resolver el asunto. Si la Cámara de Asuntos Preliminares no lograra la mayoría calificada, la regla es que el acto procesal propuesto por la parte que le somete el asunto debe seguir su curso.

(11) Disponible en <http://www.unict.org> y <http://www.icty.org>

(12) Disponible en <http://icc-cpi.int>

(13) Disponible en <http://www.stl-tsl.org/en>

(14) Disponible en http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGCC.pdf

- b. Un Co-Juez de Instrucción nacional y uno internacional: las decisiones de los Co-Jueces de Instrucción deben tomarse en forma conjunta. En caso de desacuerdo sobre una cuestión determinada, la controversia se someterá a la Cámara de Asuntos Preliminares que deberá decidir de acuerdo con el mismo procedimiento establecido para reglar desacuerdos entre los Co-Fiscales.
- c. Una Cámara de Asuntos Preliminares que resuelve las apelaciones contra las decisiones de los Co-Jueces de Instrucción y regla los desacuerdos entre los mismos y también entre los Co-Fiscales. La Cámara de Asuntos Preliminares está compuesta de 3 jueces nacionales y 2 jueces internacionales.
- d. Una Cámara de Juicio que preside las audiencias orales. La Cámara de Juicio está compuesta por 3 jueces nacionales y dos internacionales.
- e. Una Corte Suprema que tiene competencia exclusiva sobre los casos de jurisdicción del tribunal. La Corte Suprema está compuesta por 4 jueces nacionales y 3 jueces internacionales.
- f. El Tribunal consta también, además de oficinas de personal y administración que coordinan la logística, de una Sección de Apoyo a la Defensa y de una Unidad de Apoyo a las Víctimas.

El procedimiento se inscribe en la tradición penal continental y tiene a los Co-Jueces de Instrucción como directores de la etapa instructoria.⁽¹⁵⁾ La investigación es requerida por los Co-Fiscales (arts. 49 y 55 del Reglamento Interior) cuando hay elementos suficientes para considerar que un crimen de competencia del Tribunal ha sido cometido. Los Co-Jueces de Instrucción están entonces obligados a investigar los hechos de forma genuina, imparcial y efectiva⁽¹⁶⁾ y, si consideran que hay pruebas suficientes

(15) Disponible en <http://www.eccc.gov.kh/en/document/legal/internal-rules-rev8>

(16) Para definir el concepto de investigación "genuina, imparcial y efectiva" ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), "Heliodoro Portugal v. Panamá", Sentencia del 12/08/2008, §114: "[S]i bien el Tribunal no es competente para declarar una violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en perjuicio del señor Portugal, se desprende de los hechos contenidos en el expediente que el señor Portugal fue detenido y trasladado a un lugar desconocido, donde fue maltratado y posteriormente ejecutado. [...] 115. Aunado a lo anterior, la Corte ha entendido que de la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, sería, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida". Ver también CIDH, "Cantoral-Huamaní y García-Santa Cruz v. Perú", 10/07/2007: "La Corte recuerda su jurisprudencia constante en el sentido de que el

para elevar la causa a juicio contra uno o más acusados, deben proceder en consecuencia. La investigación es, en principio, confidencial. Los jueces de instrucción son los guardianes de la investigación y deben garantizar la equidad en todo el desarrollo del proceso interpretando las normas que lo rigen de modo de salvaguardar los intereses de los sospechosos, los acusados, las víctimas y la transparencia del procedimiento.⁽¹⁷⁾

La novedad en el caso del Tribunal *Khmer Rojo* (respecto de otros tribunales penales internacionales en los cuales ha prevalecido el modo procesal anglosajón) es que se permite la intervención de querellantes civiles en el proceso penal en tanto y en cuanto éstos puedan acreditar su condición de víctimas directas de los crímenes bajo examen (art. 23 bis del Reglamento Interno). La jurisprudencia del Tribunal ha ampliado este criterio y ha admitido inclusive a víctimas del régimen *Khmer Rojo* que no lograron demostrar el vínculo directo con los hechos bajo examen en un expediente determinado.⁽¹⁸⁾

cumplimiento del deber de investigar en casos como el presente, debe comprender la realización, de oficio y sin dilación, de una investigación seria, imparcial, efectiva, para la cual los Estados deben hacer uso de todos los medios legales disponibles e involucrar a toda institución estatal". Ver también, "Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia", § 120; "Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia", § 232; y "Caso de Huilca-Tecse v. Peru", Sentencia del 03/03/2005. Serie C n° 121, § 66. Ver también, la *Resolution Adopted by the General Assembly on the report of the Third Committee*, § 2: "all allegations of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment should be promptly and impartially examined by the competent national authority, that those who encourage, order, tolerate or perpetrate acts of torture must be held responsible and severely punished". Ver también el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura (SIR NIGEL RODLEY, "Report of the Special Rapporteur on Torture", UN Doc. E/CN.4/2004/56, 23/12/2003, §39; "General Recommendations of the Special Rapporteur on Torture", UN Doc. E/CN.4/2003/68, § 26(i)) e instrumentos tales como *Principle 2 of the "Istanbul Principles, Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment"*, Adopted by General Assembly resolution 55/89 Annex, 04/12/2000, el *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment* (Adopted by General Assembly resolution 43/173 of 09/12/1988. Principle 33 (4): "Every request or complaint shall be promptly dealt with and replied to without undue delay."), los *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Rule 36 (4): "Unless it is evidently frivolous or groundless, every request or complaint shall be promptly dealt with and replied to without undue delay") y los "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law" (UN Doc. A/RES/60/147, 16/12/2005), que igualmente estipulan que las denuncias de torturas deben ser investigadas sin dilación.

(17) Art. 21 del Reglamento Interno.

(18) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, 03/02/2012. Ver texto en: <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/case-001-appeal-judgement>

La ley aplicable es la contenida en el Acuerdo Marco y en el Reglamento Interior. En caso de lagunas de la ley procedimental, se recurrirá a las reglas de procedimiento establecidas a nivel internacional [art. 12(1) del Acuerdo y 2, 20, 24, 44 y 37 del Reglamento],⁽¹⁹⁾ es decir, a la práctica de los tribunales penales internacionales *ad Hoc* de Naciones Unidas (TPIR y TPIY) y de la Corte Penal Internacional.

En cuanto a la ley substantiva aplicable los Co-Jueces de Instrucción hubieron de desarrollar una tarea de arqueología jurídica para determinar si la ley que le había sido provista por el legislador se ajustaba al principio de legalidad (si era ley aplicable durante el régimen *Khmer Rojo*) y, consecuentemente, si los crímenes cometidos podían ser reprochados a los acusados. Sobre la base de la existencia de tratados, convenciones y de jurisprudencia internacional y nacional se concluyó que el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los modos de responsabilidad subjetiva eran reprochables a los sospechosos.

5. Los casos

En 2006 los Co-Fiscales requirieron la investigación de hechos caracterizados como genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra contra 5 acusados: Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith, Khieu Samphan y Kaing Guek Eav (alias "Duch").

En septiembre de 2007, la causa contra los cuatro máximos líderes con vida del *Khmer Rojo* se escindió creándose el expediente n° 002, que contaba como sospechosos a: Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith y Khieu Samphan. Sólo Duch quedó como acusado en el expediente n° 001.

El 26 de julio de 2010, la Cámara de Juicio condenó a Duch a 35 años de prisión.⁽²⁰⁾ En 2012, la Corte Suprema resolvió las apelaciones contra el fallo de primera instancia y condenó al acusado a cadena perpetua.⁽²¹⁾

(19) Art. 12, Procedimiento: "1. *The procedure shall be in accordance with Cambodian law. Where Cambodian law does not deal with a particular matter, or where there is uncertainty regarding the interpretation or application of a relevant rule of Cambodian law, or where there is a question regarding the consistency of such a rule with international standards, guidance may also be sought in procedural rules established at the international level*".

(20) Disponible en <http://www.eccc.gov.kh/en/documents/court/judgement-case-001>

(21) Disponible en <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/case-001-appeal-judgement>

El 16 de septiembre de 2010, el expediente n° 002 se elevó a juicio. Resueltas las apelaciones sustanciadas contra la decisión que cerró la instrucción, la Cámara de Juicio informó, en fecha 22 de septiembre de 2011, que de la Elevación a Juicio remitida sólo se procedería al Juicio oral de los hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad identificados como las fases 1 y 2 de evacuación de Phnom Penh y transferencia de población (prácticamente de todo el territorio y hacia el Noroeste del país, zona arroceras por excelencia).⁽²²⁾ El debate oral inició a fines de 2011 con una cuestión preliminar relativa a la capacidad de estar en juicio de Ieng Thirith. El 17 de noviembre de 2011, la Cámara de Juicio declaró a la Sra. Ieng Thirith incapaz, y suspendió la causa en su contra.⁽²³⁾

En 2007, el Co-Fiscal Internacional requirió la apertura de la instrucción por una serie de hechos constitutivos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, contra cinco sospechosos más. El Co-Fiscal Nacional se opuso al requerimiento de instrucción y el desacuerdo se dirimió por medio del procedimiento de solución de controversias (arts. 71 y 72 del Reglamento Interior) formándose los expedientes n° 003 y 004 de trámite por ante la Oficina de los Co-Jueces de Instrucción.

5.1. El expediente 001: Duch y S21

En el expediente n° 001 se investigaron los crímenes cometidos en la prisión S21, bajo la rigurosa supervisión de su director, Kaing Guek Eav. El acusado, conocido bajo el alias de Duch, ejerció el cargo de maestro de matemática previo a incorporarse a las filas del *Khmer Rouge*.

Duch, que se encontraba prófugo desde la caída del régimen comunista, fue identificado en 1999 por un periodista norteamericano en la frontera con Tailandia. Ese mismo año, el acusado se entregó a las autoridades camboyanas y quedó detenido en una prisión militar hasta que en julio de 2007 pasó a la custodia del Tribunal *Khmer Rojo*.

La Cámara de Juicio del Tribunal sentenció a Duch a 35 años de prisión. Resueltas las apelaciones contra el fallo de primera instancia, la Corte Suprema lo condenó a cadena perpetua.

(22) CORTE SUPREMA, Fallo CF002, TC, Severance Order pursuant to Internal Rule 89ter, 22/09/2011, Ver texto en: <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/severance-order-pursuant-internal-rule-89ter>

(23) Informe oficial de la Oficina de Prensa del Tribunal, ver texto en: <http://www.eccc.gov.kh/en/articles/trial-chamber-decision-reassessment-ieng-thiriths-fitness-stand-trial>

Según surge de la decisión de primera instancia, Duch cumplía, en su condición de Director de S21, las siguientes funciones: a) supervisión de la recopilación de documentos del gobierno republicano de Lon Nol y la preparación de informes de inteligencia; b) supervisión de la detención e interrogatorios y la formación de sus subordinados en el uso de técnicas de interrogación bajo tortura; c) era también responsable por los informes que se elevaban a sus superiores respecto de las declaraciones tomadas bajo tortura a las víctimas.⁽²⁴⁾

Cualquier persona denunciada o sospechada de haber de cualquier modo transgredido una norma sancionada por *Angkar* era trasladada desde cualquier punto del país a S21 dependiendo de su importancia social o su jerarquía —sólo los prisioneros de cierta categoría eran destinados a S21—. Los detenidos ingresaban al centro de detención y tortura a toda hora del día, generalmente en grupos de veinte personas aunque hay registros de ingreso de más de cien prisioneros en una misma oportunidad. Al ingresar los detenidos eran esposados, se les vendaban los ojos, se les tomaban los datos personales y se los fotografiaba sistemáticamente. A los niños que se detenía conjuntamente con sus padres no se los registraba, por lo cual, a pesar de lo estricto que fue Duch en documentar el funcionamiento de S21, la Cámara de Juicio consideró que el número de víctimas totales debe seguramente ser mayor de lo que surge de los meticulosos registros de la prisión. Los prisioneros eran alojados en celdas comunes, encadenados de pies, uno a continuación del otro a una barra que ocupaba el largo de la celda. Los prisioneros sólo podían hacer sus necesidades en la posición en la que se encontraban de modo que las celdas se transformaban en caldos de cultivo de todo tipo de enfermedades que, sumadas al resto de las malsanas condiciones de vida en el lugar y a la tortura a la que eran sometidos los detenidos, llevaba a que nadie sobreviviera por mucho tiempo al encierro en S21.

Un grupo compuesto por las esposas de los empleados de S21 interrogaban a las mujeres detenidas.

Los interrogatorios se prolongaban muchas veces durante horas y días enteros hasta que, exhaustas o no pudiendo aguantar más los vejámenes a las que eran sometidas, las víctimas terminaban por confesar lo que los torturadores querían escuchar. Las confesiones eran escrupulosamente re-

(24) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 125, 126 et al.

gistradas. Como regla de oro si durante los interrogatorios el nombre de un tercero se mencionaba vinculado a actividades sospechosas en más de dos oportunidades se lo debía detener y someter al mismo tipo de interrogatorio. Así, la paranoia y el terror institucionalizados llevaron a que gente completamente inocente terminara sus días en S21.

Dado que los detenidos que llegaban a S21 —obviamente, sin juicio previo de ningún tipo— eran considerados culpables de violar las reglas sancionadas por *Angkar*, el rol de los torturadores se limitaba a validar el veredicto de culpable por medio de la extracción de confesiones bajo tortura. De este modo, el objetivo del torturador estaba fijado de antemano conforme a la posición e historia particular de la víctima. La confesión debía concluir por demostrar lo que ya estaba asumido como verdadero: que el detenido era agente de la CIA, o de la KGB, o de las fuerzas vietnamitas, o que preparaba o había participado de tal o cual acción subversiva, etc.⁽²⁵⁾ Bou Meng, querellante civil en el expediente n° 001 y uno de los pocos sobrevivientes de S21 declaró en el debate oral:

“Me tendieron boca abajo y me golpearon hasta cansarse, entonces comenzaron a preguntarme cuándo había ingresado a la CIA y a la KGB, y quién me había presentado a los funcionarios de esas agencias. Yo no sabía cómo responderles (...) cómo iba a hacerlo si jamás había estado involucrado en una organización de ese tipo, cómo iba a responder a sus preguntas? Ni siquiera tenía idea de lo que era la CIA”.⁽²⁶⁾

Duch admitió en audiencia oral que, oficialmente, “sólo cuatro métodos violentos de interrogación estaban permitidos”: los golpes, la electrocución, la asfixia por medio de bolsas plásticas que eran colocadas en la cabeza de las víctimas, y la asfixia por el suministro de agua a presión por vía nasal.⁽²⁷⁾ Estos métodos de tortura producían efectos similares: sufrimientos físicos y mentales severos que podían conducir a la pérdida del conocimiento —por el dolor mismo— y que frecuentemente tenían consecuencias fatales. El acusado también reconoció que era común usar otras técnicas de tortura que no estaban oficialmente permitidas: extracción

(25) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 155.

(26) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 155 *in fine*. La traducción de la versión inglesa nos pertenece.

(27) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 241.

violenta de uñas de manos y pies, inserción de agujas debajo de las uñas, quemaduras con cigarrillos.⁽²⁸⁾ Igualmente se forzaba a las víctimas a comer excrementos y a beber orina como una forma de tortura durante los interrogatorios o a rendir homenaje, de rodillas, a perros con caretas que representaban al líder de la revolución vietnamita, Ho Chi Minh, o al presidente norteamericano Lyndon Johnson.⁽²⁹⁾ Los detenidos eran también sometidos a otros actos de humillación e intimidación con el objetivo de quebrar su resistencia física y anímica.

Había un solo final para aquel que fuera enviado, detenido, a S21: los interrogatorios bajo tortura y, fatalmente, su ejecución. Duch mismo resolvía si el interrogatorio de una víctima determinada debía darse por finalizado y, en ese caso, daba la orden de traslado del detenido al centro de ejecución de Choeng Ek.⁽³⁰⁾ Choeng Ek se encuentra a unos 15 kilómetros de S21 y hasta allí se transportaba a las víctimas, esposadas y con los ojos vendados, en camiones. Una vez en el lugar, se los hacía formar delante de las fosas previamente excavadas y se los ejecutaba con un golpe con algún elemento contundente en la base del cuello. A veces, previo a enterrar los cuerpos, se procedía a cortar los vientres de las víctimas y se tomaban fotos de los cadáveres. Finalmente, los cuerpos eran enterrados allí mismo, sin ninguna identificación.

En ocasiones se procedía, dadas las dimensiones relativas del complejo edilicio de S21 y el número de víctimas que llegaban, a ejecutar a grupos de detenidos en masa sin interrogatorio previo. Estas ejecuciones masivas coincidieron, fundamentalmente, con las purgas internas del partido.⁽³¹⁾

Algunos detenidos eran sometidos a “experimentos médicos”: se les extraían cantidades de sangre que les provocaba la pérdida de conocimiento y finalmente el deceso del paciente, o se les inyectaban diferentes preparados para evaluar sus reacciones, o se practicaban diferentes tipos de cirugías, etc. Los experimentos, que eran realizados por personas sin

(28) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 242.

(29) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 243.

(30) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 180 *et seq.* La orden era de proceder a exterminar al o los prisioneros. *Kam Kam* (traducido como *smash* en inglés) es la transliteración del término utilizado en idioma *Khmer* para denotar la orden de exterminar a los prisioneros que eran marcados para ejecución.

(31) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 217 *et seq.*

ningún tipo de experiencia médica concluían, forzosamente, con la muerte de los pacientes.⁽³²⁾

Como forma de reparar el terrible daño provocado por los crímenes cometidos bajo su supervisión, la Cámara de Juicio ordenó recopilar y publicar todas las expresiones de arrepentimiento y los pedidos de perdón expresados por Duch a lo largo del proceso. Igualmente, como modo de reconocimiento y reparación, la Cámara ordenó que los nombres de los querellantes y de sus familiares, víctimas de Duch, sean incluidos en la sentencia.

5.2. El expediente 002: los máximos líderes con vida del Khmer Rojo

El régimen *Khmer Rojo* fue objeto de una más amplia y profunda investigación en el expediente n° 002. La instrucción se inició en 2007 y concluyó con la elevación a juicio de la causa el 16 de septiembre de 2010.⁽³³⁾ Durante la misma se investigó la ejecución, implementación y supervisión de los desplazamientos forzados de población —fundamentalmente de Phnom Penh y otras ciudades hacia el campo—, de los campos de trabajo forzado —arroceras, construcción manual de diques, aeropuertos y otras grandes obras de ingeniería, etc., de los centros de detención— como S21 y tantos otros localizados en diferentes zonas del país, y de ejecución —como Choeung Ek—, y la persecución de ciertas minorías. Los crímenes por cuales se elevó la causa incluyen los siguientes:

- a. Genocidio cometido contra la minoría *chams* y contra vietnamitas que residían en Camboya,
- b. Crímenes contra la humanidad cometidos contra la población en general y contra ciertas minorías en particular —*chams*, budistas, vietnamitas, chinos, ex funcionarios del gobierno republicano, etc.—:
 1. Homicidio,
 2. Exterminación,
 3. Sometimiento a la esclavitud,
 4. Deportación,
 5. Detención ilegal,
 6. Tortura,

(32) CORTE SUPREMA, Fallo CF001, Cámara de Juicio, Sentencia del 26/07/2010, § 223, 224, 275.

(33) CORTE SUPREMA, Fallo CF002, Co-Jueces de Instrucción, Elevación a Juicio, 16/09/2010.

7. Violación en el marco del matrimonio forzado,
 8. Persecución política, racial, y religiosa —contra ex funcionarios del gobierno republicano, chams y budistas—,
 9. Otros actos inhumanos constitutivos de ataques contra la dignidad humana, matrimonio forzado, transferencia forzada y desaparición forzada de personas.
- c. Violaciones graves a las Convenciones de Ginebra, constitutivas de:
1. Homicidios,
 2. Torturas o tratos inhumanos,
 3. Graves tormentos físicos o psíquicos,
 4. Privación del derecho a juicio justo,
 5. Detención ilegal de civiles,
 6. Deportación ilegal de civiles.

La instrucción del expediente n° 002 produjo pruebas concluyentes respecto de la existencia de un plan sistemático de sometimiento del pueblo camboyano a condiciones de trabajo y de existencia que implicaron la violación a los derechos humanos básicos e incluyeron la persecución, la eliminación y el exterminio de minorías en particular y del pueblo en general.

Respecto a los acusados:

- Nuon Chea, nació el 7 de julio 1926 con el nombre de Lao Kim Lorny fue aprobado Nuon Chea, Hermano Nuon, Hermano n° 2, Tío Nuon. Era el segundo a cargo del gobierno de Kampuchea Democrática después de Pol Pot (quien falleció en el Norte del país en 1999). Era miembro activo del Comité Directivo y superior inmediato de Duch. Entre otras cuestiones, Nuon estaba a cargo de seguridad y propaganda y de la política general del régimen.
- Khieu Samphan, nació el 27 julio 1937 y fue conocido con los alias de Haem, Hem, Khang y Nan. Se doctoró en economía en Francia, siendo el único de los líderes del *Khmer Rojo* que tenía estudios universitarios completos a ese nivel. Fue jefe de Estado durante el régimen de Kampuchea Democrática. Su defensa en juicio es ejercida por Maitre Jacques Verges, el conocido abogado francés que defendió, entre otros, al criminal nazi Klaus Barbie y a Carlos “El Chacal”.
- Ieng Sary nació el 24 de octubre 1925 bajo el nombre de Kim Tran. Se encuentra casado con otra de las acusadas, la Sra. Ieng Thirith. Fue Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno de Kampuchea Democrática. En 1979 fue juzgado en ausencia, conjuntamente con Pol Pot, por un tribunal organizado con el apoyo del gobierno vietnamita por el cargo de genocidio. En 1996 se benefició de una amnistía y de un perdón reales.

- leng Thirith, apellido de soltera Khieu, nació el 10 marzo 1932. Su alias era Phea. Fue Ministra de Asuntos Sociales e, interinamente, ejerció como Ministra de Salud. Durante sus estudios en Francia logró un diploma en inglés y francés en la Universidad Paris I. La Cámara de Juicio la declaró mentalmente inhábil para ser juzgada.

El expediente de la instrucción cuenta con 46 declaraciones indagatorias de los acusados, más de 1000 declaraciones testimoniales, más de 115.000 documentos de diversa índole, y más 350.000 fojas. Estas cifras convierten a esta investigación en el segundo expediente penal más voluminoso de la historia después de Nuremberg.

Al momento de escribir este artículo el proceso en primera instancia se está desarrollando.

5.3 Los expedientes 003 y 004: Los límites de la justicia

Los expedientes 003 y 004 tienen como objeto de investigación una serie de hechos ocurridos en diversas localidades del territorio camboyano e, igualmente, las purgas y los asesinatos cometidos contra funcionarios de la Armada y del Ejército de Kampuchea Democrática. El número de víctimas de los hechos instruidos en estos dos expedientes probablemente sobrepasen la centena de miles de personas. Los sospechosos son, según indican los medios de información públicos, funcionarios de segundo y tercer grado en la jerarquía militar y civil de los *Khmer Rojos*.⁽³⁴⁾

Desde el inicio, el gobierno camboyano se ha opuesto firmemente a la investigación de estos dos expedientes. En octubre de 2010, el Secretario General de Naciones Unidas se reunió con Hun Sen, Primer Ministro camboyano, en Phnom Penh. Concluida la reunión, el Ministro de Relaciones Exteriores camboyano declaró a la prensa, en una actitud poco común en el ámbito de la diplomacia, que Hun Sen había hecho saber a Ban Ki Moon que no permitiría que los expedientes 003 y 004 fueran objeto de investigación.⁽³⁵⁾ De allí en más, los intentos de parte de los funcionarios judiciales camboyanos —por momentos asistidos en su empresa por un

(34) Ver http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/07/20/cambodias_kangaroo_court?page=0,1

(35) Se recomienda la lectura de: ADAMS, BRAD, artículo escrito con motivo de las elecciones comunales, en *New York Times*, 04/06/2012, ver texto en http://www.nytimes.com/2012/06/01/opinion/10000-days-of-hun-sen.html?_r=1; también en el sitio de la revista *Time Magazine*: <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2094353,00.html>, y en <http://jurist.org/paperchase/2011/05/rights-groups-urge-more-transparency-for-Khmer-rouge-tribunal.php>

juez de instrucción internacional—⁽³⁶⁾ de sobreseer la causa sin haber investigado los hechos se hicieron más groseros y evidentes.⁽³⁷⁾ Las razones que han venido alegando el Primer Ministro y sus funcionarios para negarse a la continuidad de los casos 003 y 004 es que la paz social se vería comprometida si el Tribunal ejerciera su mandato legal y continuara con la investigación que se le ha encomendado. Esta situación llevó al Secretario General de Naciones Unidas a declarar públicamente la necesidad de que los expedientes 003 y 004 retomem su curso.⁽³⁸⁾

Al momento de escribir este artículo, la actividad investigativa en los dos expedientes se encuentra completamente suspendida.

6. La justicia de transición en Camboya y la consolidación del Estado de derecho

Luego de haber explicado brevemente la tarea de investigación y asignación de responsabilidad penal emprendida por el Tribunal *Khmer Rojo*, las preguntas que se imponen son: ¿cuál será el impacto de los juicios en la consolidación del Estado de derecho en Camboya?; ¿Qué otras medidas de justicia de transición son necesarias?; ¿Cuáles son las tensiones que se verifican en el proceso de transición de una sociedad post-conflictual hacia una sociedad democrática, respetuosa de los derechos individuales y colectivos?; ¿Cómo se resuelven esas tensiones de un modo favorable al proceso de consolidación del Estado de derecho?

Las respuestas a estas preguntas son complejas y requieren análisis multidisciplinarios con los cuales sería interesante contar. Sin duda que las consecuencias de casi cuatro años de un devastador régimen *Khmer Rojo*

(36) Siegfried Blunk, originario de Alemania del Este, quien terminó renunciando bajo la presión ejercida por funcionarios de su propia oficina, de la sociedad civil y de organismos de derechos humanos como Amnesty International, Human Rights Watch, Open Society Justice Initiative, etc.

(37) Ver <http://www.hrw.org/news/2011/10/03/cambodia-judges-investigating-Khmer-rouge-crimes-should-resign> y http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/11/23/cambodia_court_justice_Khmer_rouge y también <http://www.theinvestigativefund.org/investigations/international/1612/?page=3>. Igualmente ver http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/07/20/cambodias_kangaroo_court?page=0,1. Ver <http://www.eccc.gov.kh/en/articles/statement-international-co-prosecutor-regarding-co-investigating-judges%E2%80%99-retraction-order-c> y, en particular, ver la decisión de los Co-Jueces de Instrucción declarando ilegal el comunicado de prensa del Co-Fiscal Internacional: <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/order-international-co-prosecutors-public-statement-regarding-case-file-003>

(38) Ver <http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5961>

sumadas a las dos décadas de conflicto interno que le siguieron han sido estructurales a nivel de la economía, de la construcción de la política, de la conformación de la sociedad camboyana, a nivel de los individuos y del goce de sus derechos sociales, económicos y culturales. Camboya es hoy una sociedad que tiene frente a sí un desafío enorme de reconstrucción de su identidad, de su dirigencia política, de su tejido social y de su institucionalidad.

En nombre de la igualdad y la prosperidad para todos, el Partido Comunista Camboyano creó una crisis socio-económica de proporciones extraordinarias que dividió profundamente a la sociedad camboyana y arrojó la población al grado último de hambruna creando enfrentamientos fratricidas en una desesperada y criminal lucha por la supervivencia. Pol Pot y sus camaradas construyeron un sistema político en el cual autoridades y ciudadanos comunes fueron legitimados y hasta incitados a eliminar arbitrariamente a aquellos que simplemente manifestaban desacuerdo con las políticas del Partido o que eran considerados una amenaza. En una espiral de violencia hacia el infinito el poder fue una herramienta para perseguir y exterminar a grupos étnicos y sociales o simplemente individuos que eran percibidos y etiquetados como "enemigos" y a los cuales se los hacía responsables de los males que eran la forzosa consecuencia de políticas de Estado completamente absurdas e irracionales y que mediatizaban al hombre en un sistema totalitario de explotación y opresión.

Los dirigentes con menos escrúpulos y más predispuestos a eliminar violentamente a sus enemigos políticos, tomaron por la fuerza el Estado. En el frenesí por conservar o aumentar su propio poder y por justificar las gravísimas fallas del programa económico y social, se ejecutaron purgas internas que le dieron el golpe de gracia al Partido Comunista Camboyano que terminó vencido, a los pies del socialismo vietnamita.

La autodestrucción del pueblo camboyano fue posible debido a que, históricamente, Camboya fue ignorada por sus vecinos del sudeste asiático pre-colonial, fue mantenida en el subdesarrollo por el colonialismo francés y condenada al mismo por su propia élite aristocrática poscolonial. Esto la convirtió en un país con una sociedad civil muy débil, carente de lazos sociales (ausencia de sindicatos, de asociaciones de agricultores, de trabajadores, etc.), de partidos democráticos y sin una clase media preparada para enfrentar la ola de barbarismo impuesta por los *Khmer*

Rojos que llevó al país a un estado de conflicto interno permanente que duró 30 años.

La consolidación del Estado de derecho, definido como aquel en el cual se respeta el principio de supremacía de la constitución y de las leyes, la división de poderes y la igualdad frente a la ley, requiere la implementación de múltiples estrategias de cambio relacionadas no sólo con la investigación de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado y la conservación de la memoria colectiva, sino también con la reforma de las instituciones jurídicas, con la formación de funcionarios, con la depuración de los diferentes poderes del Estado. Dar respuesta a los abusos masivos de derechos humanos cometidos en el pasado es sólo uno de los elementos que coadyuvarán al tránsito de una sociedad post-conflictual a una democrática y respetuosa de la ley y los derechos humanos.⁽³⁹⁾

Un programa integral de justicia de transición y de consolidación del Estado de derecho debe partir, fundamentalmente, de una iniciativa local y debe incluir los pilares mencionados *supra*: investigación de los crímenes graves cometidos en el pasado,⁽⁴⁰⁾ asignación de reparaciones a las víctimas —con un debate que las incluya como actores activos—,⁽⁴¹⁾ consultas populares inclusivas sobre cuestiones relativas al mismo proceso de justicia de transición,⁽⁴²⁾ reforma institucional (fundamentalmente de la justicia y de los servicios de inteligencia y de las fuerzas de seguridad), depuración de los diferentes poderes del Estado, etc.⁽⁴³⁾ En suma: refuerzo de las instituciones democráticas, de la justicia y de las capacidades de gobierno y

(39) Se recomienda la lectura de: MAYER-RIECKH, ALEXANDER y DE GREIFF PABLO (eds.), *Justice as Prevention – Vetting Public Employees in Transitional Societies*, New York, Social Research Council, 2007.

(40) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto - Iniciativas de enjuiciamiento", Ginebra, 2006. Ver también, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Aprovechamiento al máximo del legado de los Tribunales Mixtos", Ginebra, 2008.

(41) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Programas de reparaciones", Ginebra, 2008.

(42) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Consultas Nacionales sobre la Justicia de Transición", Ginebra, 2009.

(43) OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Procesos de Depuración: Marco Operacional", Ginebra, 2006.

control del Estado con el fin de proveer seguridad, justicia y trabajo digno al ciudadano, que permitan quebrar los círculos de violencia institucional y social. El Informe Sobre Desarrollo Mundial de 2011 del Banco Mundial concluye, sobre la base de las estadísticas relevadas, que la consolidación del Estado de derecho, el efectivo control del Estado, bajos niveles de corrupción estatal y una protección institucional efectiva de los derechos humanos tienen como correlato un riesgo menor de surgimiento de la violencia social y de conflictos internos.⁽⁴⁴⁾

7. A modo de conclusión

Desafíos de diversa índole se han verificado desde antes del comienzo de los procesos contra los *Khmer* Rojos. Desde un punto de vista investigativo ha sido muy difícil, treinta años después de los hechos, contar con pruebas que permitan una clara determinación de la verdad histórica. Muchos de los testigos principales, traumatizados por las tragedias personales y colectivas sufridas, prefieren olvidar a revivir lo que pasaron. Las pruebas materiales de la comisión de los crímenes se pierden con el paso del tiempo. En un país en el cual una gran proporción de los funcionarios del más alto rango son ex integrantes de los *Khmer* Rojos, y en el cual la paz social se logró en base a acuerdos en los que primaron las amnistías y los perdones sobre la asignación de responsabilidad por la comisión de crímenes gravísimos,⁽⁴⁵⁾ cuestiones de índole política se

(44) WORLD BANK, "World Development Report 2011: Conflict, Security, and Development", Washington, 2011.

(45) Ver <http://www.nytimes.com/1996/09/15/world/a-Khmer-rouge-rebel-gets-cambodia-amnesty.html>. Ver también, "No Amnesty for Khmer Rouge", en *Los Angeles Times*, 31/12/1998, que reporta las declaraciones de Hun Sen respecto al recibimiento que, según él, debería darse a Nuon Chea y a Khieu Samphan quienes retornaban voluntariamente del exilio: "Deberían ser recibidos con ramos de flores", disponible en <http://articles.latimes.com/1998/dec/31/local/me-59272>. Hun Sen pasó de un extremo al otro, habiendo declarado en mayo de 1998 que no habría ni amnistía ni perdón para los culpables, ver en http://articles.chicagotribune.com/1998-05-08/news/9805080131_1_nuon-chea-ta-mok-khieu-samphan. Ver también: <http://news.google.com/newspapers?nid=1350&dat=19981230&id=dPMjAAAAlBAJ&sjid=mAMEAAAAAlBAJ&pg=6509,5796618>. La posición oficial del gobierno camboyanos ha sido, desde el 2007 hasta el presente, que las cinco personas que fueron sometidas a la jurisdicción del Tribunal (Nuon Chea, Khieu Samphan, Ieng Thirith, Ieng Sary y Duch) son suficientes y que el riesgo de una guerra civil se cerner sobre Camboya si las investigaciones de los crímenes cometidos por el *Khmer* Rojo continúan: <http://www.theinvestigativefund.org/investigations/internacional/1612/?page=3>. Ver también: http://www.theinvestigativefund.org/investigations/internacional/1520/doubt%2C_suspicion_at_cambodia_war_trial/ y http://www.theinvestigativefund.org/blog/1586/genocide_judges_duel_it_out_in_phnom_penh/. Igualmente, ver <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2094353,00.html>

dirimen en el campo de la administración de justicia penal.⁽⁴⁶⁾ En este marco, el ejercicio de asignación de responsabilidades penales toma un cariz simbólico.

Desde un punto de vista de los recursos disponibles, el tribunal ha estado sujeto a la buena voluntad de los países donantes que, en el medio de una crisis financiera mundial, han debido honrar otras prioridades. Esto llevó a que, por ejemplo, los funcionarios nacionales no percibieran su sueldo durante 5 meses a fines de 2011 e inicios de 2012.

La estrategia de comunicación del Tribunal ha sido elogiada por algunos y criticada por otros pero las estadísticas demuestran que el Tribunal *Khmer Rojo* ha invertido una importante cantidad de recursos en acercar a las víctimas y a la población en general a la administración de justicia.⁽⁴⁷⁾ El simple hecho de que las causas se investiguen y diriman en el mismo lugar donde se cometieron los crímenes y donde viven las víctimas —a diferencia del Tribunal para Ruanda, que se encuentra en Tanzania, o de la Corte Penal Internacional y del Tribunal para la Ex Yugoslavia, que se encuentran en Holanda— es una ventaja enorme para una estrategia de comunicación más efectiva.

A nivel de la justicia penal internacional es muy probable que este tipo de tribunal híbrido no se repita más: existe consenso en que el modelo jurisdiccional del Tribunal *Khmer Rojo*, funcionando en el seno de un poder judicial que todavía sufre las carencias propias de las instituciones de una sociedad post-conflictual, y con una composición en sus cámaras con mayoría de jueces locales, no debe repetirse. El caso camboyano ha sido denunciado como paradigmático en cuanto a la injerencia del poder político en el funcionamiento de la justicia y esto ha tenido claras consecuencias

(46) Stephen Heder, historiador experto en la cuestión *Khmer Rouge*, Profesor de la School of Oriental and African Studies de la Universidad de Londres explica que el poder judicial camboyano adolece de un grado tal de injerencia del poder político (en un país con régimen virtualmente de partido único: el Partido Popular Camboyano, en el poder desde hace 25 años) que pensar en un proceso en el cual se diriman directa o indirectamente cuestiones de interés político es prácticamente imposible. Ver texto en: <http://Khmerougehistory.blogspot.com/2007/08/steve-heder-senior-leaders-and-those.html>

(47) Además de organizar viajes desde los rincones más remotos de Camboya hasta el Tribunal para que el público pueda presenciar las audiencias, un canal de radio local y uno de televisión emitían en vivo el debate oral. Más de 100.000 personas han presenciado las audiencias del Tribunal.

sobre el funcionamiento del Tribunal.⁽⁴⁸⁾ El Secretario General de Naciones Unidas declaró públicamente la necesidad de que la investigación en los expedientes 003 y 004, a los cuales el gobierno de Camboya se opone fieramente, retome un curso positivo.⁽⁴⁹⁾

Dadas las características específicas y los problemas que ha enfrentado el Tribunal en el desarrollo de los procesos, debería considerarse la implementación de medios alternativos de reconstrucción de la verdad histórica sobre el régimen *Khmer Rojo* como la creación de una comisión de la verdad. La estrategia de selección de crímenes a investigar adoptada por los Co-Fiscales —que sólo sometieron a instrucción un universo relativamente pequeño de hechos— sumada a la falta de predisposición de las autoridades camboyanas a instruir algunos casos políticamente sensibles, plantea el claro riesgo de poner en peligro el trabajo y la herencia del Tribunal.

Las transiciones de Estados post-conflictuales hacia Estados de derecho son lentas y, a veces, quedan relegadas detrás de cuestiones de índole político, de desarrollo económico, por la incapacidad de los funcionarios, por los altos grados de corrupción prevalecientes, etc. El desafío es marchar hacia un Estado de derecho con seguridad, justicia y desarrollo económico y social por carriles paralelos que permitan el goce y la protección de derechos sociales, económicos y culturales de forma gradual, integral y proporcional. Según *Transparency International*, Camboya ocupa el lugar n° 164, sobre 183 países relevados, en cuanto al índice de percepción de la corrupción. Le fueron adjudicados 3,1 puntos, sobre 7, en cuanto a independencia de la justicia⁽⁵⁰⁾ y se encuentra en el percentil 13% en cuanto a

(48) Al punto de que, en ocasión del rechazo de las autoridades camboyanas de la nominación del Juez de Instrucción Kasper-Ansermet, la ONU denunció una violación del Acuerdo Marco para la creación del Tribunal por parte de Camboya. Kasper-Ansermet, quien había llegado a Phnom Penh a asumir su cargo decidido a investigar los expedientes más sensibles del Tribunal (ver <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/order-resuming-judicial-investigation>), se encontró con un bloqueo total por parte de su pares nacionales. Esta situación llevó al magistrado suizo a presentar su renuncia al cargo de Co-Juez de Instrucción por imposibilidad de ejercer su función. Ver <http://www.un.org/sg/statements/?nid=5815>. Ver también <http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/cambodia-Khmer-rouge-tribunal-risk-second-judge-resigns-2012-03-19> y <http://www.pbs.org/wnet/need-to-know/video/video-imperfect-justice-in-cambodia/14024/>. Las denuncias por corrupción de los funcionarios camboyanos del Tribunal han ocupado a los cronistas desde el comienzo del Tribunal. Ver, en este sentido, http://www.nytimes.com/2009/04/10/world/asia/10cambo.html?_r=1

(49) Ver <http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5961>

(50) Según las estadísticas relevadas, el Poder Judicial, la policía y los funcionarios públicos en general son vistos como los más corruptos en Camboya. Cabe acotar que Argentina fue calificada con 2,6/7 en independencia de la justicia para el año 2010.

indicadores de Estado de derecho. Según las cifras consultadas la corrupción es endémica y, a modo de ejemplo, durante el año 2010 el 84% de los entrevistados por TI admitió haber sido partícipe activo o pasivo de actos de corrupción.⁽⁵¹⁾

El Tribunal *Khmer Rojo* todavía puede ser un paso importante hacia la consolidación del Estado de derecho en Camboya si los actores políticos nacionales e internacionales se lo proponen y actúan en consecuencia. De otro modo, se habrá perdido una oportunidad clave de producir un cambio cualitativo en la (re)institucionalización del país.

Por supuesto que el ejemplo camboyano es perfectamente transferible a nuestro continente y a nuestro tiempo. Que sirva de reflexión...



(51) Ver http://www.transparency.org/country#KHM_Chapter

Limitación de la jornada para los trabajadores rurales del Uruguay

Ensanchamiento de la base de derechos y garantías a través de la sanción de la ley 18.441

CRISTINA MANSILLA DECESARI⁽¹⁾



*A Carlos Alberto Montero, abogado laboralista argentino
detenido desaparecido en 1977.*

*En marzo de 2012 se dictó sentencia a los responsables del hecho.
35 años después*

*A Virginia Bacigalupi, Marcelo Bauhoffer, Roberto Burutáran
y Wenceslao Landarín sin quienes la lucha por el derecho y la pasión
por el derecho laboral, nunca sería lo que es*

1. Introducción

Este artículo abordará cómo la matriz constitutiva de las relaciones laborales en el Uruguay sufre cambios en su composición, alterándola de forma radical, al sancionarse la ley 18.441, la cual dispone la limitación de la

(1) Licenciada en Relaciones Internacionales. Procuradora en Derecho (Universidad de la República Oriental del Uruguay). Diplomada en Derechos Humanos (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). Diplomada en Formación Especializada en Derechos Humanos (Centro latinoamericano de Economía Humana). Funcionaria del Servicio Exterior del Uruguay desde 2007..

jornada para los trabajadores rurales, específicamente la de aquellos dedicados a la ganadería y agricultura quienes, históricamente, habían sido marginados de la aplicación de este instituto, a pesar de lo establecido en el art. 54 de la Constitución. La sanción de esta norma debe ser interpretada como una ampliación fundamental de la base constitutiva de derechos, un ensanchamiento del marco de referencia, lo cual constituye un paso significativo en la dignificación de la persona del trabajador, reconociéndose expresamente que no existen razones para que su jornada de trabajo no posea un límite, en tanto este es necesario y vital para el desarrollo de su vida. Dicho reconocimiento ocurre ya no más pausado, demorado o incluso negado y pone en discusión no sólo una concepción de ciudadanía laboral o siquiera de ciudadanía concebida en términos democráticos sino en relación con la denominada ciudadanía sustantiva.

Al decir de Jelin, la condición de ciudadanía remite a “una práctica conflictiva vinculada al poder, que refleja a las luchas acerca de quienes podrán decir qué, al definir cuáles serán los problemas comunes y cómo serán abordados”⁽²⁾. Así, las respuestas que cada sociedad da a las preguntas de qué es ser ciudadano y quiénes detentan la cualidad de ciudadanos, “dependen del diverso grado de apropiación material o simbólica de los distintos sujetos, o en otras palabras, del grado de legitimación alcanzado por los distintos sujetos en su accionar político”.⁽³⁾ Por tanto, la ciudadanía es el resultado histórico de procesos sociales y políticos que implican luchas y conflictos. Remite a un espacio de confrontación y de negociación donde se renegocia continuamente mediante una acción cotidiana permanente. Es, por tanto, relevante considerar la connotación de constructo social de la ciudadanía, entendiéndola como espacio de conflicto y antagonismo social.⁽⁴⁾

Se procura iniciar un proceso de superación, a través de esta norma pero fundamentalmente con el ingreso de este grupo de asalariados a la negociación colectiva,⁽⁵⁾ del déficit de ciudadanía existente llegando a configu-

(2) VAN GUNSTEREN, DIRK, citado por JELIN, ELIZABETH, *¿Cómo construir ciudadanía? Una visión desde abajo*, Amsterdam, Cedla, 1993, p. 25.

(3) DE TORRES, en Mascheroni Laport, Paola, *Democracia y ciudadanía en el campo: los primeros Consejos de Salarios Rurales en Uruguay*, Montevideo, Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, 2011, p. 84.

(4) MASCHERONI LAPORT, PAOLA, op. cit., p. 10.

(5) (L)os Consejos de Salarios excluyeron al sector rural desde sus inicios. Por tanto, además de histórica, resulta simbólicamente muy importante la convocatoria de los Consejos de Salarios Rurales, sentando a asalariados y patrones en la misma mesa, empoderando a

rarse una “exclusión ciudadana sistemática”.⁽⁶⁾ La sanción de la ley implica derribar una tranquera creada *ex profeso*, sustentada en valores de segregación, que discrecional e inconstitucionalmente marginó por décadas a los asalariados de campo en la aplicación de un derecho fundamental.

En tanto no es posible un régimen en el cual, bajo la argumentación de los ciclos naturales o de las pautas culturales construidas como argumentos de justificación, el empleador disponga “de los tiempos del dependiente, sin contraprestación pecuniaria [acorde y específica, esto es pago de horas extras de corresponder o del mismo salario por la tarea realizada] perturbando así la vida familiar y el derecho al esparcimiento y al descanso (...) violando el derecho de propiedad sobre su tiempo de jornada”,⁽⁷⁾ la sanción de la norma de referencia debe ser analizada como un paso fundamental para reducir la arbitrariedad en el desarrollo de la relación laboral, impetrando al asalariado rural de un reconocimiento que siempre debió tener. Creemos que el juego del citado art. 54 y del 332 de la Constitución Nacional ya generaba un marco de protección referido a la limitación de la jornada. Pero la doctrina mayoritaria adujo en su interpretación que la norma era programática, una simple “enunciación”. Autores como Barbagelata, sin embargo, sostuvieron que “semejante garantía no puede dejarse de aplicarse por falta de reglamentación respectiva (art. 332), es legítimo recurrir para suplirla a las fuentes mencionadas en el propio texto constitucional”, lo que, según Carlos Cassalás, “permitía acudir a la Carta

los primeros al brindarles el derecho ciudadano de luchar por sus condiciones de trabajo y de vida, y quitando a los segundos la capacidad de autoproclamarse como los legítimos defensores del bienestar de todos los trabajadores del medio rural (incluidos los asalariados), y de definir, por ende, las prioridades en materia de condiciones de trabajo y de vida de los asalariados del campo. El poder simbólico ejercido por los grupos dominantes del medio rural y, en especial, de las organizaciones de estancieros, que según Alberto Riella (“Desarrollo, violencia y desigualdad en el Mercosur”, en G. de Sierra, M. Bernal y A. Riella (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el siglo XXI*, Montevideo, UNESCO/CLACSO, 2004) ha frenado la organización de los trabajadores rurales y el avance de la legislación en el medio rural y, por tanto, la capacidad de los asalariados rurales de ampliar sus derechos civiles y sociales afectando sus oportunidades de construcción de ciudadanía; se ve por primera vez cuestionado y comienza a resquebrajarse. Ver MASCHERONI LAPORT, PAOLA, op. cit., p. 34.

(6) Ver MASCHERONI LAPORT, PAOLA, op. cit., p. 13.

(7) Un juez chileno, titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitó al Tribunal Constitucional de dicho país que declarara la inaplicabilidad, por inconstitucional, del art. 26 bis del Código del Trabajo. Ver ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO, *Comentario a la sentencia recaída en cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 26 Bis del Código del Trabajo (STC Rol N° 1.852/2010 del 26 de julio de 2011)*, Estudios Constitucionales, año 9, n° 2, 2001, pp. 791/798, ver texto en: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_21.pdf.

Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada en 1948, como doctrina más recibida, que en su art. 12 establece la duración máxima de las tareas agrícolas, ganaderas o forestales”.⁽⁸⁾

2. Del cambio de la matriz

El conjunto de las relaciones laborales en el Uruguay ha estado signado por una serie de elementos que han configurado una matriz determinada y particular desde 1943. Esos elementos se han ido reordenando en las distintas etapas históricas que ha vivido el país. De dicha reconfiguración pueden distinguirse diversos modelos.⁽⁹⁾ La mencionada matriz está integrada por varios vectores. Señalaremos los elementos más relevantes, sin por ello agotarlos:

- la negociación colectiva específicamente representada por los Consejos de Salarios⁽¹⁰⁾ creados por la ley 10.449.⁽¹¹⁾

(8) CASALÁS, CARLOS, “El derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores rurales (Análisis de la ley N° 18.441)”, en *Revista de Derecho Laboral*, n° 233, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Enero-Marzo 2009, T. LII, pp. 135 y 136.

(9) Los modelos, es los que los elementos constitutivos de la matriz se han reconfigurado, están planteados en un trabajo previo. Ver MANSILLA DECESARI, CRISTINA, “Estudio sobre la negociación colectiva en el Uruguay”, en *Boletín del Espacio de Trabajo Códigos y Claves*, año 1, n° 1, 2007, ver texto en: http://www.fder.edu.uy/espaciodeltrabajo/boletines/boletin_1/Estudio%20sobre%20la%20Negociacion%20colectiva%20en%20Uruguay%20Cristina%20Mansilla.pdf

(10) “Los primeros consejos de salarios aportaron a muchos sindicatos experiencias memorables. La lucha contra las listas de delegados ‘obreros’ amarillos, sobornados por los patrones; la organización de brigadas de propaganda y defensa del acto eleccionario para oponerse a las amenazas de los matones amarillos; la defensa de los delegados contra las amenazas de despidos; la necesidad de elevarse a la comprensión de los problemas generales de la industria para enfrentar en las discusiones a los delegados patronales y estatales; las movilizaciones para demostrar que los reclamos de los delegados contaban con el apoyo de los trabajadores y no eran invención de pocos ‘agitadores’, como sostenían frecuentemente las delegaciones patronales; el esfuerzo para demostrar que los aumentos de salario podían financiarse con las ganancias patronales sin necesidad de aumentar los precios de venta, han sido algunas de esas experiencias que ayudaron a los sindicatos a desarrollarse”. Ver RODRÍGUEZ, HÉCTOR, *Nuestros Sindicatos (1865 - 1965)*, Colección Informes n° 1, Montevideo, Ediciones Uruguay, 1965, p. 40.

(11) Puede accederse al texto de la ley en: <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=10449&Anchor>. Osvaldo Mantero De San Vicente señala que la no aplicación de la ley 10.449, a los trabajadores rurales, se debió a una interpretación de la norma que tomó forma en el decreto reglamentario del 10/11/1943, que decidió su exclusión; en tanto la exclusión fue hecha por la vía de un decreto, sostiene Mantero, claramente se podía revertir la situación con un decreto que los incluyera. (MANTERO DE SAN VICENTE, OSVALDO, “Primeras consideraciones sobre la aplicación del régimen de Consejos de Salarios a los trabajadores rurales”, en *XVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 49).

- la libertad sindical referida a la libertad de asociación y el reconocimiento del derecho a la huelga.⁽¹²⁾

A partir del 2005, la matriz se transformó. Nuevos elementos ingresaron a la misma y definieron un cambio cualitativo en ella:

- la limitación de la jornada para los trabajadores rurales,
- la inclusión de esta categoría de trabajadores dentro de la negociación desarrollada por los Consejos de Salarios, mediante la convocatoria del Consejo Superior Tripartito Rural,⁽¹³⁾
- la generación de un marco de protección para las trabajadoras domésticas⁽¹⁴⁾ y
- la negociación colectiva para los funcionarios públicos, a través de la ley 18.508.

Estos cambios no sólo implicaron una sanción legislativa que incorporó nuevas normas que cumplir, sino que ampliaron la base de derechos, referida particularmente a los trabajadores, pero supuso además, un empoderamiento de la concepción de ciudadanía, eliminando instancias de

(12) Ambos reconocidos en la Constitución de 1934. "La constitucionalización, incluyó además de la promoción del trabajo al rango de derecho fundamental, un programa básico de protección social y la institucionalización del derecho sindical." (BARBAGELATA, HÉCTOR H., *Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 27). Considerar que la matriz uruguaya está definida por la libertad sindical no implica desconocer las políticas de persecución y represión que el movimiento obrero sufrió desde sus inicios, especialmente en el período que se extendió de 1968 a 1984, signado por un gobierno autoritario seguido de una dictadura cívico-militar, donde la escalada represiva atacó con fuerza a los sindicalistas y a sus organizaciones, siendo los casos de Gerardo Gatti, León Duarte y Gerardo Cuestas paradigmáticos. Tampoco se desconoce la lucha constante del movimiento obrero por la defensa de sus derechos. Lo que se plantea es que las posibilidades de organización mediante los sindicatos, de manifestar sus ideas a través de órganos de prensa, mítines, manifestaciones y acciones puntuales pudo desarrollarse de un modo particular, especialmente si se compara con el resto de América Latina, y que su ingreso a la estructura de la norma fundamental fue meridianamente temprana, consagrando su sostén constitucional de forma irreversible. Para tener una idea del grado de persecución que sufrieron otras experiencias de organización sindical en América Latina, referimos particularmente al caso argentino siendo libros ilustrativos del mismo los ASCOLANI, ADRIÁN, *El sindicalismo rural en la Argentina. De la resistencia clasista a la comunidad organizada (1928 – 1952)*, Bernal, Universidad de Nacional de Quilmes, 2009; y BILSKY, EDGARDO, *La Semana Trágica*, Buenos Aires, Ed. R y R, 2011.

(13) Decreto 105/2005 del 7/05/2005. Cabe señalar que la asunción del nuevo gobierno se había dado el 1 de marzo de 2005.

(14) En agosto de 2008, en un seminario auspiciado por la OIT, el subsecretario de Trabajo y Seguridad Social del momento, Jorge Bruni, sostuvo que: "un sistema de relaciones laborales de calidad hace a la calidad de la sociedad en su conjunto, que una política con una activa participación del Estado, en materia de trabajo favorece la gobernabilidad democrática, y abordar este tema es 'pagar una deuda histórica con el país y con la actividad'" ya que recién en 2006, luego de un largo período de gestación con "peleas, disputas, avances y retrocesos", se sancionó la ley 18.065 que ampara a las trabajadoras domésticas". Ver BRUNI, JORGE, en *La Diaria*, Uruguay, 29/08/2008. El texto de la ley puede verse en: <http://sip.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18065&Anchor>

exclusión o parámetros que facilitaban la vulneración de derechos. Es decir, reforzó normativamente la noción de derechos asignables, ya no al trabajador o al ciudadano sino a la persona como tal. Indefectiblemente referirse a limitación de la jornada nos coloca en el mundo del trabajo, pero es necesario recalcar aquello que puede parecer una obviedad: los derechos fundamentales específicos del trabajador siempre lo serán por su condición de ser humano, porque específicamente le corresponden de forma expresa una serie de derechos que permitan por fin que la dignidad que a todos nos pertenece no sea menoscabada.

Analizar de forma sumaria los profundos cambios de la matriz de relaciones laborales en Uruguay (al punto tal que puede sostenerse que la misma ha sido sustituida por una nueva) pretende, en tanto análisis, adentrarse en la consideración de estas reformas o innovaciones legislativas como hitos, partes de un proceso constante y progresivo de ampliación de la base de reconocimiento de derechos sobre los cuales se construye una sociedad democrática.

El reconocimiento del nuevo conjunto de garantías no ha sido ni casual ni fortuito, se ha debido a un proceso de lucha sostenido en el tiempo, unido a una coyuntura política determinada. Ha debido operar una modificación respecto al tratamiento del tema específico, para que la nueva situación logre consagrarse. Puede sostenerse, conjuntamente con Norberto Bobbio, que se ha operado un vuelco de perspectiva, esto es: un cambio en la relación de los gobernantes con los gobernados.⁽¹⁵⁾ Este vuelco ha permitido que un actor determinado, en este caso, el gubernamental, coloque en la palestra pública temas que no habían ocupado previamente un lugar de relevancia desde el cual pudieran establecerse canales de diálogo entre todos los actores involucrados, en un plano de igualdad, a fin de obtener la producción de un cambio de enfoque sobre los puntos irresueltos, desmontando las resistencias ofrecidas a su tratamiento.

El ocultamiento del conflicto social y la ficción de la igualdad de los sujetos hace que la diferencia no sea reconocida, por lo cual el diálogo se hace en el idioma de una de las partes, mientras que la posición de subordinación social que sufre la otra parte no se significa ni aparece en el lenguaje. El antagonismo —cuando no la injusticia— que está en el trasfondo de las relaciones

(15) WATSON, MIGUEL, "Revisión del concepto de ciudadanía", en <http://boards4.melodysoft.com/iicongresomundialnna/revison-de-concepto-ciudadania-1.html>

laborales no es reconocido en el lenguaje del consenso, más preocupado por establecer esos acuerdos y fijar los puntos de partida incondicionados,⁽¹⁶⁾ y sin atisbo de hegemonía alguna. La ausencia de esta perspectiva parece definitiva como para mostrar la incapacidad de la ética comunicativa para fundar el diálogo social en materia socio-laboral. En el ámbito de las relaciones laborales, el diferendo entre las partes es tan consustancial que la existencia misma de uno de los sujetos del diálogo social, se debe a la existencia de un determinado sistema que lo obliga a vender su fuerza de trabajo.⁽¹⁷⁾

Señala Carámbula⁽¹⁸⁾ que el cambio producido a partir del 2005 en materia política tras las elecciones nacionales del 2004 "reubica" el papel del Estado como actor de mediación y control de las relaciones laborales.

3. La limitación de la jornada como derecho humano

La limitación de la jornada para los trabajadores rurales demoró un tiempo excesivamente largo en ser reconocida de modo expreso, si se tiene en cuenta que, para 1915, Uruguay,⁽¹⁹⁾ a través de la ley 5350,⁽²⁰⁾ determinó

(16) SCAVONI, DARDO, *La era de la desolación. Ética y moral en la Argentina de fin de siglo*, Bs. As., Manantial, 1999, p. 112.

(17) BARRETO GHIONE, HUGO, "Cambio político y Relaciones Laborales", en Juan Raso Delgado *et aliter*, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, pp. 143/159.

(18) CARÁMBULA PAREJA, MATÍAS, *Tiempos de ausencia. Movilidad espacial y precariedad laboral en los trabajadores rurales temporales: El caso de los esquiladores de Villa Sara*, Montevideo, Departamento de Ciencias Sociales, Facultad de Agronomía, CISC, Letraeñe Ediciones, 2009, pp. 27 y 28.

(19) En Argentina, la ley 11.544 de 1929, estableció la jornada de trabajo pero los trabajadores rurales también quedaron excluidos. Para 1944 se aprueba el Estatuto del Peón Rural (Decreto 28.169/1944 ratificado por ley 12.921), el cual no regulaba la jornada y sólo abarcaba a los trabajadores permanentes. Posteriormente se sancionó la ley 13.020, reglamentada por decreto 2509/1948, que cubría a los trabajadores de cosechas y creaba la Comisión Nacional de Trabajo Rural. Todo este régimen legal fue derogado por la ley 22.248 de 1980 que estableció el Régimen Nacional de Trabajo Agrario. Esta última norma tampoco estableció un tope para la jornada de trabajo. Una resolución, la n° 71/2008 del nuevo órgano de contralor creado en 1980, dispuso la limitación (ocho horas diarias, que podían ser nueve, siempre que no se excedan las 48 horas semanales. (VALLEJOS, CESAR y KARL, SILVIA, "Limitación de la jornada del trabajador rural", en <http://carreradederecholaboral.netne.net/articulo3.doc>). La ley 26.727, promulgada en 2011, derogó la ley 22.248, sus modificativas y el decreto reglamentario 563/1981 y estatuyó un nuevo régimen laboral del trabajo agrario. Se fija que la jornada de trabajo para todo el personal comprendido en el presente régimen no podrá exceder de 8 horas diarias y de 44 horas semanales desde el día lunes hasta el sábado a las 13:00 horas y se establecen las pautas para las jornadas de trabajo íntegramente nocturna y/o mixtas. Arts. 40 a 42. Ver el texto completo de la ley en: www.infojus.gov.ar

(20) Ante la discusión parlamentaria de esta ley, un grupo de banqueros, industriales y comerciantes elevó una nota a la Cámara de Representantes. En ella declaraban: "(...) la forma

la duración de la jornada de trabajo alcanzando dicha norma a todo el espectro de los trabajadores con la excepción de los rurales y las domésticas.⁽²¹⁾ La ley 18.441 que establece la limitación de la jornada para este sector de actividad, fue sancionada en el 2008. Habían pasado ochenta y tres años.

Ochenta y tres años desde la sanción de la ley 5.350 y sesenta y cuatro desde que la reforma constitucional de 1934⁽²²⁾ incluyera en el Capítulo de “Deberes y Garantías”, el art. 54:

“La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado”.

En este período de tiempo una serie de leyes relativas a los trabajadores rurales, fueron aprobadas por el Legislativo.⁽²³⁾ Según Osvaldo Mantero, cabe distinguir la promulgación de dos conjuntos de leyes, las cuales cumplieron, sin embargo, el mismo objetivo: construir un sistema diferenciado de normas laborales destinado a excluir a los rurales “de las grandes instituciones propias del Derecho del trabajo: la libertad sindical, la huelga y la negociación colectiva y por esa vía a evitar las movilizaciones conjuntas

radical con que se establece un límite legal a la jornada del obrero, implícitamente limita también sus aspiraciones a cubrir las más imprescindibles necesidades de la vida, porque estrecha su horizonte, imposibilita la acción fecunda del ahorro y de la acumulación y anula, por lo tanto, todo estímulo personal”. (D’ELIA, GERMÁN y MIRALDI, ARMANDO, *Historia del movimiento obrero en el Uruguay. Desde sus orígenes hasta 1930*, Montevideo, Ed. de Banda Oriental, 1984, p. 26).

(21) Así como a viajantes y vendedores de plaza, corredores, investigadores de cobranzas, promotores de ventas, asesores provisionales y asesores de inversión que trabajen fuera del establecimiento. (BARBAGELATA, HÉCTOR H., *Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, T. I, vol. II., p. 37).

(22) “Como sostiene [Jorge Luís] Lanzaro el ‘programa’ de la Constitución, supuso la fractura de la homogeneidad ‘pueblo-nación’, revelando la heterogeneidad social y concediendo a la clase trabajadora, ciertos atributos especiales de ‘ciudadanía social’, que se diferencian del elenco de los derechos civiles y políticos, referidos a la universalidad de los individuos”. (MANTERO ÁLVAREZ, RICARDO, *Historia del movimiento sindical uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria – Asociación de Empleados Bancarios del Uruguay, 2003, p. 112).

(23) Regímenes especiales: en 1940, ley 9991 (plantaciones de arroz); año 1944, ley 10.471 (Bosques, montes y turberas); año 1951, ley 11.718 (trabajadores de la esquila); año 1963, ley 13.130 (trabajadores de tambos); año 1965, art. 56 de la ley 13.426 (granjas, quintas, jardines, viñedos, etc.).

de trabajadores rurales y urbanos".⁽²⁴⁾ La sanción, en 1946, del Estatuto del Trabajador Rural, ley 10.809, el cual "quebró la tendencia a extender a los trabajadores rurales las normas protectoras de los trabajadores urbanos"⁽²⁵⁾ puede considerarse la culminación de un proceso de segregación, que obtuvo como resultado final la desprotección de un grupo de personas que realizaba determinadas actividades en cierta parte del territorio. La discriminación se constituyó en función de la tarea y de la localización en el territorio. En el caso de la mujer, trabajadora rural, deberá sumársele la discriminación en atención al género.

La feminización de la fuerza de trabajo rural muestra cómo la necesidad de otros ingresos de familias más pobres, ha sido la catapulta para enviar a los varones a trabajar fuera del predio donde viven, remplazando esta mano de obra con sus familiares mujeres.⁽²⁶⁾

Carámbula también refiere al "aumento porcentual y absoluto de la participación femenina" como un elemento que redefine la variante del empleo en el campo en Uruguay. A la feminización se suman, en esta variación del estado de situación, "la urbanización de los asalariados, el incremento del empleo rural no agrícola, expansión y consolidación de la intermediación laboral como nueva figura social en el mercado, proletarización de un sector de los productores familiares".⁽²⁷⁾

Cabe recordar que, previo a su tratamiento por el derecho laboral, la temática del trabajador rural fue incluida en el Código Rural de 1875, lo cual imponía un grado de protección, sostiene Barbagelata, equiparable con el que recibía la propiedad rural y las industrias rurales.⁽²⁸⁾

Si creemos junto a De la Cueva que, el Derecho Colectivo del Trabajo puede ser definido como garantía de libertad en tanto "los hombres que ca-

(24) MANTERO DE SAN VICENTE, OSVALDO, "Primeras consideraciones sobre la aplicación del régimen de Consejos de Salarios a los trabajadores rurales", en op. cit., p. 43.

(25) BARBAGELATA, HÉCTOR H., citado en Maite Ciarnello, Marcela Barrios y Bolívar Moreira, "Una experiencia de Dialogo Social en el medio rural: la convocatoria al Consejo Tripartito Rural", en <http://temp.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/157/pdf/ciarnel.pdf>

(26) ROCHA, ÁNGEL, *Construyendo ciudadanía junto a los trabajadores rurales*, Montevideo, Representación de los trabajadores en JUNAE (Junta Nacional de Empleo) - PIT CNT, 2008, p. 122.

(27) CARÁMBULA PAREJA, MATÍAS, op. cit.

(28) BARBAGELATA, HÉCTOR H., *Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, T. III, p. 13.

recen de poder económico pierden su libertad, y por otra parte, aislados, carecen también de fuerza frente al Estado”,⁽²⁹⁾ debe plantearse que el tratamiento de la cuestión laboral en el medio rural, ya fuera en relación a la jornada de trabajo, a la participación, en la estructura de los Consejos de Salarios (hecho que hubiera servido como herramienta de cohesión para los distintos sindicatos existentes) o respecto a la discriminación en la aplicación de otras normas, como por ejemplo el seguro de paro (que recién los amparará a partir de 2001) estuvo signado por una visión limitante de lo colectivo, fundada en el rechazo a las posibles pautas asociativas de los trabajadores a efectos de mantener un estado de cosas que pudiera ser catalogado de “armónico” y “natural”, sin modificar ni atender a la situación de desigualdad real y jurídica que afectaba a un grupo específico de individuos. El conflicto fue disimulado, ignorado, cubierto bajo la falsa determinación de la existencia de la conciliación. La ficción de la igualdad, a la que refiere Barreto, impidió, el reconocimiento de que la limitación de la jornada en el medio rural, era un derecho de sus trabajadores. El art. 54 de la Constitución planteaba dicho derecho con claridad. La discusión, ya señalada, respecto a si la misma era una norma de contenido programático, no aplicable hasta su consiguiente reglamentación o si podía invocarse en conjunción con el art. 332 constituyó un escollo, que conspiró para reducir, aún más, el paraguas de protección que alcanzaba a estos trabajadores.⁽³⁰⁾

El régimen de horario de estos trabajadores no ha sido limitado legalmente en forma general, sin perjuicio de los estatutos especiales que siguen actividades específicas. Sin embargo, habiéndose consagrado constitucionalmente el derecho a la limitación de la jornada de quien se hallare en unas relaciones de trabajo o de servicio, debe entenderse que la ausencia

(29) ALLOCATI, AMADEO, “Derecho del Trabajo, Derecho Individual y Derecho colectivo. Sus caracteres”, en *Derecho Colectivo Laboral Asociaciones Profesionales y Convenios Colectivos*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 19.

(30) “En opinión de Scheinin existen razones falsas y verdaderas que contribuyen a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre las razones falsas señala a las concepciones que atribuyen la no justiciabilidad como disvalor inherente a la naturaleza de esta categoría de derechos. Entre las razones verdaderas menciona la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación”. ABRAMOVICH, VICTOR y COURTIS, CRISTIAN, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf, p. 12.

de fijación de rígidos límites a la jornada de trabajo no la transforma en ilimitada.⁽³¹⁾

La limitación de la jornada —art. 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y art. 7.g del Protocolo de San Salvador— es un derecho humano, un derecho laboral específico reconocido como derecho humano, al decir de Ermida Uriarte,⁽³²⁾ un derecho humano fundamental sostiene Luigi Ferrajoli:

“Los derechos fundamentales, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión ‘sustancial’ de la democracia, previa a la dimensión política o ‘formal’ (...) Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado —luego del reconocimiento constitucional como ‘derechos’ de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia también al ‘Estado social’, que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las formas y sin las garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto, en crisis”.⁽³³⁾

La dimensión sustancial, a la que refiere el autor italiano, de la democracia uruguaya en tanto conjunto de garantías brindadas desde el Estado mantuvo por años una perforación de carácter relevante, esto es, denegar igualdad jurídica a una categoría de trabajadores.

(31) Ver PÉREZ ACLE, citada en Mantero de San Vicente, Osvaldo, *La limitación de la jornada de trabajo de los trabajadores rurales y de otros trabajadores no expresamente incluidos en las leyes sobre limitación de la jornada. Un estudio sobre la vigencia de los Derechos Humanos Fundamentales en el Derecho Laboral Uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 13.

(32) “El elenco de derechos laborales específicos reconocidos como derechos humanos por la Constitución en su Sección II, incluye asimismo, a los derechos a la independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador, a la justa remuneración, a la limitación de la jornada, al descanso semanal, a la higiene física y moral (art. 57), a la promoción de la actividad sindical y a la huelga (art. 57), así como el derecho a la seguridad social (art. 67 y disposición especial M)”. ERMIDA URIARTE, OSCAR, “Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo”, en <http://www.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/distancia/integracion/modulo-2-ddhh-y-bloque-de-constitucionalidad.pdf>.

(33) FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2001, ver texto completo en

4. De los trabajadores rurales

En materia de definiciones adoptaremos la que Ángel Rocha y José María Alonso emplean: "(...) Son asalariados rurales o agropecuarios, aquellos trabajadores que trabajan por un salario, en relación de dependencia, con un patrón, en una empresa cuya actividad principal es la producción agropecuaria". Los trabajadores rurales en el Uruguay se ubican, aproximadamente, en cien mil personas y el 65% de ellos cumplen sus jornadas en establecimientos ganaderos y agrícolas.⁽³⁴⁾

A principios de Siglo XX, Carlos Reyles, estanciero con vocación intelectual sostuvo que "(...) es necesario prepararse para enfrentar las cuestiones sociales que no tardarán en presentarse en las estancias y construir una fuerza que haga respetar en cualquier momento de turbación política los intereses rurales". En tanto el Dr. José Iureta Goyena, al frente de la Federación Rural dirá: "Se trata sólo de ir tomando posiciones para batir reformas exóticas que se sienten estremecer en el ambiente, etiológicamente extrañas a nuestro medio, pero que surgirán y triunfarán, si no se previene con tiempo su aparición o no se combinan las fuerzas para estorbar su victoria".⁽³⁵⁾

Esta categoría de trabajadores, cuyas relaciones con el empleador fueron originalmente reguladas por el Código Rural, más próximas a una versión patrimonialista que a una anclada en el mundo del trabajo, sufrieron de modo sostenido la exclusión en la aplicación de las normas laborales, que progresivamente los trabajadores urbanos iban obteniendo. Tal como señaláramos, un grupo determinado de individuos, que realizaban actividades específicas, desarrolladas en un ámbito espacial particular, fue puesto a la orilla de un camino de garantías y derechos que se iba construyendo para sus pares de la clase trabajadora pero ubicados en otro campo espacial: la ciudad.

Esto sólo puede explicarse en atención a una lógica discursiva que pretendía definir la relación que mantenían los empleadores con los trabajadores como una relación paternal, familiar. Este discurso pudo trabar, a lo largo de décadas, un cambio de paradigma respecto al tratamiento del tema

http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/31_derechos_fundamentales.pdf

(34) ROCHA, ÁNGEL, op. cit., pp. 101 y 102.

(35) D'ELÍA, GERMÁN y MIRALDI, ARMANDO, op. cit., p. 30.

por parte de la clase dirigente. Ángel Rocha sostiene que esta percepción, fomentada desde distintos círculos, instala un elemento ideológico negativo en los trabajadores.⁽³⁶⁾ La desigualdad entre las partes, siempre debe tener una tutela legal que, o bien proteja a la parte más débil, o bien le otorgue herramientas para poder llevar adelante la defensa de sus derechos. Por supuesto la norma ni puede ni debe proveerlo todo, pero su participación como regulador de una situación permite la acción desde un marco que debiera ser garantista.

“Nos permitimos expresar que los hombres de campo no saben ni entienden de lucha de clases y es saludable para nuestro régimen democrático que se mantengan en ese desconocimiento y hasta lo nieguen en esa convivencia en plena naturaleza que nivela y une a todos (...) Pueden estar seguros los hombres de la ciudad que la reserva moral del campo —como en toda nuestra historia— y en la historia de todos los pueblos, se mantiene intacta y hasta acrecida, que el hermano de la tierra, afectivo y leal, es fuerza a contar siempre cuando están en juego los grandes ideales de la nación”.⁽³⁷⁾

Las dificultades en el desarrollo del sindicalismo rural, espléndida pero solitariamente⁽³⁸⁾ estudiadas y desarrolladas en un libro clave como *Los olvidados de la tierra*, de Yamandú González Sierra,⁽³⁹⁾ facilitó la sobrevivencia de una retórica que insistía en la necesidad de preservar a los trabajadores

(36)“(...) El Movimiento Populista Ruralista lleva adelante esas iniciativas de justicia como un ejemplo de que el patrón, el capataz y el peón deben de luchar siempre juntos para la felicidad común. El Movimiento Popular Ruralista desea una gran familia en el campo, fuente de riqueza madre, donde todos pueden vivir felices, sin odios de clase ni esas luchas que en Montevideo han degenerado en ‘ritmo lento de fábricas y talleres’, ‘trabajo a desgano’ y tantos otros sabotajes contra la economía de la patria”. JACOB, RAÚL, *Benito Nardone. El Ruralismo hacia el poder (1945 – 1958)*, Temas del Siglo XX, Montevideo, Ed. Banda Oriental, 1981, p. 155. (Dicho movimiento estaba liderado por Benito Nardone).

(37) JACOB, RAÚL, op. cit., p. 61.

(38) Sin perjuicio de esta afirmación, creemos necesario sostener que en su investigación referida a la historia del Partido Comunista Uruguayo hasta 1973, Leibner realiza un aporte importante en este sentido con el Capítulo 5 de su libro titulado “La sindicalización rural y sus limitaciones”. (LEIBNER, GUSTAVO, *Camaradas y Compañeros. Una historia política y social de los comunistas del Uruguay*, Montevideo, Trilce, 2011, T. I (La era Gómez 1947-1955) y II (La era Arismendi 1955-1973), pp. 328/342).

(39) La escasez de estudios sobre el sindicalismo rural también alcanza a otros países de la región. Respecto a la Argentina, cabe citar a Adrián Ascolani: “En la historiografía argentina, el estudio del sector obrero rural sigue teniendo una demora notoria con respecto a otros temas de la historia sindical y de la historia agraria, quizás por esta doble pertenencia en

del campo de prácticas y conductas propias de los ciudadanos, que subvertían la mentada “normalidad”, que alteraban los “valores” y que resquebrajaban el “deber ser”. La lucha de los gremios rurales, sin embargo, se mantuvo a través del tiempo logrando diversos avances y contramarchas, sujetas a los éxitos en la organización sindical y a sus derrotas.

La huelga en los arrozales de Treinta y Tres en mayo de 1932, catalogada como la primera huelga moderna del proletariado rural uruguayo;⁽⁴⁰⁾ la creación de Sindicato Único de Arroceros en 1956; las huelgas que los trabajadores arroceros llevaron adelante ese año y durante 1957; la huelga de 1946 de los trabajadores de los tambos y las de la décadas de 1950; las luchas de los obreros remolacheros; la creación en Salto, en el pueblo de Constitución, al norte del Uruguay, de la Unión de Regadores y Destajistas en julio de 1959:

“No teníamos la menor idea y nunca habíamos siquiera soñado que existían organizaciones sindicales. ¿Cuál es la primera experiencia que tuvimos nosotros? Fue el comenzar a conversar con compañeros que habían participado en la huelga remolachera. Recuerdo a los hermanos Santana, a Jorgelino Dutra, a Severiano Peralta, a Felipe Carvallo. Venían de una huelga finalizada en 1957, en la cual no todos fueron éxitos. Había sido muy dura y los compañeros habían quedado en la calle. Por eso vinieron a trabajar al Espinillar. Ellos traían la experiencia y empezaron a sembrar dentro de nosotros la idea de cómo hay que hacer para conquistar los derechos. A nosotros nos parecía irrealizable. Somos el fruto de la mano que nos dieron los compañeros”.⁽⁴¹⁾

El Primer Encuentro Nacional de Asalariados del Campo, en 1960, de donde surgió el primer programa reivindicativo de los trabajadores rurales,⁽⁴²⁾

áreas de investigación, pero también debido al problema histórico de la marginalidad que los actores sindicales rurales, y también provinciales, han tenido en las centrales obreras nacionales, así como el hecho de tratarse de un sector que perdió toda relevancia numérica luego de la década de 1950”. ASCOLANI, ADRIÁN, *El sindicalismo rural en la Argentina. De la resistencia clasista a la comunidad organizada (1928 – 1952)*, Bernal, Universidad de Nacional de Quilmes, 2009, p. 16.

(40) GONZÁLEZ SIERRA, YAMANDÚ, *Los olvidados de la tierra. Vida, organización y lucha de los sindicatos rurales*, Montevideo, Editorial Nordan – Comunidad, 1994, p. 88.

(41) GONZÁLEZ SIERRA, YAMANDÚ. op. cit., p. 162.

(42) CIARNELLO, MAITE; BARRIOS, MARCELA y MOREIRA, BOLÍVAR, “Una experiencia de Diálogo Social en el medio rural: la convocatoria al Consejo Tripartito Rural”, en *Boletín Técnico Interame-*

la formación de UTAA, Unión de Trabajadores Azucareros de Artigas, sus cinco marchas cañeras (1962, 1964, 1965, 1968, 1971),⁽⁴³⁾ las luchas de la Federación de Obreros en Lanás, de los jardineros y peones de quintas que dieron lugar a leyes como la 11.718 y 13.426, la formación del Sindicato de Trabajadores Rurales de Artigas en 1986, las luchas por evitar el cierre de el Espinillar en la década de los noventa, los quince sindicatos existentes para el año 2007,⁽⁴⁴⁾ son escalones de un largo camino emprendido por los trabajadores rurales para reafirmar, en primer término, su condición de seres humanos dignos y, en segundo lugar, de trabajadores. Así se fueron conquistando los derechos que se pretendían desconocer en atención a su pertenecía a una clase “especial” de trabajadores, aunque dichas conquistas se hicieron de modo fragmentado según la actividad que se realizaba y no de modo general, más allá de que resulta necesario reconocer las particularidades de cada práctica. Pero la inexistencia de un *corpus* de leyes que de modo amplio y global reconociera a todos los trabajadores rurales un mínimo de garantías a partir de las cuales construir un régimen particular, se construye sobre lo que ya hemos esbozado: la existencia de un pensamiento dominante negador de los más elementales derechos, sobre la base de la construcción de un paradigma compuesto por elementos sociales, culturales, políticos y económicos, que se definen a través de la pervivencia de la situación de desigualdad y de invisibilización del sujeto, manteniendo un estado de situación, donde los aspectos formales de la democracia se ven vaciados por la falta de reconocimiento sustantivo.

En 1950 se aprobó la creación de las jubilaciones rurales. Recién en 1953 la Caja Rural daba por iniciadas sus actividades y las asignaciones familiares se crearon en la multicitada ley 10.449, sólo en 1954, once años después de la ley original. La ley 12.157 incluyó a los trabajadores rurales: mayordomos capataces, empleados de escritorio, puesteros, peones, personal doméstico permanente o no.⁽⁴⁵⁾

ricano de Formación Profesional, n°157, Boletín Conterfor/OIT, Uruguay, Segunda Época, 2006, p. 148.

(43) MERENSON, SILVINA, “Las marchas de la Unión de Trabajadores Azucareros de Artigas. La producción ritual de una formación discursiva”, en <http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/templates/shs/archivos/anuario2009/Merenson.pdf>

(44) “Los asalariados rurales y la gran familia rural según las gremiales ganaderas”, en *Trabajo & Utopía*, Órgano de difusión del PIT –CNT, año IX, n° 81:8, Montevideo, Agosto de 2008.

(45) JACOB, RAÚL, op. cit., p. 155.

Este artículo no examina a fondo la ley 18.441,⁽⁴⁶⁾ su redacción ni sus alcances. Por ende, tampoco sus posibles debilidades.⁽⁴⁷⁾ Plantea sí, que esta norma supone un cambio trascendente en el tratamiento de la temática, que la misma abre una nueva etapa en el reconocimiento de derechos; en este caso, del derecho a la limitación de la jornada para los trabajadores, todos, sin distinguir alguno, establecidos en documentos de rango internacional, pero, fundamentalmente en el art. 54 de la Constitución de la República.

5. Conclusión

La hipótesis que da base a este artículo es que, si bien puede sostenerse la premisa de que Uruguay, de modo original, así como comparativamente, puede ser considerado como un país con una legislación social vanguardista, consagrada a lo largo del siglo XX, normativa que, además, tuvo un alto grado de aplicación, existía un vacío de importancia mayúscula respecto al reconocimiento de un derecho laboral fundamental como es el instituto de la limitación de la jornada para los trabajadores rurales. Dicho vacío se prolongó durante casi un siglo, agravando progresivamente una situación de desigualdad sustantiva y formal que impactaba sobre una población relevante de nuestro país si se tiene en cuenta el número total de habitantes y la significación que el sector primario tiene en la economía nacional.

Se mantuvieron, de este modo, parámetros que menoscabaron derechos, disfrazados con argumentos de trato, costumbre o de clima, impidiendo que la democracia sustantiva se manifieste como una posibilidad a construirse en el campo. La sanción de la ley 18.441 implica el inicio de una etapa diferente donde el Estado, en tanto mediador, busca superar las desigualdades de hecho y generar ámbitos donde las partes, en condiciones de igualdad, puedan plantear sus posiciones. Esto, aun cuando las diferencias puedan y vayan a mantenerse en atención al posible sostenimiento de posiciones profunda e históricamente divergentes, lo cual no es sinónimo de imposibilidad de acuerdo pero evidencia que el diálogo

(46) CASALÁS, CARLOS, op. cit.

(47) Mantero sostiene respecto al proyecto de ley que se debatía en abril de 2008, que el mismo mantenía la política laboral vigente de "discriminar a los trabajadores rurales, segregándolos de la clase obrera de la que naturalmente son parte, y negándoles formas de protección laboral, que desde hace décadas protegen a sus compañeros". DUTRA, RUBÉN, "Los trabajadores olvidados", en *Semanario Brecha*, Uruguay, 26 de abril de 2008.

social debe, para su éxito, propender a colocar a las partes en una situación de simetría respecto a la defensa de sus intereses.

La base de derechos ha sido, más allá de todo debate, resueltamente ensanchada, permitiendo el reconocimiento declarativo de un derecho preexistente, en tanto vinculado con el derecho a la vida y a la libertad, negado en atención a construcciones normativas determinadas. La promulgación no implica el cumplimiento, la fiscalización del efectivo respeto al derecho garantido en la ley es una fase primordial sin la cual la norma puede anularse por inoperante.

El desafío no implica solamente el fortalecimiento del cuerpo inspectivo sino también la concientización a través de los resortes sindicales del paso dado y la difusión de la norma, promoviendo tras su aplicación y, en caso de ser necesario, su ajuste o mejora. Esto es y siguiendo a Ronald Dworkin, que los derechos sean tomados en serio, ya que como sostiene Ferrajoli: "no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad".⁽⁴⁸⁾



(48) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2001, p. 12.

Pueblos indígenas y derechos colectivos

Una mirada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

JUAN PABLO VISMARA⁽¹⁾



*“Que nadie tenga tierra
como tiene traje:
que todos tengan tierra
como tienen aire”⁽²⁾*

1. Introducción

En el presente trabajo se pretenderá analizar el estatus jurídico de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular se intentará definir si los pueblos indígenas, como sujetos colectivos, son titulares derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”).

(1) Abogado con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires). Se desempeña profesionalmente en la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta Sexual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) JORGE DEBRAVO, poema “Nocturno sin patria”.

De ese modo, se abordará una cuestión sumamente relevante y que hoy en día parece aún no resuelta: si la Convención Americana tutela o no derechos colectivos de manera directa.

Una rápida lectura de la Convención puede llevar a concluir que en ella solamente se reconocen derechos a personas individuales y que, por lo tanto, no cabe reconocer a sujetos colectivos como titulares de los derechos humanos allí reconocidos. Quizás al momento de su redacción no existió por parte de los Estados miembros la voluntad de reconocer a sujetos colectivos como titulares de derechos humanos.

Sin embargo, limitarse a literalidad del articulado siempre conlleva el riesgo de limitar la protección de los derechos. Por ello, para interpretar a la Convención Americana resulta imperioso tener en cuenta su especial naturaleza de tratado de derechos humanos. En ese sentido el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte"), quien es su intérprete natural, se vuelve esencial. Atendiendo sus criterios de interpretación de la Convención, sin duda, será posible llegar a interesantes conclusiones.

El análisis que se lleva a cabo en este trabajo parte de la idea de que una interpretación *pro homine* de la Convención Americana permite afirmar que los Pueblos Indígenas de la región son titulares, en tanto sujetos colectivos, de derechos de naturaleza colectiva reconocidos en ella.

2. El sujeto colectivo y las personas de existencia ideal

Para comenzar con claridad es necesario determinar algunos conceptos. A los fines de este trabajo se entiende por sujeto colectivo a un grupo de personas que disfrutan el ejercicio y goce de uno o varios derechos de manera colectiva porque resulta imposible disfrutarlo individualmente. Esa imposibilidad puede surgir de la naturaleza del derecho o del especial ejercicio que ese grupo de personas hacen de ese derecho.

Es importante distinguir al sujeto colectivo del sujeto jurídico de existencia ideal o moral, puesto que en este último caso se hace referencia a un sujeto individual que, creado por la ley bajo una forma contractual del ordenamiento jurídico interno, es titular de derechos.

La persona ideal puede ser creada por personas individuales que "ceden" algún derecho individual a favor de la institución. También, puede ocurrir que una colectividad constituya una persona ideal como herramienta para

proteger sus derechos colectivos e, incluso, para ejercerlos. En ocasiones obtener una forma jurídica más precisa puede permitir a un sujeto colectivo a interactuar con otros sujetos, individuales o colectivos, con mayor facilidad. De este modo vemos que sujeto colectivo y sujeto individual ideal pueden confluir perfectamente.

Bajo esta institucionalidad, bajo esta forma de sujeto ideal, las colectividades indígenas, por ejemplo, pueden hacer valer la personalidad jurídica que, como veremos, algunos instrumentos internacionales le reconocen.⁽³⁾

3. Los sujetos titulares de los derechos reconocidos en la Convención Americana

Quedando claro ello resulta conveniente ahora analizar de manera general si la Convención Americana reconoce derechos a sujetos de naturaleza colectiva. Comenzaremos, entonces, por estudiar el art. 1.2 de la Convención, precepto que debe ser considerado como una norma de interpretación del tratado.

El mencionado artículo señala que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, es decir establece el alcance que debe dársele al término “persona” en el texto del instrumento, término que aparece reiteradamente a lo largo de todo su cuerpo. Por ejemplo, cuando en la Convención se reconoce el derecho a la vida en el art. 4, se lee que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”; del mismo modo, cuando en el art. 21 se reconoce el derecho a la propiedad privada, puede leerse que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”.

Entonces, un primer análisis lleva a afirmar que cuando los arts. 4 y 21 se refieren a “toda persona” se están refiriendo a “todo ser humano”. Sin embargo, no puede desconocerse que en los ordenamientos internos de los Estados americanos también suele reconocerse la existencia de personas “ideales”, “morales” o “jurídicas” y de sujetos o personas colectivas, todas ellas con capacidad de ser titulares de derechos. Esto lleva a preguntarnos si estos sujetos del derecho están protegidos por la

(3) Otro ejemplo podría ser el caso de un grupo de trabajadores que, en tanto sujeto colectivo, para ejercer derechos colectivos (como la huelga o la negociación colectiva) conforma un sindicato, que no es otra cosa que una institución.

Convención y, en especial, si el término “persona” utilizado en el art. 1.2 se refiere exclusivamente a sujetos individuales. Resolver estos interrogantes resulta de gran importancia puesto que llevará a determinar quiénes quedan afuera de la protección de la Convención y sobre quienes la Corte Interamericana no puede ejercer su jurisdicción.

Para poder responder a esas preguntas es necesario comprender el alcance de aquella norma de interpretación contenida en el art. 1.2 de la Convención y, para ello, debemos acudir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Respecto a la capacidad aptitud de las personas ideales de ser titulares de derechos reconocidos en las Convención la Corte ya tiene respuesta, sin embargo será útil profundizar en ella para aproximarnos a comprender la norma en estudio.

En el caso “Usón Ramírez”, de 20 de noviembre de 2009, la Corte ha sostenido que “el artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos y no a instituciones”.⁽⁴⁾ Esta postura de la Corte ya había sido expuesta en el caso “Cantos”, del 7 de septiembre de 2001,⁽⁵⁾ y hasta el momento no ha sido alterada a lo largo de toda su jurisprudencia.

En ambos casos los hechos versaban sobre peticiones referidas a personas de existencia ideal. En el caso “Cantos” se le solicitó a la Corte que declarara violaciones a derechos de empresas comerciales del Sr. Cantos. La Corte debió aclarar que “en general, los derechos y obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen”⁽⁶⁾ y que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.⁽⁷⁾ De ese modo encontró la forma de tutelar los derechos individuales del Sr. Cantos sin necesidad de reconocerle derechos humanos a las instituciones.

(4) Corte IDH. Caso “Usón Ramírez vs. Venezuela” 20/11/ 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 207, párr. 45.

(5) Ver Corte IDH, Caso “Cantos vs. Argentina”. Sentencia 07/09/2001 Excepción Preliminar Serie C N° 85 párr. 29.

(6) Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, *op.cit.*, párr. 27.

(7) Ver Corte IDH, Caso “Cantos vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 29.

Por su parte, en el caso “Usón Ramírez” se petitionó sobre una supuesta violación al derecho a la honra y a la dignidad de la Fuerza Armada Nacional de Venezuela.⁽⁸⁾

Queda claro entonces que la Convención Americana no reconoce la titularidad de derechos humanos en las personas de existencia ideal o moral.

Sin perjuicio de ello, vale la pena comentar aquí que El Protocolo 1a de la Convención Europea de Derechos Humanos en su art. 1 reconoció expresamente el derecho de propiedad a la persona ideal.⁽⁹⁾ Considerando que en el ámbito de los derechos humanos no es posible sostener que las instituciones son titulares de derechos humanos corresponde sostener que la norma mencionada se trata de un precepto que no se refiere a derechos humanos, aunque se encuentre dentro de un tratado cuyo objeto general versa sobre esa materia. Así como en algunos instrumentos que no conciernen a los derechos humanos podemos encontrar normas de esa naturaleza,⁽¹⁰⁾ también puede ocurrir lo contrario. Evitar que normas como esta aparezcan en el Sistema Interamericano ayudará evitar que corra el riesgo de mercantilizarse.

Seguidamente se analizarán otros dos pronunciamientos que pueden aportar a resolver el planteo del presente trabajo.

En la resolución de las excepciones preliminares del caso “Durand y Ugarte”, de 28 de mayo de 1999, y en el caso “Instituto de Reeducción del Menor”, de 2 de septiembre de 2004,⁽¹¹⁾ la Corte sostuvo que “la titularidad de los derechos humanos reside en cada individuo, y por ello la [supuesta] violación de los derechos debe ser analizada asimismo de manera individual”.⁽¹²⁾

Esta afirmación realizada por la Corte, analizada rápidamente, parece dejar sin protección a los sujetos colectivos. Pero para poder comprender

(8) Ver Corte IDH, Caso “Usón Ramírez”, op.cit., párr. 45.

(9) Ver Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

(10) Tal es el caso del art 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963. Ver Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, op.cit. párrs. 73, 76 y 87.

(11) Ver Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 /09/ 2004. Serie C No. 112, párr. 106.

(12) Corte IDH, Caso “Durand y Ugarte”, Excepciones Preliminares. Sentencia de 28/05/ 1999. Serie C No. 50, párr. 48.

mejor estos pronunciamientos corresponde examinar brevemente el contexto en el que fueron emitidos.

En el caso “Instituto de Reeducción del Menor” las víctimas eran niños y adolescentes, que sufrieron violaciones a sus derechos humanos dentro de un establecimiento de detención de menores en un período de tiempo determinado.⁽¹³⁾ Las afirmaciones de la Corte se fundan en la necesidad de aclarar que para ejercer su función jurisdiccional es necesario que las presuntas víctimas se encuentren identificadas.⁽¹⁴⁾ Es claro que la Corte requería la individualización de cada supuesto damnificado, puesto que no era posible considerar víctimas, de una manera genérica, a todos aquellos niños que estuvieron internados en el lugar y el tiempo indicados. En ese sentido, la Corte fijó una regla procedimental sosteniendo que para examinar supuestas violaciones es necesaria “la debida identificación por su nombre del presunto lesionado”.⁽¹⁵⁾

En el caso de “Durand y Ugarte” las afirmaciones de la Corte deben contextualizarse en la respuesta a una excepción que el Estado de Perú interpuso, alegando que el mismo tribunal ya había dictado sentencia en el caso “Neira Alegría” condenando al Estado por los mismos hechos y materia, en aplicación del principio *non bis in idem* ningún organismo internacional tendría competencia para conocer el caso. Con pocos párrafos la Corte explicó que el hecho de que en otro caso se haya juzgado sobre hechos iguales pero con otras personas como víctimas no impide juzgar al mismo Estado sobre los mismos hechos, pero con otras víctimas porque, justamente, la violación a los derechos humanos debe ser analizada de manera individual.⁽¹⁶⁾

Las afirmaciones de la Corte son claras, analizadas en el contexto en que fueron dictadas, queda claro también el alcance que corresponde darles.

(13) Ver Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, *op.cit.*, párr. 133-134.

(14) La Corte requirió por Resolución del 21 de junio de 2002 a la Comisión Interamericana que identificara por su nombre a cada uno de “(...)los niños y adolescentes internos en el Instituto de Reeducción del Menor ‘Panchito López’ entre agosto de 1996 y julio de 2001, y posteriormente remitidos a las penitenciarías de adultos del país(...)”. La Comisión cumplió con lo requerido en el plazo fijado. Ver. Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, *op.cit.*, párr. 110 y 111.

(15) Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” *op.cit.*, párr. 107.

(16) Ver Corte IDH, Caso “Durand y Ugarte vs. Perú”, *op. cit.*, párr. 45-49.

Los derechos reconocidos en la Convención son derechos humanos y, por lo tanto, son titulares de ellos únicamente los seres humanos y no las personas de existencia ideal. Sin embargo, de ello no se deriva, en modo alguno, que los sujetos colectivos no son titulares de derechos reconocidos en ella. Entender lo contrario podría significar realizar una interpretación restrictiva de la Convención, una práctica especialmente prohibida por ella misma, en su art. 29, inc. c). Para evitar esto es necesario continuar con el análisis.

4. La interpretación de la Convención Americana a la luz de otros instrumentos internacionales. La Convención Americana como “instrumento vivo”

Cuando el texto de la Convención no es lo suficientemente preciso para resolver un problema de interpretación la Corte utiliza criterios complementarios.

Seguidamente se realizará una introducción a este modo de comprender la Convención para luego interpretar su texto con relación a otros instrumentos internacionales. Se intentará conformar un *corpus iuris* de derecho de los pueblos indígenas que obligue a una interpretación sistemática.

Siguiendo el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en cuyos incisos segundo y tercero establece que para interpretar un tratado como herramienta complementaria debe considerarse todo instrumento relacionado, todo acuerdo y práctica ulterior al mismo. Teniendo en cuenta la especial naturaleza del tratado de derechos humanos que tiene la Convención Americana y la regla *pro homine*, la Corte elaboró un especial criterio para su interpretación.

El ex magistrado de la Corte Interamericana, Cançado Trindade, señala que “(...) ninguna de [las] cláusulas [de la Convención] puede ser interpretada solamente a la luz de lo que podrían haber sido las intenciones de sus redactores ‘hace más de cuarenta años’, debiéndose tener presente la evolución de la aplicación de la Convención a lo largo de los años”.⁽¹⁷⁾ Ello es así, puesto que “en el plano del derecho internacional (...) se tornó

(17) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op.cit., voto concurrente del magistrado Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 11.

evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos”.⁽¹⁸⁾

Siguiendo esa línea argumental, la Corte, desde la Opinión consultiva sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” del 1 de octubre de 1999, entiende que “(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁽¹⁹⁾ Esta idea ha trazado toda la jurisprudencia de la Corte desde ese momento hasta el presente.

Sostiene también que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos integra un *corpus iuris*, que está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados entre los que se incluyen tratados, convenios, resoluciones y declaraciones. La Corte indica que la evolución dinámica ha afirmado y desarrollado la aptitud del Derecho Internacional para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, finaliza en que ciertas cuestiones obligan a adoptar un criterio de interpretación adecuado en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana dentro del derecho internacional contemporáneo.⁽²⁰⁾

Esta construcción consiste en entender que la Convención en su conjunto o en cada una de sus partes debe ser interpretada dentro del contexto

(18) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op. cit., voto concurrente del magistrado Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 9.

(19) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op. cit., párr. 114; Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010 Serie C No. 220, párr. 48; Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”. Fondo. Sentencia de 19/11/1999. Serie C No. 63, párr. 193; Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/ 2005. Serie C No. 125, párr. 128; Caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2001. Serie C No. 79, párr. 146; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 21. Caso de “Las Masacres de Ituango vs. Colombia”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1/06/2006 Serie C No. 148, párr. 155.

(20) Ver Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op.cit., párr. 114; Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, op. cit., párr. 48, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, op.cit., párr. 193; Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, op. cit., párr. 128.

jurídico en el cual se encuentra, lo que impone la necesidad de recurrir a normas de otros instrumentos que reconozcan derechos humanos relacionados con la norma de la Convención que se pretende interpretar. Ello es así puesto que "(...) un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación".⁽²¹⁾ Por esa razón, "(...) al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste [...], sino también el sistema dentro del cual se inscribe(...)",⁽²²⁾ el *corpus iuris* dentro del cual se inserta.

La interacción de los tratados e instrumentos de derechos humanos en el propio proceso de interpretación contribuye, señala Cançado Trindade, a dar precisión al alcance de las obligaciones convencionales y a asegurar una interpretación uniforme del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁽²³⁾

En ese sentido, en la referida Opinión consultiva, la Corte sostuvo que las garantías del debido proceso legal del art. 8 de la Convención Americana debían interpretarse a la luz de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, puesto que hay en este último instrumento una garantía procesal esencial; esto le llevó a concluir que el derecho de toda persona extranjera privada de su libertad, a ser informado sobre la asistencia consular, "(...) debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo(...)",⁽²⁴⁾ a pesar de no encontrarse esta garantía expresamente en el cuerpo del art. 8 de la Convención.

Con igual criterio, en el caso "Villagrán Morales", de 19 de noviembre de 1999; en la Opinión consultiva sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002; en el ya citado caso

(21) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op.cit. párr. 113.

(22) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op.cit. párr. 113 y *Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala"*, op. cit., párr. 192.

(23) Ver CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, año 2001, p. 36.

(24) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, op.cit. párr. 122.

"Instituto de Reeducción del Menor" y en el caso de la "Masacre de Mapiripán", de 15 de septiembre de 2005, la Corte interpretó al art. 19 de la Convención Americana, que se refiere a los derechos del niño, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, del Protocolo de San Salvador y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, entendiendo que todos estos instrumentos "(...) forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a [la] Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la Convención Americana".⁽²⁵⁾

De este modo las normas que al momento de redactarse el tratado quedaron vacías de contenido, o con contenido ambiguo o vago hoy pueden llenarse para lograr cumplir con el objeto de la Convención que se concentra, señala García Ramírez, "(...) en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas, en la estipulación de compromisos a este respecto y en la provisión de instrumentos jurídicos que preserven aquélla y realicen éstos".⁽²⁶⁾

5. Un verdadero *corpus iuris* específico en materia de derechos de los pueblos indígenas

Atendiendo lo comentado en el punto anterior, trataremos ahora de conformar un *corpus iuris* de derecho internacional en materia de derechos de pueblos indígenas, con la finalidad de comprender cuál es el sistema de normas dentro del cual se inscribe la Convención en cuestiones relativas a esa materia. Siempre con el objetivo de determinar si se puede considerar a los pueblos indígenas como sujetos titulares derechos reconocidos en la Convención.

Una aproximación a una construcción de ese tipo ya sido hecha por la Corte Interamericana en algunos casos relativos, precisamente, a comunidades indígenas.

(25) Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*", op.cit., párr. 194; Ver *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 24; *Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay"*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2/09/2004. Serie C No. 112, párr. 148; *Caso de la "Masacre de Mapiripán vs. Colombia"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15/09/2005. Serie C No. 134, párr. 153.

(26) Corte IDH, *Caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua"*, op.cit. voto razonado concurrente del magistrado Sergio García Ramírez, párr. 4.

En los casos de la "Comunidad Indígena Yakye Axa", 17/06/2005, de la "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", 29/03/2006 y de la "Comunidad Indígena Xákmok Kásek", 24/08/2010, entre otros, la Corte utilizó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo⁽²⁷⁾ para darle alcance y contenido al derecho de propiedad reconocido en el art. 21 de la Convención Americana, por contener aquél diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas que se examinaban en esos casos.⁽²⁸⁾

En rasgos generales, para conformar el *corpus iuris* en materia de derechos indígenas podemos recurrir al mencionado Convenio 169 y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁽²⁹⁾ Estos dos instrumentos son quizás las expresiones más importantes del reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los derechos indígenas.

Los términos utilizados en cada uno de estos instrumentos aportarán luz a la Convención Americana y permitirán concluir si ésta reconoce a las comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de derechos reconocidos en ella.

El Convenio 169 de la OIT que, como se dijo, ya ha sido tenido en cuenta por la Corte en algunas de sus sentencias, a lo largo de su articulado reconoce inequívocamente a los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos. Así, cuando en el art. 8 establece que "(...) al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (...)", resalta que "(...) dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias". Este derecho sólo tiene como limitación, indica el instrumento, la incompatibilidad con los derechos fundamentales

(27) Ver Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio N° 169), adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 27/06/1989.

(28) Ver Corte IDH, Caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay" op. cit., párr. 127 y 130, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/03/2006. Serie C No. 146, párr. 117; Caso "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2010 Serie C No. 214, párr. 86 y 157.

(29) Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007.

definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Asimismo, en el art. 12 señala el Convenio que los pueblos indígenas "(...) deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales".

Por su parte en el art. 13 establece que:

"(...) al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

Más específicamente, en el art. 14 señala que:

"(...) deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia".

El art. 15 indica que: "(...) los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos".

Claramente, al redactarse este tratado de derechos humanos se consideró a los pueblos indígenas como titulares de derechos.

Ello no se debe a una utilización ambigua o vaga del lenguaje, existió una clara intención de expresarlo de esa manera. Esto puede deducirse puesto que, cuando en el mismo convenio se alude a derechos de naturaleza indiscutiblemente individual, sí se hace referencia a los "miembros" de pueblos indígenas y no a la comunidad en tanto sujeto colectivo.

Así, cuando en el art. 10 indica que: "(...) cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales".

En igual sentido, en la parte III del Convenio, donde se trata sobre las “contratación y condiciones de empleo”, el art. 20 señala que:

“los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo”; que: “(...) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas (...)” y que: “(...) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas”.

También en la parte IV, sobre la “Formación profesional, artesanía e industrias rurales”, el art. 21 establece que: “(...) los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas complementa con sus principios al Convenio 169, desde el Preámbulo reconoce y reafirma que: “(...) los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”.

En el art. 1 reconoce que: “(...) los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”.

Asimismo, en el art. 7 señala la Declaración que: “los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos”.

El análisis de ambos instrumentos, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas, lleva a concluir que la comunidad internacional ha consensuado un sistema de normas en donde reconoce a los pueblos indíge-

nas como titulares de derechos; estos derechos, en tanto son reconocidos a un sujeto de naturaleza colectiva, son derechos de carácter colectivo.

De lo expuesto en el presente punto y en el anterior podemos concluir que, cuando se trata de asuntos relativos a derechos de pueblos indígenas, la Convención debe interpretarse en el sistema de normas compuesto por el Convenio 169 y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Estos instrumentos conforman indudablemente un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y ambos reconocen a los pueblos indígenas como sujetos titulares de derechos.

Siendo ello así, afirmar que la Convención Americana no protege los derechos de los pueblos indígenas, en tanto sujeto colectivo, implicaría hacer que sus normas entren en conflicto con las otras normas que integran el sistema jurídico dentro del cual se inscriben en esa materia.

6. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien para llegar a la conclusión que se acaba de exponer se utilizaron, principalmente, numerosas afirmaciones de la Corte Interamericana, tanto para analizar el art. 1.2 como para interpretar la Convención a la luz de otros instrumentos internacionales, lo cierto es que el Tribunal, hasta ahora, ha resuelto que sólo los miembros individuales de los pueblos indígenas son titulares de los derechos reconocidos en ella y no los pueblos como sujetos colectivos.

Al analizar los casos sobre el derecho a la propiedad ancestral de las comunidades indígenas la Corte tuvo en cuenta para sus análisis los derechos colectivos, pero nunca avanzó hacia su tutela directa.

Desde el caso de la Comunidad Indígena Mayagna Awas Tingi de 31/08/2001⁽³⁰⁾ en adelante, la Corte siempre determinó violaciones únicamente a los derechos individuales de los miembros de las comunidades indígenas y nunca a los derechos de la comunidad en sí misma como sujeto colectivo. Sin embargo, en el cuerpo de sus sentencias, al esbozar las razones por las cuales encuentra las violaciones por parte de los Estados,

(30) Ver Corte IDH. Caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", op.cit., párr. 155.

la Corte parece reconocer la existencia de derechos colectivos y la especial naturaleza que algunos derechos, como por ejemplo el derecho a la supervivencia como pueblo y el derecho a la propiedad comunal, tienen para estas comunidades.

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, 17/06/2005, afirmó que :

“los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con *el derecho colectivo* a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”.⁽³¹⁾

En el mismo sentido, en los casos de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, 29/03/2006, del Pueblo de Saramaka, 28/11/2007 y de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, 24/08/2010, la Corte sostuvo que:

“(...) existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”.⁽³²⁾ Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras, continúa la Corte, “(...) no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del art. 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma

(31) Corte IDH. Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, op. cit., párr. 146.

(32) Corte IDH, Caso Comunidad Indígena “Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, op. cit., párr. 118, Corte IDH. Caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/11/ 2007. Serie C No. 172, párr. 90; Caso de la “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, op.cit., párr. 86.

de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del art. 21 de la Convención para millones de personas”.⁽³³⁾

En el caso *Chitay Nech*, 25/05/2010, la Corte realizó un análisis de los derechos políticos de un dirigente de una comunidad indígena. Sostuvo que:

“en el desarrollo de la participación política representativa, los elegidos ejercen su función por mandato o designación y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación [...] como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho”.⁽³⁴⁾

Sin embargo, en todos estos casos, como en los otros casos análogos, la Corte consideró que los titulares de los derechos reconocidos en la Convención y, en consecuencia, las víctimas, sólo fueron las personas individuales, es decir, exclusivamente los miembros de las comunidades individualmente considerados y no las comunidades como tales.

Esta problemática no fue evitada por Sergio García Ramírez quien, en su voto concurrente a la sentencia sobre la Comunidad Indígena Yakyé Axa explica el por qué de la posición de la Corte, señalando que es perfectamente válido analizar los derechos de uso y goce reconocidos en el art. 21 de la Convención desde la perspectiva exclusiva de los individuos miembros de las comunidades, y que ello en modo alguno implica desconocer o negar derechos de carácter colectivo de la comunidad en su conjunto. En suma, señala el ex magistrado, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes, constituyendo los derechos colectivos fuente y amparo de los derechos subjetivos individuales.⁽³⁵⁾

La misma postura mantuvo el ex magistrado en su voto razonado en el caso *Masacre Plan de Sánchez*, 19/11/2004, donde señaló que:

(33) Corte IDH, *Caso de la “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”*, op. cit., párr. 88; *Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”* op. cit., párr. 120.

(34) Corte IDH, *Caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25/05/2010. Serie C No. 212, párr. 115.

(35) Ver Corte IDH, *Caso de la Comunidad “Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”*, op.cit., voto razonado concurrente del magistrado Sergio García Ramírez, párr. 14.

"(...) ni los derechos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos. Cada 'estatuto' conserva su entidad y su autonomía. Uno y otro, profunda y estrechamente relacionados entre sí, mantienen su carácter, están sujetos a tutela y requieren medidas de protección específicas. Así las cosas, el reconocimiento que se hace de cada uno de estos órdenes deviene relevante e incluso esencial para el otro. No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. Finalmente, la vida colectiva se instala en la vida individual, y esta misma adquiere tono y calidad en el marco de la existencia colectiva".⁽³⁶⁾

En igual sentido, en su voto razonado a la sentencia del caso de la "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", 29/03/2006, sostuvo que "(...) los derechos individuales tienen origen y adquieren presencia y sentido en el marco de los derechos colectivos [...] La tutela de los derechos colectivos, a través de las normas que a ellos se refieren, concurre a la comprensión y repercute en la preservación de los derechos individuales".⁽³⁷⁾

Toda la elaboración que realiza García Ramírez parece justificar la necesidad de darle protección directa a los derechos colectivos, precisamente para evitar que en determinados supuestos los derechos individuales queden desamparados. Sin embargo, en todos los votos citados concluyó el ex magistrado que la Corte sólo puede declarar violaciones a los derechos de las personas individualmente consideradas. Fundó su posición, principalmente, en que el art. 1.2 de la Convención Americana es claro al afirmar que para los efectos de la misma "persona es todo ser humano", lo cual refleja, según su interpretación, las ideas y las decisiones que prevalecían al tiempo de formular la Convención.⁽³⁸⁾ Recoge así, interpretados a su manera, los conceptos de la Corte Interamericana en los citados casos Usón Ramírez y Cantos.

(36) Corte IDH, Caso "Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala". Fondo. Sentencia de 29/04/2004. Serie C No. 105, voto razonado del magistrado Sergio García Ramírez, párr. 5.

(37) Corte IDH, Caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", op.cit., voto razonado de García Ramírez, párr. 11.

(38) Ver Corte IDH, Caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", op.cit., voto razonado concurrente del magistrado Sergio García Ramírez, párr. 6 y ss.

Una postura diferente, que se encuentra en concordancia con las conclusiones que pueden extraerse de la construcción realizada en el punto V del presente trabajo, fue la adoptada por el actual Juez de la Corte Eduardo Vio Grossi quien, en su voto concurrente a la sentencia del caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, 24/08/2010, luego de analizar el art. 1.2 de la Convención concluyó que:

“(…) sería procedente, por una parte, incluir en el término ‘persona’ contenida en diversos artículos de [la Convención] y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no sólo a los miembros individualmente considerados de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales, y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no sólo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia”.⁽³⁹⁾

El magistrado entiende que corresponde reconocer derechos no sólo a los pueblos indígenas, sino también a otro tipo de colectividades o comunidades en la medida que a tales entidades se les reconozcan al menos algunos derechos consagrados en la Convención.⁽⁴⁰⁾

7. Hacia la tutela directa de los derechos de los pueblos indígenas

Antes de avanzar hacia una conclusión final resultará útil tener en cuenta algunas otras afirmaciones sobre esta materia.

Rodolfo Stavenhagen, ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas, ha contribuido al debate sobre esta problemática.

En su Informe Anual del año 2007, donde estudia las medidas que los Estados deben adoptar para promover el desarrollo de los pueblos indígenas, Stavenhagen sostiene que “(…) el reconocimiento de los pue-

(39) Corte IDH, Caso de la “Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, op. cit., voto concurrente del magistrado Eduardo Vio Grossi, párr. 27.

(40) Ver Corte IDH, Caso de la “Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, op. cit., voto concurrente del magistrado Eduardo Vio Grossi, párr. 26.

blos indígenas como sujetos de derechos atribuye un papel esencial a las comunidades en la definición de las prioridades y las estrategias del desarrollo".⁽⁴¹⁾ Profundiza la misma idea cuando dedica un acápite especial denominado "Los pueblos indígenas como sujetos de derechos", en donde resalta que:

"(...) el enfoque basado en los derechos humanos parte de una concepción del desarrollo que identifica a los sujetos de derecho, y no meramente la población que es objeto de políticas públicas. Así, se exige la identificación de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos que complementa a los derechos de sus miembros individuales". Indica, igual que lo hace el presente trabajo, que: "(...) estos derechos se reconocen en diversos instrumentos internacionales, y en particular en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Declaración complementa y enriquece con sus principios a otros instrumentos internacionales, como el Convenio N° 169".⁽⁴²⁾

El Comité de Derechos, Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en la Observación general N° 21 que trata acerca del "Derecho de toda persona a participar en la vida cultural" destacó que, con relación al disfrute y ejercicio de los derechos culturales debe considerarse que la expresión "toda persona" contenida en el texto del art. 15 del Pacto

(41) STAVENHAGEN, RODOLFO. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Sexto período de sesiones. Tema 3 del programa Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Incluido el Derecho al Desarrollo General. A/HRC/6/15. 15 de noviembre de 2007, párr. 15. Stavenhagen ha sido propuesto por la Comisión Interamericana como perito antropólogo en numerosos casos relativos a poblaciones indígenas ante la Corte Interamericana. Ver Corte IDH. Caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay". Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C No. 125, párr. 38 con nota 17; Corte IDH. Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2010. Serie C No. 216, párr. 29; Corte IDH. Caso "Fernández Ortega y otros vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/08/2010 Serie C No. 215, párr. 28; Corte IDH. Caso de la Comunidad "Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua". Excepciones Preliminares. Sentencia de 01/02/2000. Serie C N°. párr. 83 punto b. En el caso de la Comunidad Mayagna, sostuvo que "(e)n ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte, la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural".

(42) STAVENHAGEN, RODOLFO. op.cit., párr. 17.

Internacional de Derechos, Económicos Sociales y Culturales “se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo”. Es importante señalar que cuando el Comité realiza esta afirmación lo hace en relación con, entre otros, “los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus instituciones culturales, tierras ancestrales, recursos naturales y conocimientos tradicionales”.⁽⁴³⁾

Finalmente, también podemos tener en cuenta, a modo de indicación de la existencia de una tendencia en la comunidad de Estados americanos, o por lo menos como doctrina, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este instrumento se encuentra en instancia de negociación, contiene 44 provisiones de las cuales nueve han sido consensuadas y trece aprobadas, contiene también un preámbulo que no ha sido objeto de revisión.⁽⁴⁴⁾

El Preámbulo del Proyecto reafirma “(...) el derecho de los pueblos indígenas a desarrollarse de acuerdo a sus propias tradiciones, necesidades e intereses” y reconoce que “(...) para los pueblos indígenas sus formas tradicionales colectivas de propiedad y uso de tierras, territorios, recursos, aguas y zonas costeras son condición necesaria para su supervivencia, organización social, desarrollo, espiritualidad, bienestar individual y colectivo”.

El inc. 1 del art. VI, que es una de las normas aprobadas del Proyecto de Declaración,⁽⁴⁵⁾ reconoce que: “(...) los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”. El inc. 2, aún en negociación, agrega que “(...) en ese sentido los Estados reconocen y garantizan, entre otros, el derecho de los

(43) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1. a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Párr. 3 y 9.

(44) CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS, Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Registro del estado actual del Proyecto Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Décimo tercera reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos, celebrada en Estados Unidos, Washington D.C. – del 18 al 20 de enero de 2011. OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc. 334/08 rev. 6.

(45) El inciso 1 del Artículo VI fue aprobado el 2 de diciembre de 2009 en la Decimosegunda Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos. Ver, Registro del estado actual del Proyecto Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas citado.

pueblos indígenas a su actuar colectivo; a su organización social, política y económica; a sus sistemas jurídicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus lenguas, a administrar y controlar sus tierras, territorios y recursos naturales”.

También otros artículos consensuados o aprobados del Proyecto de Declaración reconocen que los pueblos indígenas, en tanto tales, son titulares de derechos. Así, el art. VIII reconoce el derecho de las comunidades indígenas a pertenecer a uno o varios pueblos indígenas;⁽⁴⁶⁾ el art. IX establece que los Estados deberán reconocer “(...) plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”;⁽⁴⁷⁾ el art. X les reconoce el “(...) derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación”;⁽⁴⁸⁾ el art. X *bis* reconoce que: “tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio”;⁽⁴⁹⁾ el art. XII reconoce que “(...) los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras”;⁽⁵⁰⁾ el art. XVII señala que: “(...) los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual”.⁽⁵¹⁾

Es importante destacar que en el Proyecto de Declaración, al igual que en la Declaración de las Naciones Unidas, se hace referencia a pueblos

(46) Aprobado el 30 de noviembre de 2009, Decimosegunda Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos

(47) Artículo consensuado el 7 de diciembre de 2006 en la Octava Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos. Cfr. Registro del estado actual del Proyecto Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas citado

(48) Artículo consensuado el 11 de noviembre de 2003 en la Primera Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos.

(49) Artículo consensuado el 11 de noviembre de 2003 en la Primera Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos.

(50) Artículo aprobado el 20 de enero de 2011 en la Décimo tercera reunión de Negociaciones por la búsqueda de Consensos.

(51) Artículo aprobado el 18 de abril de 2008 en la Undécima Reunión de Negociaciones por la Búsqueda de Consensos.

indígenas de manera diferente a cuando se quiere hacer referencia a los miembros individuales que los integran. En el art. XV se establece que: "ningún pueblo o persona indígena deberá ser sujeto a presiones o imposiciones, o a cualquier otro tipo de medidas coercitivas que afecten o limiten su derecho a ejercer libremente su espiritualidad y creencias indígenas"; del mismo modo en el art. XXI se afirma que en

"(...) los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales".⁽⁵²⁾

Si bien queda claro que el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es más que un instrumento en estado de negociación, su lectura, en especial aquella focalizada en normas ya aprobadas o consensuadas, sumada a las afirmaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, permiten observar la existencia de un consenso existente en la doctrina internacional sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos titulares de derechos.

Si se está de acuerdo con que el art. 1.1 cuando se refiere a "personas" (no excluye a sujetos colectivos) y si, utilizando los criterios de interpretación que normalmente sigue la Corte, se inserta a la Convención dentro del sistema de normas que se describió en el punto V, entonces podemos afirmar que los pueblos indígenas del Sistema Interamericano deben ser reconocidos como sujetos titulares de derechos humanos reconocidos en la Convención.

Corresponderá en el caso concreto determinar qué derecho se ejerce en forma colectiva y cuál en forma individual. Ya ha dicho la Corte, como se citó, que los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado y al disfrute de las tierras ancestrales.

(52) Artículo consensuado en Noviembre de 2004 en la Cuarta Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos.

Difícil es intentar convencer a cada miembro de una comunidad indígena de que el bosque en el que viven y el río en el cual realizan sus rituales no pertenece a la comunidad, sino que a cada miembro le corresponde una cantidad de árboles determinados y una parte limitada de la orilla del río. Más difícil es explicarle que sus hijos heredarán únicamente esa cantidad de árboles que a él le corresponden y esa limitada orilla del río y que, incluso, cualquiera de ellos podría vender esa parte indivisa o no a quien quiera.

También puede apreciarse esa naturaleza de colectividad cuando, ante una eventual violación de un derecho, los pueblos deben recurrir a la justicia en conformidad a lo establecido en el art. 25 de la Convención Americana. Parece absurdo exigirles la firma a cada uno de sus miembros. Eso parece haber sido tenido en cuenta al momento de redactarse el art. 12 del Convenio 169 que, como también se dijo, destaca que los pueblos indígenas deberán poder iniciar procedimientos legales para la protección contra la violación de sus derechos.

8. Conclusión

Interpretar que la Convención sólo reconoce derechos a los seres humanos es indiscutible, pero eso de ninguna manera puede significar que reconoce únicamente derechos de naturaleza individual. Por ello negar tutela directa a los derechos de carácter colectivos basándose en la letra del art. 1.2 de la Convención equivale a realizar una interpretación claramente restrictiva de este instrumento, prohibida por su art. 29.c). Los pronunciamientos de la Corte sobre esta norma, en particular sobre el alcance del término "persona" contenido en ella, entendidos en sus contextos, no parecen sostener lo contrario.

Como se ha señalado en el punto IV la Corte ha dicho que la Convención Americana debe interpretarse teniendo en cuenta que, como tratado de derechos humanos, es un "instrumento vivo" cuya interpretación debe adaptarse a las condiciones de vida actuales y a la evolución de los tiempos.

La forma en la que los pueblos indígenas conciben la vida en colectividad pudo no haber sido prevista por los relatores de la Convención o puede incluso haber sido prevista, pero obviada intencionalmente. Sin embargo, como sostiene Cancado Trindade la propia práctica contemporánea de los Estados y de las organizaciones internacionales ha demostrado que el

derecho internacional y, en especial, el derecho de los derechos humanos, no emana tan sólo de la libre voluntad de los Estados.⁽⁵³⁾ Esta afirmación busca resaltar que el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas ha superado ampliamente la institucionalidad estatal e incluso la letra escrita de los instrumentos internacionales. Ya no dependen los derechos humanos, de los documentos que fueron suscriptos por los representantes estatales y que fueron depositados en las secretarías de los organismos internacionales. Estas normas ocupan hoy ese lugar y tienen ese carácter de fundamentales o, en su caso, de *ius cogens*, como consecuencia de un desarrollo histórico que entrelaza acontecimientos humanos conocidos y hartamente estudiados.

Cuando la Corte sostiene que la interpretación de la Convención tiene que acompañar la evolución de los tiempos está diciendo que debe ser interpretada dentro de los nuevos marcos jurídicos. Estos no hacen más que mostrar las nuevas conquistas o los nuevos reconocimientos que los seres humanos han adquirido.

Este modo de entender la Convención adecuada a la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana nos permitirá, siempre, ajustarla a las condiciones de vida actuales.

En ese sentido, al momento de interpretar la Convención Americana en su conjunto, cuando se trata de pueblos indígenas, deben tenerse en cuenta los instrumentos internacionales que han reconocido que los pueblos indígenas son titulares de derechos, esto es, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas conforme se hizo en el punto V.

Si, como dijimos señala García Ramírez, los derechos individuales no se absorben ni resumen en los derecho colectivos, si cada uno de estos "estatutos" conserva su entidad y su autonomía, si están sujetos a tutela y requieren medidas de protección específicas, si los derechos individuales tienen origen y adquieren presencia y sentido en el marco de los derechos colectivos y si, en suma, la tutela de los derechos colectivos, a través de las normas que a ellos se refieren, concurre a la comprensión y repercute en la preservación de los derechos individuales, entonces todos deberíamos

(53) Ver Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Lega*, cit., voto concurrente del magistrado Antonio Augusto Cançado Trindade, párr. 13.

estar de acuerdo en la necesidad de reconocimiento y protección directa de los derechos colectivos.

Puede afirmarse que la Corte, en los cuerpos de sus pronunciamientos, aunque sea implícitamente, ya ha reconocido derechos colectivos y ha reconocido, en particular, que las comunidades indígenas son titulares de algunos derechos humanos, como el derecho a la propiedad y a la supervivencia colectiva, únicamente le ha faltado darle la protección directa.

El reconocimiento adecuado de los derechos de carácter colectivos y la tutela de los derechos, que recaen directamente sobre colectividades o pueblos en tanto tales, contribuirá, más tarde o más temprano, a romper con una concepción individualista del derecho que no hace más que estancar al ser humano en un estadio de su desarrollo que debe superar.



El delito de desacato: razones jurídicas para su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano

XAVIER FLORES AGUIRRE⁽¹⁾



1. Introducción

El presente artículo ofrece razones jurídicas para la expulsión del ordenamiento jurídico de los arts. 230, 231, 232 y 233 que regulan el delito de desacato en el Código Penal ecuatoriano. Las razones jurídicas que se argumentan para perseguir dicho propósito se dividen de la siguiente manera: primero, se describe el delito de desacato en nuestro Código Penal; segundo, se define la relación entre libertad de expresión y democracia; tercero, se verifica la compatibilidad del delito de desacato con la libertad de expresión en una sociedad democrática.

2. Descripción del delito de desacato en el Código Penal

Los artículos que regulan el delito de desacato en el Código Penal son los siguientes:

(1) Abogado (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Diploma de Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Miembro de la Comisión de Redacción de la Asamblea Constituyente de Montecristi (2008). Litigante ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Docente.

"Art. 230.- El que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años de prisión y multa de ciento a quinientos sucres.

Art. 231.- El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el art. 225, cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de cincuenta a trescientos sucres.

Los que cometieren las infracciones detalladas en el inciso anterior contra otro funcionario que no ejerza jurisdicción, serán reprimidos con prisión de ocho días a un mes.

Art. 232.- El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se halla, será reprimido con prisión de ocho días a un mes.

Art. 233.- Igual pena se aplicará al que insultare u ofendiere a alguna persona que se hallare presente y a presencia de los tribunales o de las autoridades públicas".

El delito de desacato en el ordenamiento jurídico de un Estado busca la protección de una idea premoderna, según la cual, "(...) los órganos del Estado por el simple hecho de serlo, eran merecedores de toda la confianza y el respaldo de la población".⁽²⁾ En razón de esta idea, toda opinión ofensiva que se dirija a los servidores públicos se la considera merecedora de reproche penal, porque podría socavar la confianza y el respaldo ciudadano a dichos servidores. El delito de desacato, en consecuencia, restringe cierto tipo de expresiones para proteger, de una manera privilegiada y excluyente, a los servidores públicos.

Nuestro Código Penal, que según la opinión del tratadista Luis Jiménez de Asúa "no puede engañar a los conocedores de la materia; es un Códigi-

(2) CIDH, *Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión* (2010). párr. 3. Publicado en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Un%20agenda%20Hemisferica%20espanol.pdf>. Esta inmunidad de las autoridades estatales en la idea del derecho divino por la cual el rey nunca podía equivocarse, consagrada en la máxima latina *Rex non potest peccare* (traducida al inglés como *The King can do no wrong*).

go cronológicamente nuevo, que debe figurar entre los antiguos”,⁽³⁾ ubica el delito de desacato en el Capítulo I “De la rebelión y atentados contra los funcionarios” dentro “De los delitos contra la administración pública”. Esta ubicación caracteriza al delito de desacato como una especie de atentado contra el servidor público, a quien se lo protege por su único atributo de pertenecer a la administración pública, para que ésta funcione de manera supuestamente armónica, tranquila y sin perturbaciones.

La doctrina ecuatoriana, en el curso de los años, ha sido constante en destacar que el propósito del delito de desacato es proteger el funcionamiento armónico de la administración pública. Francisco Pérez Borja, en un libro editado en 1927, afirmó que en el delito de desacato “lo que se tiene en cuenta no es la ofensa a la persona, sino el ultraje a la autoridad que se halla en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ese ejercicio”⁽⁴⁾. Efraín Torres Chávez, años después, estimó que en el delito de desacato “[s]e trata, pues, de cuidar el decoro y la posición respetable de los funcionarios públicos enumerados y preservarles de toda ofensa, en razón de su cargo”.⁽⁵⁾ De manera más reciente, Giancarlo Almeida Delgado ha señalado que en el delito de desacato “la conducta ilícita no lesiona un bien jurídico concreto cuyo titular es una persona determinada, sino el bien jurídico general, cuya titular es la sociedad”.⁽⁶⁾ Ese bien jurídico es, precisamente, el funcionamiento armónico de la administración pública.⁽⁷⁾ La idea que subyace en el delito de desacato es que los ciudadanos debemos comportarnos de manera respetuosa frente a nuestros servidores públicos, de manera que ellos puedan desempeñar sus funciones de manera tranquila y sin sufrir perturbación ninguna. Según esta idea,

“la crítica política no está necesariamente eliminada, pero sólo se tolera si se trata de aquella que los propios gobernantes ca-

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, ver en Torres Chávez, Efraín, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*. Editorial Universitaria, 1974, Tomo I, pp. 8/9.

(4) PÉREZ BORJA, FRANCISCO, *Apuntes para el estudio del Código Penal*, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927, p. 267.

(5) TORRES CHÁVEZ, EFRAÍN, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Universidad Central del Ecuador, 1978, p. 350.

(6) ALMEIDA DELGADO, GIANCARLO, “El ignorado delito de desacato”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, N° 14, 2001, Tomo II, p.114. Ver texto en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2001/14/14_Ignorado_Delito_de_Desacato.pdf

(7) *Ibid.*, p. 106.

talogan como *constructiva*, es decir, que no cuestiona radicalmente ni la forma de adopción de decisiones, ni las decisiones adoptadas, ni a las personas encargadas de adoptarlas o ejecutarlas. La crítica que se acepta es aquella que no resulta perturbadora, chocante u ofensiva para el poder”.⁽⁸⁾ El Estado, para garantizar ese funcionamiento armónico de la administración pública, reprime toda crítica “perturbadora, chocante u ofensiva” con el uso de su más poderosa herramienta coercitiva: el derecho penal.

El delito de desacato en Ecuador protege a todos los servidores públicos, desde el “Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva” (art. 230) hasta el “Senador o Diputado, Ministro de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar” cuando “éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio” (art. 231, en concordancia con el art. 225). Las sanciones que el Código Penal establece varían entre una sanción de “seis meses a dos años de prisión y multa” para los casos de “amenazas, amagos, injurias” contra el Presidente de la República (art. 230), una sanción de “prisión de quince días a tres meses y multa” para los casos de “amenazas, injurias, amagos o violencias” contra quien ejerza como “Senador o Diputado, Ministro de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar” (art. 231, inc. 1) y una sanción de “prisión de ocho días a un mes” para los casos de “amenazas, amagos, injurias o violencias” contra el servidor público que “no ejerza jurisdicción” (art. 231, segundo inciso) y para los casos en que se “faltare el respeto” con hechos ofensivos tales como “palabras, gestos o actos de desprecio” a “cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones” (art. 232), o se “turbare o interrumpiere” el acto que realiza “cualquier tribunal, corporación o funcionario público” (art. 232) o incluso si se “insultare u ofendiere a una persona que se hallare presente y a presencia de los tribunales o de las autoridades públicas”.

La redacción del delito de desacato, como puede apreciarse de los artículos transcritos, no es ni clara ni precisa. Los tipos penales que expresan las acciones de los sujetos activos de la comisión del delito (esto es, las “ame-

(8) CIDH, op. cit., párr. 53.

nazas, amagos e injurias”, las “palabras, gestos o actos de desprecio”, y la “turbación” o “interrupción” del acto) y los resultados de esas acciones (el “ofender” o “faltar el respeto” a los servidores públicos) han sido redactados de manera vaga y ambigua. Así, por ejemplo, Torres Chávez estima que el verbo “ofender” en el delito de desacato significa “(...) tanto hacer daño físico con heridas o maltratos, cuanto moral por medio de injurias de palabras o denuestos. Quiere decir, además, fastidiar o enfadar a otro; hay, por lo mismo, una gama de interpretación dilatada en este artículo (...)”⁽⁹⁾ mientras que el “faltar el respeto” es incluso de una redacción más amplia, pues constituye “toda injuria en forma de palabras, gestos o actos de desprecio”.⁽¹⁰⁾ Torres Chávez critica este uso del lenguaje en la redacción del delito de desacato porque “(...) permite entrar al sutil campo de la subjetividad, incompatible con la rigidez amparadora que debe caracterizar a toda ley de esta clase”.⁽¹¹⁾

Por todo lo expuesto, el delito de desacato puede describirse como un delito compuesto por normas penales que han sido redactadas de una manera, que no es ni clara ni precisa, que sirven al propósito de reprimir las opiniones verbales y las manifestaciones físicas que ciudadanos expresen contra servidores públicos para procurarles a éstos una protección privilegiada y excluyente, en razón de la idea subyacente y premoderna de funcionamiento armónico de la administración pública.

3. Definición de la relación entre libertad de expresión y democracia: los derechos a la deliberación colectiva y la autonomía individual

La Constitución declara en su artículo 1 que Ecuador es un Estado democrático y en su art. 3.1 que uno de sus deberes primordiales es “(...) garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.⁽¹²⁾ Uno de esos derechos establecidos en la Constitución y en los instru-

(9) TORRES CHÁVEZ, op. cit., p. 349.

(10) TORRES CHÁVEZ, op. cit., p. 351.

(11) TORRES CHÁVEZ, op. cit., p. 351.

(12) “El marco jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión”. CIDH, *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, 2010. Publicado en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Marco%20Juridico%20Interamericano%20estandares.pdf>

mentos internacionales es el derecho a la libertad de expresión, que se consagra de manera específica, *inter alia*, en el art. 66.6 de la Constitución y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención Americana" o "la Convención").

La consagración en el art. 66 numeral 6 como un derecho de libertad es una de las tantas referencias a la libertad de expresión en el texto constitucional. En las secciones relativas a la comunicación e información (arts. 16, 17, 18, 19 y 20) y a la cultura y ciencia (21, 22 y 23) del capítulo sobre derechos del buen vivir, en las secciones relativas a los jóvenes (art. 39) y a las niñas, niños y adolescentes (art. 46) del capítulo sobre derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en los capítulos relativos a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (art. 57) y a la participación en democracia (art. 95 y 96), así como en las secciones referidas a la cultura (arts. 377, 378 y 379) y a la comunicación social (art. 384) dentro del régimen del buen vivir: en todos esos artículos de la Constitución se hace referencia a la libertad de expresión.

Para efectos del análisis que se propone este trabajo, resultan de particular relevancia los arts. 23 y 66.6 de la Constitución, así como el art. 13 de la Convención Americana. Dichos artículos establecen lo siguiente:

"Constitución

Art. 23.- Las personas tienen derecho a acceder y a participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas o manifestaciones".

"Convención Americana

Art. 13.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar,

recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

[...]"

Los artículos transcritos de la Constitución contienen las dimensiones social e individual del derecho a la libertad de expresión. Por su dimensión social, toda persona tiene el derecho a conocer las opiniones e informaciones de toda índole de las demás personas y a estar bien informado; por su dimensión individual, toda persona tiene el derecho de expresar opiniones e informaciones de toda índole, por cualquier procedimiento a su elección. En opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "La Corte Interamericana" o "La Corte IDH") manifestada desde su primera jurisprudencia contenciosa en la materia, "(...) ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión".⁽¹³⁾ La garantía efectiva y simultánea de estas dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión implica, necesariamente, la garantía de los derechos a la deliberación colectiva y a la autonomía individual.

El derecho a la deliberación colectiva que se reconoce en el art. 23 de la Constitución como un derecho del buen vivir es el derecho a intercambiar opiniones e informaciones en el espacio público que se relaciona, de manera evidente, con la dimensión social de la libertad de expresión. La deliberación colectiva provoca un mayor flujo y contraste de ideas e informaciones sobre distintos asuntos, usualmente vinculados a temas de

(13) Corte IDH, CASO "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n° 73. p. 67.

interés público.⁽¹⁴⁾ El derecho a la deliberación colectiva es esencial para una sociedad democrática, porque la democracia es "(...)el único sistema de gobierno que garantiza el debate crítico de concepciones y medidas políticas, favoreciendo la percepción de sus posibles errores y de los intereses que pueden subyacer en ellas".⁽¹⁵⁾ La deliberación colectiva multiplica las posibilidades de detectar errores en la administración pública y de exigirles a las autoridades correctivos adecuados ante sus eventuales abusos. Esas posibilidades son formas de ejercer el control democrático, el que en palabras de la Corte IDH, "(...) fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios en su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público".

El derecho a la autonomía individual en materia expresiva, que se reconoce en el art. 66.6 de la Constitución como un derecho de libertad, implica la facultad de toda persona para expresar sus opiniones e informaciones de la manera en que ella mejor desee hacerlo, siempre que no afecte los derechos de otras personas. Este derecho debe entenderse de una manera amplia en democracia, de manera tal, que se acepten en el debate público incluso opiniones e informaciones que "(...)ofenden, chocan o inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, puesto que así lo exigen los principios de pluralismo y tolerancia propios de las democracias".

Así, el derecho a la deliberación colectiva y el derecho a la autonomía individual en materia expresiva que se consagran en los arts. 23 y 66.6 de la Constitución se encuentran íntimamente ligados: la deliberación colectiva que requiere una sociedad para el ejercicio del control democrático de la administración pública y de sus autoridades implica aceptar en el marco de

(14) Según el filósofo John Stuart Mill, nunca es bueno suprimir una opinión. Esto es así, según lo explica Roberto Gargarella, "ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera, lo cual torna imprescindible el conocimiento de la misma; ya sea porque la misma es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento; o ya sea porque es falsa, dado que la crítica a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de conocimientos". Ver, GARGARELLA, ROBERTO, *Constitucionalismo y Libertad de Expresión*, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Derechos. Editorial Abeledo-Perrot, 2008, p. 744.

(15) NINO, CARLOS S., "¿Qué es la Democracia?", en Nino, Carlos S., *Derecho Moral y Política. II. Fundamentos del Liberalismo Político. Derechos Humanos y Democracia Deliberativa*. Gedisa, 2007, p. 187.

esa deliberación colectiva las expresiones individuales que "ofenden, chocan o inquietan" en los términos expuestos en el párrafo anterior.

En razón de lo antes expuesto, las restricciones a las expresiones sobre asuntos de interés público deben minimizarse. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Relatoría"), con fundamento en la jurisprudencia constante de la Corte IDH, ha concluido que las restricciones a la libertad de expresión sólo son legítimas en la estricta medida en que se satisfagan los siguientes requisitos:

"(...) (a) que sea definida en forma precisa y clara por una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr esos objetivos".

El ideal subyacente a la garantía de los derechos a la deliberación colectiva y a la autonomía individual es el de un ciudadano deliberante, el que según expuso la Relatoría en su informe "Una Agenda Hemisférica para la Libertad de Expresión", implica:

"un sujeto deliberante, que tiene el valor de servirse de su propia inteligencia y que está dispuesto a discutir con otro las razones que le permiten apoyar una tesis o adoptar una decisión. Se trata de un sujeto racional que valora el proceso comunicativo como una de las mejores maneras de adoptar decisiones adecuadas y que participa, no sólo en las decisiones que lo afectan, sino del control de la gestión pública. Este ideal de ciudadanía está hoy en el centro de todas las instituciones políticas y constituye uno de los criterios para evaluar su validez y legitimidad".⁽¹⁶⁾

Este ideal de ciudadano deliberante, que tiene interés en expresar libremente sus propias ideas e informaciones y en conocer las ideas e informaciones de otros e informarse bien sobre ellas, requiere de una institucionalidad que respete, garantice y promueva el derecho a la libertad de expresión en sus dos dimensiones. Una sociedad democrática debe procurar el diseño e implementación de instituciones que permitan y promuevan una deliberación

(16) CIDH, "Una Agenda Hemisférica para la Libertad de Expresión", párr. 24.

colectiva desinhibida, robusta y abierta sobre los asuntos de interés público. Para ello, se requiere de una legislación penal que minimice las posibilidades de sanción por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en particular para los casos de opiniones e informaciones sobre asuntos relacionados con servidores públicos, dineros públicos y candidatos a ocupar cargos públicos.

Por todo lo expuesto, se concluye que el derecho a la deliberación colectiva y a la autonomía individual consagrados en los arts. 23 y 66.6 de la Constitución conforman las dimensiones social e individual del derecho a la libertad de expresión, por cuya efectiva y simultánea garantía se deben proteger de manera especial las opiniones e informaciones sobre asuntos de interés público y, en consecuencia, minimizarse las posibilidades de restricción penal del derecho a la libertad de expresión.

4. Verificación de la compatibilidad del delito de desacato con el derecho a la libertad de expresión en una democracia

La verificación de la compatibilidad del delito de desacato con el derecho a la libertad de expresión en una democracia implica que toda medida que restrinja este derecho debe satisfacer los siguientes requisitos:

“(...) (a) que sea definida en forma precisa y clara por una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr esos objetivos”.

El primer requisito que debe satisfacer una medida que restrinja la libertad de expresión es que exista una ley en sentido formal y material, redactada en forma precisa y clara. A este respecto, la Corte Interamericana, ha sostenido que:

“(...) en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con

medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad".⁽¹⁷⁾

Como se describió en el capítulo 2 de este artículo, la restricción a la libertad de expresión, que se establece mediante el delito de desacato no es ni clara ni precisa. En consecuencia, la redacción del delito de desacato no satisface este primer requisito. Por este solo hecho, la legislación penal de desacato debería expulsarse del ordenamiento jurídico. Veamos, sin embargo, para un análisis de fondo sobre esta figura, el siguiente requisito.

El segundo requisito que debe satisfacer una medida que restrinja la libertad de expresión es que persiga un fin autorizado por la Convención Americana. Los objetivos autorizados por la Convención Americana son asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud y la moral públicas. En este caso concreto, debe verificarse si el funcionamiento armónico de la administración pública es un fin que se autorice por razones de orden público. Sin embargo, esta interpretación es inaceptable. De acuerdo con el "Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato" y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Comisión Interamericana:

"Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el art. 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de 'orden público' para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.

[...]

(17) Corte IDH, Caso "Claude Reyes vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19/09/2006. Serie C n° 151, párr. 89.

“De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del ‘orden público’, como medio para suprimir un ‘derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real’. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”.⁽¹⁸⁾

La idea de “orden público” que se busca proteger con el delito de desacato implica privar de contenido real los derechos a la deliberación colectiva y a la autonomía individual, que conforman las dimensiones social e individual de la libertad de expresión. Si la medida restrictiva no persigue un fin autorizado por la Convención, se torna innecesario verificar la satisfacción del tercer requisito concerniente a la necesidad de esta medida en una democracia.

Por lo señalado, el delito de desacato debe expulsarse de una legislación penal que sea respetuosa del derecho a la libertad de expresión. Las razones para la no incorporación del delito de desacato en la legislación penal, a mayor abundamiento, las explicita el siguiente párrafo del informe Una Agenda Hemisférica para la Libertad de Expresión:

“Basta con señalar que algunos argumentos que soportan esta tesis se refieren, fundamentalmente, a la importancia de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento (chilling effect). A este argumento se suma la idea de que los funcionarios acceden a sus cargos de manera voluntaria y a sabiendas de que, por el enorme poder que administran, estarán sometidos a un escrutinio mucho más intenso. Esta tesis se sustenta, además, en el hecho de que los funcionarios públicos tienen una mayor capacidad de incidencia en el debate público, no sólo por el respaldo ciudadano y la credibilidad de la cual gozan, sino porque suelen contar con posibilidades reales y efectivas de participación en el proceso de participación de masas que, en general, no tienen los ciudadanos y ciudadanas que no ocupan dichas posiciones. En este sentido, se ha sostenido que las críticas, incluso ofen-

(18) Ver CIDH, "Informe sobre compatibilidad de las leyes de Desacato, op. cit., Capítulo IV.B, IV.C

sivas, radicales o perturbadoras, deben recibirse con más y no con menos debate, y que es el ciudadano y no las propias autoridades criticadas, quien debe decidir si una idea o información es merecedora de atención y respeto o si, simplemente, debe ser descartada".⁽¹⁹⁾

Finalmente, conviene recordar que los órganos internacionales de derechos humanos han recomendado, en varias ocasiones, la derogación de los delitos de desacato,⁽²⁰⁾ así como también la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.⁽²¹⁾ En tiempos recientes, varios países de la región han procedido de conformidad con esas recomendaciones: tal ha sido el caso de Argentina, Paraguay, Costa Rica, Perú, Panamá, El Salvador, Honduras y Guatemala.⁽²²⁾ Desde el derecho internacional de los derechos humanos el delito de desacato debe considerarse como parte de los "enclaves autoritarios heredados de épocas pasadas de los que es necesario desprenderse",⁽²³⁾ en razón de que la idea premoderna del funcionamiento armónico de la administración pública subyacente en la legislación penal de desacato es contraria al ideal de ciudadano deliberante que se postula como garantía para la libertad de expresión en una sociedad democrática.

(19) CIDH, "Una Agenda Hemisférica para la Libertad de Expresión", op. cit., p. 58.

(20) A guisa de ejemplo: "En relación con las normas que sancionan penal o civilmente la expresión, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros: a. Promover la derogación de las leyes que consagran el desacato, cualquiera sea la forma en la que se presenten, dado que estas normas son contrarias a la Convención Americana y restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático". Ver CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2009. p. 432. Publicado en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=794&IID=2>

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha incluso recomendado al Estado ecuatoriano, de manera específica y reciente, que derogue las leyes de desacato. Ver COMUNICADO DE PRENSA N° R32/11 "Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa preocupación por la existencia y el uso de normas penales de desacato contra personas que han expresado críticas contra dignatarios públicos en Ecuador", publicado en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=837&IID=2>

(21) Ver AG/RES. 2434 (XXXVIII-O-08) y AG-RES. 2523 (XXXIX-O-09) de la Asamblea General de la OEA. Disponibles en: http://www.oas.org/dil/esp/resoluciones_asamblea_general_38_periodo_sesiones_colombia_junio_2008.htm y http://www.oas.org/dil/esp/resoluciones_asamblea_general_39_periodo_sesiones_honduras_junio_2009.htm, respectivamente.

(22) CIDH, *Una Agenda Hemisférica...*, op. cit., párr. 7.

(23) CIDH, Antecedentes de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, 2000. Principio 11. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

5. Conclusión

Por todo lo expuesto en los capítulos precedentes, se concluye que el delito de desacato en nuestro Código Penal es contrario a nuestra Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado ecuatoriano, por su deber de garantizar el derecho a la libertad de expresión en términos de promover la deliberación colectiva y de proteger la autonomía individual, expuestos en los capítulos precedentes, debe procurar (por vía de la reforma legislativa o de un procedimiento constitucional de garantía normativa) la expulsión de la legislación penal de desacato de nuestro ordenamiento jurídico.



Las mujeres indígenas frente al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia

Un abordaje desde el género,
la etnia y los derechos humanos

ALEJANDRA IRENE LANNUTTI⁽¹⁾



1. Introducción

El presente documento tiene como principal objetivo hacer un sucinto, pero a la vez particular aporte sobre la situación de algunos grupos sociales que padecen un cuadro exacerbado de discriminaciones al cual responden su condición y su posición.⁽²⁾ Este es el caso específico de la población en situación de desplazamiento, y dentro de ésta, del grupo más

(1) Abogada. Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Docente de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público en el país y el exterior. Investigadora adscrita a proyectos del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Integrante del Grupo Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena, Colombia, y del Grupo Demosophia de la Universidad de San Buenaventura, Cartagena, Colombia.

(2) Desde el enfoque de género tomamos el término "condición" para hacer referencia al bienestar material, y el concepto "posición" para connotar el lugar que algunos grupos ocupan en la estructura de poder y de toma de decisiones de una determinada sociedad. Para mayor ahondamiento ver: FACIO MONTEJO, ALDA, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 3^{ra} ed., San José de Costa Rica, ILANUD, 1999.

críticamente afectado, tanto por el marco de violencia generalizada como por la discriminación histórica desde un análisis de género: **las mujeres**.

Desde mediados de los años ochenta, el desplazamiento interno forzado en Colombia alcanzó una magnitud sin precedentes, constituyéndose en una constante dentro del conflicto armado, y trayendo consigo implicancias de tipo social, político, económico, demográfico y cultural que, si bien comprometen a toda la sociedad, muy peculiarmente afectan a las mujeres, quienes, en la mayoría de las veces, son las que se ven obligadas a migrar y “superar” el fenómeno de la pérdida, sin detenerse, siquiera, ante la destrucción de su proyecto de vida.

A estas desventajas se suman, como preámbulo, las **discriminaciones acumuladas**; es decir, un cúmulo de exclusiones no solucionadas a través del tiempo, que se agregan a la ausencia de protección del Estado antes del evento que generó el desplazamiento; resultando de esta manera más precario el escenario de violaciones de derechos que enfrentan antes, durante e incluso después de haber sido forzadas a abandonar su territorio.

Sin bien el grupo comparte una misma condición por ser **mujeres** y estar **desplazadas**, hay, igualmente, entre ellas diferencias culturales, étnicas (indígenas, afrocolombianas), de edad (niñas, jóvenes, adultas), procedencia (rural o urbana), ocupación o formación que no pueden desconocerse a la hora de asumir su atención. La categoría social del género en conjunción con cualquiera de las otras supone un grado mayor de vulnerabilidad en la medida que produce la ruptura y resquebrajamiento de la identidad.

De allí que la grave situación que afecta a todas y cada una de aquellas mujeres, justifique la contribución teórica que conlleve tanto a la realización de los derechos humanos —en especial de los derechos humanos de las mujeres, y en particular de los derechos humanos de las mujeres en situación de desplazamiento— como a las perspectivas diferenciales. Consideramos a los derechos humanos como primordiales para la atención adecuada y equitativa dentro del principio de igualdad, y contributivos a un cambio de posición en términos de acceso al reconocimiento como **sujetas femeninas de derechos y como sujetas políticas de derecho**.

2. Reflexiones iniciales sobre enfoque diferencial y de derechos humanos

La primera reflexión que circunscribe este estudio va orientada a comprender cómo construir lo público desde el reconocimiento y la realización

de derechos individuales y colectivos, en un ejercicio de bienestar general y en un escenario de **demo-diversidad**.⁽³⁾

Esto último en la inteligencia de que desconocer el enfoque de la demo-diversidad implicaría el riesgo de aceptar una lucha de subjetividades individuales, que consiste en la exaltación de un yo (muchos) que resulta determinante (s) y desconocedor (es) de los "otros", y alimenta posturas cuyo referente continuaría siendo el sujeto dominante y la lucha por ser igual o ser como él. Se negaría, de esta manera, la posibilidad de construir, siguiendo a De Souza, una **democracia de alta intensidad**,⁽⁴⁾ que reconoce la subjetividad de los diversos actores y actoras que componen una sociedad y establece un criterio de igualdad desde los derechos humanos; o, como lo expresa Facio,⁽⁵⁾ imposibilitaría romper con las dicotomías de nuestra manera de pensar el mundo en blanco o negro, racional o afectivo, bueno o malo, yo y lo "otro", desconociendo que las mujeres somos humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre.

De lo anterior se advierte la necesidad de realizar nuevos análisis para el sistema democrático basados en la diversidad, en un pacto colectivo de convivencia entre seres diversos pero con iguales derechos y no en una respuesta única y uniforme en su interpretación y desarrollo. En definitiva, con el enfoque de la demo-diversidad hacemos énfasis en la búsqueda de la dignidad humana para todas y todos.

Por otro lado, es importante anotar que en Colombia los diversos grupos que constituyen la ciudadanía —esto es, mujeres, pueblos originarios, pueblos afro-descendientes, etc.— fueron descubriendo, de la mano del reconocimiento de la integralidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos, que son sujetas y sujetos de derechos. Este descubrimiento, debido el conflictivo contexto nacional, implicó un proceso lento de autoafirmación y elevación de la autoestima, pero fue suficiente

(3) BOAVENTURA DE SOUSA DOS SANTOS explica el concepto de demo-diversidad como una alternativa al de democracia, desde donde se produce una participación diversa y renovada. Citado por ORTEGA GONZÁLEZ, D., "Notas para una epistemología política: acerca de renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social de Boaventura de Sousa Dos Santos". *Perfiles de la Cultura Cubana*, enero-abril, 2008.

(4) BOAVENTURA DE SOUZA, DOS SANTOS, Ponencia presentada en el Foro Social Mundial Temático, Cartagena de Indias, junio de 2003.

(5) FACIO MONTEJO, A., op. cit., p. 47 y ss.

como para poder comenzar a realizar acciones de autonomía y de exigibilidad del cumplimiento de los derechos. Así tuvo lugar una profunda transformación cultural, en lo personal y en lo colectivo, que entendió el alcance del derecho con respecto a otros grupos o personas; es decir, el significado de la participación y la negociación de demandas en lo público colectivo.

Sin embargo, el lugar de uno de aquellos grupos, el de las mujeres, se ha visto invisibilizado dentro de aquel proceso, por recibir la forma más fuerte de discriminación universal en la historia de la humanidad.

Las mujeres fueron consideradas como un anexo práctico y útil para el ejercicio de la autonomía y la libertad de **otros**, para que otros sean sujetos de derecho. En efecto, y como lo afirma Salamanca,⁽⁶⁾ el principio de la filosofía aristotélica se basa en que no todos los seres humanos están dotados de razón, legitimados y facultados para ejercer el poder en grado sumo; desde esa perspectiva, la única función que debía cumplir la mujer era la de educar a la infancia.

Esta interpretación ayuda para comprender que, en los albores de la concreción de la concepción occidental de los derechos humanos, se partió de la idea fundada en planteamientos teocráticos que consideraban el rol reproductivo como tarea fundamental de las mujeres al servicio de la humanidad, entendida ésta como masculina. Galvis lo describe con estas palabras, “la presencia de la mujer en la historia de la humanidad está impregnada de mitos y contradicciones. Como sujeto de derechos con vocación del ejercicio del poder, ella ha sido la gran ausente de los procesos políticos”.⁽⁷⁾

Ahora bien, aunque el acento cultural en el rol reproductivo sitúa a las mujeres en un indudable contexto de desventaja, discriminación, subordinación y necesidades insatisfechas, esta situación presenta también otra cara. La apropiación de espacios y recursos determina una capacidad instalada que, configurada en el contexto del desplazamiento forzado, es un marco de referencia y una oportunidad transformadora para su desarrollo como sujeta de derechos y como sujetas políticas; es decir, capaces de re-

(6) SALAMANCA, R. E., *Los derechos humanos de las mujeres en situación de desplazamiento*, Bogotá, Defensoría del Pueblo Colombia, 2004, p. 15.

(7) GALVIS ORTIZ, L., *Comprensión de los Derechos Humanos: Una visión para el siglo XXI*. Bogotá, Ediciones Aurora, 2003, p 165.

conocerse en sus particularidades y reivindicaciones específicas, y capaces de ser agentes sociales de las mismas.

Del anterior planteo surge la segunda reflexión en cuanto a si el desplazamiento, como situación crítica, puede conllevar un desafío hacia una transformación de género; en el sentido de que las crisis tienen, por lo general, esta doble condición de dificultad y oportunidad, y así deben enfrentarse. Esto implicaría, por tanto, ofrecer las condiciones para superar las dificultades que se presentan en la situación de desarraigo forzado y, al mismo tiempo, visualizar la oportunidad para lograr transformaciones sustantivas.

Si se observan las investigaciones que sobre la temática existen, puede apreciarse que el escenario de vida que tenían muchas de las mujeres antes del hecho violento que originó el abandono de sus lugares de orígenes, no les ofrecía unas condiciones de dignidad como sujetas de derecho; siendo aquel evento desgarrador —la migración involuntaria— el puntapié inicial para asumir un desafío que rompe con la cotidianidad de este grupo y que reta y obliga al Estado a implementar acciones que avancen en la construcción de ciudadanías plenas.

Ello se coteja con los mismos relatos de las mujeres que demuestran cómo la toma de decisiones modificaron sus modos de vida y sus formas de relación. A modo de ejemplo: “A nosotros nos tocó meternos en un charquito y él decía —no, no Mija vámonos de aquí—, y yo decía tranquilo váyase usted que yo me quedo; (...) yo le decía que saliéramos a vender algo en esos carritos, él me decía que yo no era capaz y yo le decía camine que yo sí lo soy”.⁽⁸⁾

Aquí se reconoce un proceso de quiebre de roles, trascendental para ahondar en el enfoque diferencial orientado a la realización de los derechos de las mujeres, así como para la construcción de su **ser femenino**; ser éste capaz de transformar las negaciones o las imposiciones de cargas por género/sexo, afrontar la discriminación y subordinación, y pasar de la dependencia a la autonomía. Es ese quiebre en la línea de continuidad culturalmente establecida el que impacta, les permite redimensionar y confrontar su rol permanente y su rol asumido temporalmente y convierte

(8) Testimonio dado por una mujer campesina en situación de desplazamiento asentada en una zona urbana. En: JIMÉNEZ OCAMPO, S., *Desplazados en la Ciudad: entre el exilio interno y la búsqueda de proyecto de vida*, Publicaciones Universidad de San Buenaventura, Serie Documentos N° 2, 2004, p. 69.

este espacio coyuntural en el momento estratégico para la generación de cambios políticos, sociales y económicos que contribuyen a transformar la condición y la posición de las mujeres en esa sociedad.

Con las reflexiones precedentes cierra este acápite mencionándose que si bien las mujeres se encuentran en un alto estado de vulnerabilidad dentro del conflicto armado, también es cierto que encuentran en ese escenario una capacidad de superación, de reconocimiento en sus derechos, de consolidación como lideresas de sus asociaciones, de interacción en el mundo de lo comunitario y de lo público, y de provocación cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social.

3. Desplazamiento forzado: afectación desde una perspectiva de género y de etnia

El conflicto armado en Colombia no sólo está considerado como uno de los más intensos en la historia de nuestro continente sino como uno de los más complejos a nivel internacional, dada su particular dinámica, causas y actores intervinientes de variada naturaleza.

Dentro del mismo, el fenómeno del desplazamiento forzado aparece como una de las violaciones que mayor problemática estructural trae en todo el territorio nacional, no sólo de índole humanitaria, sino económica, social, y cultural; constituyendo en sí mismo, a más de una tragedia humanitaria, una vulneración múltiple de los derechos humanos de todas aquellas personas y comunidades que lo padecen.

Según datos arrojados por la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Colombia se encuentra a nivel mundial dentro de los países mas afectados, juntamente con Sudán y Liberia. A finales del año 2006, ACNUR⁽⁹⁾ constató que el 8% del total de la población se encontraba en condición de desplazamiento interno (contando que éstas son sólo las cifras oficiales),⁽¹⁰⁾ que las comunidades más afectadas son las afrocolombianas e indígenas y que las mujeres, niñas y niños encabezan el mayor número de víctimas.

(9) Consulta realizada en junio de 2012 en el sitio oficial del ACNUR: www.acnur.org.

(10) La Corte Constitucional de Colombia también da cuenta de ello en su providencia de Auto 218/2006. Así, consideró que: "...es claro que existe una marcada discrepancia entre las dimensiones reales del fenómeno del desplazamiento interno y las cifras incluidas sobre el mismo en el Registro Único de Población Desplazada".

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia, en su conocida Sentencia SU-1150 de 2000,⁽¹¹⁾ reconoció que:

“(...) el desplazamiento forzado es un fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los/as colombianos/as obligados/as a migrar internamente (...) Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que le son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia”.

Asimismo, en la sentencia T-025 de 2004⁽¹²⁾ dicho tribunal declaró la existencia de un **estado de cosas inconstitucional**⁽¹³⁾ en relación al desplazamiento forzado en el país, y constató que uno de los grupos poblacionales más duramente afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales por este fenómeno es el de las mujeres en general, y particularmente las mujeres cabeza de familia, las mujeres en estado de embarazo, las mujeres lactantes, las mujeres adolescentes, las mujeres de la tercera edad, las mujeres pertenecientes a comunidades indígenas, las mujeres afrodescendientes, y las niñas. En palabras de la Corte la situación “constituye una de las manifestaciones más críticas [del fenómeno] (...) porque sus derechos están siendo vulnerados en forma sistemática, extendida y masiva a lo largo del territorio nacional”.

Traducido en datos numéricos, el 60% de la totalidad de la población desplazada lo constituyen las mujeres, quienes son, como lo refrenda el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW),⁽¹⁴⁾

(11) CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1150/00, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 30 de agosto de 2000, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 31/37.

(12) CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-025/04, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004.

(13) De acuerdo con la Corte se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando, por un lado, se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas, que pueden entonces recurrir a la acción de tutela (amparo) para obtener la defensa de sus derechos; y por otro lado, cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales. Ver SU-090/00, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, "Estado de cosas inconstitucional por la omisión en el pago de pensiones", 2 de febrero de 2000.

(14) Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º período de sesiones. CEDAW/C/1999/I/L. I/Add. 8.

las que sufren con mayor rigor el fenómeno de violencia generalizada en el territorio, y carecen de recursos para subsistir, en un contexto donde deben asumir solas responsabilidades tanto reproductivas como productivas hacia sus familias y comunidades, y donde el conflicto armado interno se constituye en un desafortunado escenario de afectaciones específicas sobre la vida, la libertad, la seguridad y, en general, sobre el goce y ejercicio pleno de sus derechos.

Por otro lado, el desplazamiento forzoso es una práctica devastadora que impacta de modo diferencial sobre ciertos grupos poblacionales desde una perspectiva étnica. En palabras del portavoz del ACNUR, William Spindler: "El desplazamiento forzado es una tragedia para quien sea que lo tiene que sufrir, pero en el caso de las comunidades indígenas es una tragedia mayor, porque conlleva en muchos casos la pérdida de la identidad cultural. Las comunidades indígenas, la cultura indígena, están arraigadas al territorio".

La pervivencia económica, social y cultural de estas comunidades depende de la fortaleza de los lazos con su tierra ancestral o su lugar de origen, el mantenimiento de su idioma, sus tradiciones, y su sentido de autonomía. Perder el territorio y la identidad y verse obligadas a moverse dentro de un contexto totalmente desconocido, como son las ciudades y zonas urbanas, amenaza la integridad del grupo y de cada integrante, tanto en las situaciones de reasentamiento como de retorno. En el primer caso, estas situaciones se ven opacadas por la discriminación y la múltiple estigmatización y, en el otro supuesto, la amenaza radica en la imposibilidad de regresar en condiciones de seguridad, voluntariedad y dignidad.

De conformidad con las estadísticas que maneja la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), dieciocho⁽¹⁵⁾ de los grupos indígenas más pequeños se encuentran en peligro de desaparecer, o en riesgo de extinción, debido a las consecuencias del desarraigo. Algunas cifras oficiales muestran que cada año, un promedio de entre 10.000 y 20.000 personas indígenas⁽¹⁶⁾ son registradas por las autoridades nacionales en condición de desplazadas, debiéndose sumar, a dichos números, la gran cantidad de quienes que-

(15) Conforme el último ajuste al Censo Poblacional adelantado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) en 1996.

(16) Conforme datos arrojados por el Informe presentado por la ACNUR en el marco de la campaña "Ponte en los Zapatos de los Refugiados", 2011. Asimismo el informe consigna que Colombia es el tercer país con mayor número de desplazamientos indígenas, después de Sudán e Iraq.

dan exentas del registro, ya sea por la lejanía de sus tierras, por no hablar el idioma español, o por desconocer el Sistema Único de Registro (SUR).⁽¹⁷⁾

En este punto también se manifestó la Corte Constitucional en Auto 251/07,⁽¹⁸⁾ en cuanto a la atención y protección de los pueblos indígenas en situación o riesgo de desplazamiento forzado, visibilizando la grave crisis humanitaria que atraviesan, la violación grave y sistemática de sus derechos constitucionales fundamentales, a más del flagelo que atraviesan por el abandono no voluntario que deben realizar de sus tierras para escapar de la violencia armada. Así, el tribunal en mención refiere a la tragedia que conlleva el desplazamiento interno como consecuencia de romperse, por parte de las comunidades indígenas, todo vínculo profundo con su territorio ancestral y vedada capacidad de supervivencia o de reconstrucción de sus vidas con dignidad.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana (CteIDH), lo explicitó en el emblemático fallo pronunciado en el asunto "Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingui vs. la República de Nicaragua",⁽¹⁹⁾ afirmando que, "(...) para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

El panorama cultural, al cual hace mención la Corte, se encuentra totalmente resquebrajado para aquellas comunidades indígenas que han sido alcanzadas por los desplazamientos que de manera involuntaria se obligaron a afrontar, y que las ha llevado a residir en nuevos asentamientos sin la mínima garantía, por parte del Estado, de que se preserve, entre otros derechos, su patrimonio cultural tanto material como inmaterial.

Una mirada general a la situación de los pueblos indígenas en Colombia, pone en evidencia la estrechez territorial a que están siendo sometidos,

(17) El Sistema Único de Registro de personas desplazadas, creado por el decreto 2569/2000, que reglamentó la ley 387 de 1997.

(18) Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Auto 251 de 24 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: Sentencia T-025 Protección de los pueblos indígenas desplazados o en riesgo de desplazamiento forzado.

(19) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingui vs. la República de Nicaragua", CteIDH, Series C no. 79, 31 de agosto de 2001.

debido a que sus lugares de residencia habitual han sido convertidos en los escenarios más agudos del conflicto. En esos territorios confluye la disputa territorial entre los diferentes actores armados, lo cual genera la pérdida de gobernabilidad, la restricción de acceso a los lugares sagrados, y la posibilidad de celebrar los rituales tradicionales que es lo que les asegura su supervivencia cultural y biológica.

Para las comunidades indígenas el desplazamiento tiene una característica común y es que en su mayoría se manifiesta a través de éxodos masivos de población: respuesta colectiva y resistencia civil y pacífica que implementan los pueblos indígenas colombianos frente al conflicto armado. Sin embargo, luego del desplazamiento, muchas de aquellas comunidades y parcialidades de la mayor parte de estos pueblos son confinadas en territorios rurales o urbanos adyacentes (algunos dentro del mismo territorio colombiano o de frontera, otros ubicados en territorios extranjeros),⁽²⁰⁾ lo cual suma a la problemática existente otra como el aumento de la presión demográfica y satura los ecosistemas, fomenta nodos epidémicos y fractura las formas de organización social, cultural, económica y política de la región entera. Esta asociación o complementariedad en las estrategias de reemplazamiento y control de los actores armados, sumada a la falta de políticas públicas encaminadas a suturar tales males, cobra cada día mayores dimensiones en la violación generalizada de derechos, tanto colectivos como individuales.

Siguiendo a Restrepo,⁽²¹⁾ históricamente la estrategia de control de estos pueblos se centró, dentro del conflicto social y armado, en la eliminación o sumisión de los grupos de poder de la comunidad. Así, conforme el sistema patriarcal, se buscaba dominar a los líderes, las autoridades tradicionales y los guías espirituales o chamanes; es decir, a sus actores sociales y políticos más visibles o comprometidos en las tareas de organización para las resistencias de sus pueblos; sin embargo, la profundización del terror en los últimos años, como parte de las tácticas de insurgencia y contrainsurgencia, generalizó la violencia abarcando a otros grupos de la población indígena, particularmente el de las mujeres.

(20) El caso ejemplar es el de las comunidades de la etnia Wayuu que habitan tradicionalmente en la Península del Departamento de la Guajira y que comparten —como pueblo— territorio tanto colombiano como venezolano. La mayoría de los y las indígenas se refugian en el Departamento de Zulia, perteneciente al Estado de Venezuela.

(21) RESTREPO, O. L., Ponencia al Seminario Internacional sobre Ciudadanía, Género y Conflicto en Pueblos Indígenas Fundación Hemera, Bogotá, 2004.

Esto se debió a que, entrado el siglo XX, la representación doméstica de la mujer cedió a la representación de una mujer involucrada en el desarrollo del conflicto interno en Colombia, transformándose principalmente el imaginario de la mujer indígena: desde dadora de vida y apolítica, a un ser resistente, no indefenso y potencialmente ofensivo.

A pesar de las grandes diferencias culturales entre etnias y sus distintos niveles de relación con la cultura y sociedad nacional mestiza, el reconocimiento constitucional de las personas indígenas como sujetos y sujetas de derechos y el avance en la propia percepción de sentirse y saberse sujetos y sujetas de derechos individuales y colectivos, ha venido replanteando los roles de las mujeres y su ejercicio de la ciudadanía en términos de mayor participación y acceso a los recursos del desarrollo, de capacidad para elegir y ser elegidas, de incidir en las decisiones que afectan su vida mediante su participación en la formulación, gestión y desarrollo de sus planes de vida, y en los procesos de consulta para la realización de megaproyectos en sus territorios. Hay un avance en su percepción de igualdad con los otros por el hecho de ser humanas, pero también de su diferencia por sexo y por la clara percepción de su etnicidad y el interés de mantener ésta como una alternativa de vida que las identifica como seres con unas particularidades culturales y proyecto de vida distintos.

En consonancia con ello, las mujeres indígenas en Colombia, vienen apareciendo no sólo como mediadoras o voceras ante los actores armados, para reivindicar su autonomía territorial y de gobierno, sino también como retadoras de sus políticas de dominio, como actoras sociales que reclaman el ejercicio de derechos y que exigen el respeto a sus formas de vivir. Ejemplos se encuentran en las diversas etnias Wiwa,⁽²²⁾ Nasa,⁽²³⁾ Chamíes,⁽²⁴⁾ Wayuu,⁽²⁵⁾ en las que las mujeres se destacan en el liderazgo

(22) Los Wiwas habitan la vertiente nororiental de la Sierra Nevada de Santa Marta. Su territorio comprende la zona del Departamento del Cesar al norte del municipio de Valledupar y la zona colindante del Departamento de La Guajira.

(23) Los Nasa poseen su territorio tradicional al sureste de Colombia en el Departamento del Cauca. Son uno de los grupos indígenas mejor organizados.

(24) Los Chamíes han seguido un patrón de poblamiento disperso, habitando en distintas comunidades andinas, en los Departamentos de Antioquia, Caldas, Risaralda, Quindío y Valle del Cauca.

(25) Los Wayuu se ubican en la península de la Guajira, en el Departamento que lleva el mismo nombre, y habitan territorios tanto del lado colombiano como venezolano (Estado de Zulia).

de los proyectos sociales y en el desarrollo del proyecto de vida, y se constituyen en piezas fundamentales en los procesos comunitarios dentro de sus distintos resguardos.

Asimismo, el protagonismo de las mujeres indígenas cobra suma importancia toda vez que, en el estadio actual del contexto armado, son ellas las que garantizan la reproducción física, social, cultural y hasta material de las etnias; por tanto si, dentro del plan de acción de las fuerzas armadas irregulares, se las aniquila o subsume, se aniquila la misma posibilidad de vida y supervivencia de sus comunidades. De esta forma aparece un doble juego estratégico, que, por un lado, se encamina a seguir debilitando tradicionalmente al componente masculino contrario a sus ideales políticos, tomando a las mujeres como botines de guerra y por el otro, se enseña directamente en una forma de castigo hacia ellas mismas por atreverse a ejercer su ciudadanía, por asumir un rol activo en la defensa de sus comunidades, por aumentar su participación social, por transformar sus roles tradicionales y saltar a la esfera de lo social comunitario. Así, aquellos incurren en una ginopia, por su imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de las mujeres.

Cada vez más las mujeres indígenas forman parte de comités, organizaciones, grupos; asumen puestos políticos, y se les "reconoce" su capacidad para administrar y organizar con criterio comunitario y de transparencia los recursos de sus comunidades. Ante la crisis de ciertos liderazgos masculinos, cuestionados por visiones individualistas y, en no pocos casos, por prácticas corruptas, surge un liderazgo femenino que cuestiona la tradicional prerrogativa de género que han tenido los hombres en este campo, —y que ha sido promovida entre otras cosas, por las organizaciones indígenas, masculinizadas y jerárquicas—.

Ello demuestra que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres, no se debe a que "por naturaleza" es inferior, ni tampoco a que ha tenido menos oportunidades o menos educación —aunque esas carencias contribuyen a su subordinación—, sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector subordinadas a los hombres de sus propios pueblos, y relativamente, a todos los otros hombres. Con esto afirmamos que el análisis de género que se quiera hacer desde la perspectiva de las mujeres, debe entenderse tomando en cuenta las estructuras de género y el análisis del poder.

No ha sido nada fácil llevar adelante aquel proceso, al cual se le ha ido sumando, por parte de los actores armados, un sin número de sofisticados mecanismos de persuasión y control psicológico, en aras de debilitar, desestabilizar y someter todo “levantamiento de poder”. La lidereza caucana del Pueblo Nasa, Alicia Chocué,⁽²⁶⁾ claramente pone en palabras este panorama afirmando que “para una mujer indígena en un cargo de poder, la ya pesada responsabilidad de gobernar es doble. De hecho acceder a un cargo público en cualquier parte de Colombia, pero especialmente como lidereza indígena, significa ponerse, y a la familia, bajo las miras de los grupos armados —y todavía más en el campo—”.

Para comprender la complejidad de esta opresión, no debemos contentarnos con sumar estas distintas formas de opresión (discriminación por pertenecer a un sexo y por pertenecer a una etnia determinados). Como lo explica Facio,⁽²⁷⁾ una mujer no sólo sufre por ser mujer y pertenecer, para el caso, a la etnia Nasa, sino que es oprimida por ser mujer indígena, o en su ejemplo, por ser mujer negra; que no es lo mismo que ser mujer occidental/blanca pobre y que es distinto de ser hombre indígena o negro. En estos últimos ejemplos, si bien los hombres podrán sufrir discriminaciones según su etnia o clase, no lo serán a causa de su sexo. Por tanto, el género es atravesado por otras variables dándose contenido y significado mutuamente.

Nótese que al grupo de mujeres indígenas aparece la variable de **campesinas**, lo cual apareja una mención diferenciada en el punto de quiebre entre una vida (anterior al desplazamiento) y otra (reasantamiento). Así, son muchos los testimonios de mujeres indígenas que visibilizan los diferentes niveles de complejidad y que dan cuenta del impacto diferenciado tratándose de quienes entran o no en esa categoría.

En un estudio realizado por el Centro de Investigación en Desarrollo Humano (CIDHUM)⁽²⁸⁾ de la Universidad del Norte, Barranquilla, se verifica que el desplazamiento forzado impacta de manera distinta según la pro-

(26) ALICIA CHOCUÉ fue Gobernadora del Resguardo Nasa de Pueblo Nuevo para el período 2003-2004.

(27) FACIO MONTEJO, A., op. cit., p. 50.

(28) Realizado conjuntamente con GIDES, de la Universidad de San Buenaventura, Cartagena; y COLCIENCIAS, y llamado “La dinámica de la construcción de identidad social de un asentamiento de desplazados por violencia política en la perspectiva de su restablecimiento urbano”, Código 1215-10-12502.

cedencia de los ingresos que se tenía en el lugar habitual de residencia; de esta manera, las mujeres indígenas y campesinas dedicadas a tareas de cultivo aluden a la falta de disponibilidad inmediata de recursos para satisfacer sus necesidades alimentarias, hecho que, por contraposición, destaca la impotencia y heterodependencia para resolver algo que antes no era parte de las preocupaciones cotidianas. Por su parte, las mujeres indígenas y campesinas cuya base de sobrevivencia era la extracción de cultivos, dan cuenta del bienestar perdido dado por la limitación de la autonomía económica, hecho que ponderan como el más significativo; así, se considera que la mayor restricción no reside en las dificultades en el acceso directo (a la mano) de la alimentación básica, sino que consiste en la privación sobre los medios y los ambientes que permiten generar dicha capacidad alimentaria.

Por otro lado, el mismo estudio refleja que las mujeres indígenas y campesinas que tenían acceso a los medios de producción y a la tierra en condición de propietarias, lo que les permitía diversificar el tipo de actividades económicas productivas, destacan como pérdida más significativa la propiedad sobre dichos medios. Y, por último, las que se dedicaban sólo al comercio formal o informal, rememoran las condiciones de bienestar y organización.

En síntesis, la movilización y el destierro posterior al acto de desplazamiento, obliga a las mujeres indígenas campesinas a romper con lo que Suárez denomina "entornos de significado". Esta categoría es usada por este autor para comprender el análisis del proceso cultural en las relaciones sociales:

"en el espacio social se entrecruzan distintos entornos de significado, que son compartidos por personas, grupos y sectores. Los entornos de significado común tienen como soporte constitutivo las subjetividades, los lugares, los discursos y las prácticas, (...) las relaciones sociales intersubjetivas y los contextos o hábitats en los que suceden y aquellos que son producto de dichas relaciones (...); en el caso de las culturas territoriales la relación entre vida cotidiana y espacio local es absoluta, en donde priman las relaciones cara a cara, las relaciones de mayor encuentro y proximidad".⁽²⁹⁾

(29) SUÁREZ, H., Extracto de la ponencia denominada "Violencia, Guerra y Desplazamiento. El Trasfondo Cultural del Destierro", presentada en el Segundo Congreso Internacional sobre Desplazamiento Forzado, CODHES, Bogotá, 2002.

De allí, que aquellas mujeres pierdan en mayor medida, por su condición de desplazadas, toda relación productiva entre su vida cotidiana y el espacio, ya que los mecanismos y espacios de comunicación se desfiguran por la incorporación abrupta de un gran número de nuevos códigos de interacción, distantes con los referentes de su patrimonio cultural material e inmaterial.

Si bien la guerra ha presionado a las mujeres a asumir nuevos roles dentro y fuera de sus comunidades, lo que ha redundado en un factor importante de cambio cultural y de las relaciones de género en las comunidades; también la representación y significación del ser mujer ha sufrido modificaciones merced a sus relaciones con la dinámica de los movimientos reivindicatorios de los derechos de aquéllas en todos los países del mundo, y del papel esencial que ejercen como formadoras y constructoras de la paz. Así lo señaló la mencionada liderazgo indígena caucana:

“Han pasado 500 años y más, de atropellos, usurpaciones y humillaciones, pero hemos batallado y resistido; de esta forma sobrevivimos y lo seguiremos haciendo. Como mujeres, hemos estado en medio de la guerra, y en muchas ocasiones hemos entrado a dialogar con los grupos armados que violentan nuestros territorios. Somos las voces (...); somos la fuerza de nuestras comunidades para seguir adelante y estaremos al lado de nuestros pueblos al momento de luchar contra la barbarie y continuaremos resistiendo a la destrucción y a la muerte que traen todos aquellos que quieren someternos y vincularnos a sus proyectos de guerra”.⁽³⁰⁾

4. Algunas observaciones finales

En el marco del Estado democrático y social de derecho, se opta por la transformación de las mujeres en sujetas de derecho y se encuentran los caminos para el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, introduciéndose los elementos o variables que modifican el curso cultural; es decir, se generan las acciones de impacto, tanto inmediatas como estratégicas, para la realización de los derechos de las mujeres, en

(30) CHOQUE, A., *Periódico Actualidad Étnica. Marchas Indígenas del Cauca*, 2004. Ver texto en: www.etniasdecolombia.org.

vez de seguir sosteniendo una atención remedial y perpetuadora de la dependencia y parte fundamental de las relaciones de dominación.

Ello implica el plantear desde el Estado una mirada estratégica, que comprenda una política pública integral, a través del desarrollo de acciones afirmativas para modificar la situación de discriminación histórica, violencia y pobreza, y para responder a la situación presente de manera responsable y sostenible, orientada no sólo a la etapa de conflicto sino pensada para el escenario de post conflicto.

Particularmente, uno de los principales problemas en el diseño y ejecución de la política estatal sobre atención integral a la población desplazada, es la ausencia de un enfoque específico con relación a mujeres en situación o riesgo de desplazamiento forzado interno, que permita identificar y proveer sus necesidades apremiantes, derivadas de su género, etnia, edad, oficio o profesión. Es imperiosa, en este sentido, la incorporación de la transversalidad de género o *mainstreaming* en cuanto a la aplicación sistemática de acciones orientadas a lograr la igualdad de género en los análisis, políticas, y elaboración de planes, programas y prácticas institucionales. No basta con la presencia de las mujeres en los proyectos sino que debe pensarse la política pública en términos que asegure recursos y mecanismos para facilitar la participación de aquéllas en la toma de decisiones e incorpore la perspectiva de género en todas las acciones.

Por otro lado, y desde el enfoque diferencial, se reflexiona sobre la grave situación que padecen las mujeres indígenas por el aumento de la discriminación de género y la violación de derechos, resaltando cómo en momentos de crisis y conflicto, si bien aumentan las dificultades y limitaciones para el ejercicio de aquéllos, también se desencadena la conciencia de asumirse como sujetas de derechos, en reconocimiento que los conflictos armados han sido históricamente procesos de acción colectiva —desencadenantes indirectos o directos de modificaciones en las relaciones de ciudadanía—, y que el avance en su condición y posición con respecto a sus organizaciones y comunidades se debió al debate sobre la pertinencia de usar el género como una categoría cognitiva adecuada a la situación cultural particular.

Ese quiebre de roles, del cual se da cuenta a lo largo de este trabajo, debe ir acompañado del cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado, en un doble sentido: normativo y de planeación de acciones concretas

con enfoque de género y perspectiva de derechos humanos. Esta perspectiva centrada en los derechos humanos debe, además, contemplar el concepto de nivel adecuado de vida y vida digna, como así también los indicadores de realización que partan de criterios de mínimo vital y de los estándares básicos internacionales. Asimismo, se debe dejar de lado toda política mediática de asistencia de emergencia encaminada a que las mujeres en situación de desplazamiento se adapten a dicha situación, lo cual implicaría indudablemente mantener una sobrecarga de trabajo asumida, en función del *statu quo*.

De esta manera el reto principal es transformar el sistema inicial de valores de quienes participan en la definición, agencia y puesta en marcha de la política pública, hasta alcanzar, en una búsqueda constante, un equilibrio que compense todas las diferencias.



BIBLIOGRAFÍA



- AAVV, “El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y La Corte Suprema. Convergencias y divergencias”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III, Fascículo 9, 29 de agosto de 2007.
- AAVV, “La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales”, en Susana Albanese (coord.), *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales*, Buenos Aires, Ediar, 2011.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CRISTIAN, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf
- ADAMS, BRAD, en *New York Times*, 31/05/2012, ver texto en http://www.nytimes.com/2012/06/01/opinion/10000-days-of-hun-sen.html?_r=2
- AGUELO NAVARRO, PASCUAL y CHUECA SANCHO, ÁNGEL, *El derecho de voto de los extranjeros en España en perspectiva europea*, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, 19, Barcelona, Julio de 2009.
- ACUIRRE, ORLANDO; MERA, GABRIELA y NEJAMIKS, LUCILA, “Migrantes y Ciudadanos. Avances y Contradicciones en el MERCOSUR”, en *X Jornadas Argentinas de Estudios de Población*, San Fernando del Valle de Catamarca, Argentina, 4 al 6 de noviembre de 2009.
- AKHAVAN, PAYAM, “Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia?”, en *Human Rights Quarterly*, n° 4, vol. 20, 1998.
- ALBANESE, S., *Derechos Humanos. Estudio de casos y Opiniones Consultivas*, Bs. As., Editorial de Belgrano, Prólogo Germán J. Bidart Campos, 1997, tomos I y II.
- ALBANESE, S., “Dos recientes sentencias de la CIDH y el control de convencionalidad” *Jurisprudencia Argentina*, 29 de diciembre de 2010b.
- ALBANESE, S., “El control de convencionalidad”, en *Garantías Judiciales*, 2da edición actualizada, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- ALBANESE, S. “Reglamentar no es restringir”, *Jurisprudencia Argentina*, 4 de abril de 2012.
- ALBANESE, S.; DALLA VIA, A.; GARGARELLA, R.; HERNÁNDEZ, A. y SABSAY, D., “El sistema regional americano de Derechos Humanos”, en *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ed. Universidad, Prólogo de Giuseppe de Vergottini, 2004.
- ALLOCATI, AMADEO, “Derecho del Trabajo, Derecho Individual y Derecho colectivo. Sus caracteres”, en *Derecho Colectivo Laboral Asociaciones Profesionales y Convenios Colectivos*, Bs. As., Depalma, 1973.

- ALMEIDA DELGADO, GIANCARLO, “El ignorado delito de desacato”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, n° 14, 2001, Tomo II.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, AURELIA, “Concepto de extranjero. Ámbito de aplicación del Derecho de extranjería. Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea”, en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, Octubre 2010- Septiembre 2011, Módulo II, Unidad 1.
- ÁLVAREZ VALDÉS, RODRIGO, “UNASUR: Desde la perspectiva subregional a la regional”, Serie Documentos Electrónicos n° 6, FLACSO, Programa Seguridad y Ciudadanía, Chile, Octubre 2009.
- ANDEBENG ALINGUÉ, MADELEINE, “Migración: doble conciencia y construcción de la cultura global”, en *Migraciones Internacionales: un mundo en movimiento. Bondades y retos de las migraciones*, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ANDERSON, BRIDGET; GIBNEY, MATTHEW y PAOLETTI, EMANUELA, “Citizenship, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, 15: 5, agosto 2011.
- AÑÓN, MARÍA J., “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 6, Valencia, 2002.
- ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Legis, 2005.
- ARISTÓTELES, *La Política*, Madrid, Gredos, 1988, Libro 1, Cap. 5.
- ASA, PABLO y CERIANI CERNADAS, PABLO, “Los acuerdos del Mercosur y la nueva ley de migraciones en Argentina”, en *Revista Beyond Law*, n° 28, Bogotá, 2005.
- ASCOLANI, ADRIÁN, *El sindicalismo rural en la Argentina. De la resistencia clasista a la comunidad organizada (1928 – 1952)*, Bernal, Universidad de Nacional de Quilmes, 2009.
- AUKERMAN, MIRIAM J., “Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice”, en *Harvard Human Rights Journal*, 2002, vol. 15.
- BALIBAR, ÉTIENNE, “Europe as Borderland”, en *Environment and Planning D: Society and Space*, 2009, vol. 27.
- BALIBAR, ÉTIENNE, *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?*, Madrid, Tecnos, 2003.
- BALIBAR, ÉTIENNE, “Outlines of a Topography of Cruelty: Citizenship and Civility in the Era of Global Violence”, en *Constellations*, n° 1, 2001, vol. 8.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1982.
- BARBAGELATA, HÉCTOR H., *Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, T. III.
- BARBAGELATA, HÉCTOR H., *Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, T. I, vol. I.
- BARBAGELATA, HÉCTOR H., *Derecho del Trabajo*, 2da. ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, T. I, vol. II.
- BARRETO GHIONE, HUGO, “Cambio político y Relaciones Laborales”, en Juan Raso Delgue et aliter, *Las nuevas relaciones laborales en Uruguay*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010.

- BECKER, ELIZABETH, *When the War Was Over*, Nueva York, Simon and Schuster, 1986.
- BESTAGNO, FRANCESCO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milán, Vita e Pensiero, 2003.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Casos de Derechos Humanos*, Bs. As., Ediar, 1997.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La valoración en el proceso interpretativo”, en *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Bs. As., Ediar, 1994.
- BILSKY, EDGARDO, *La Semana Trágica*, Bs. As., Ed. R y R, 2011.
- BINDING, K. y HOCHÉ, A., *Die Freigabe der Verzichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.
- BOWEN, D., “Aborto, Islam y la Conferencia sobre Población de El Cairo de 1994”, en *International Journal of Middle East Studies*, n.º 2, Mayo, 1997, vol. 29.
- BRION DAVIS, DAVID V., *O problema da escravidão na cultura ocidental*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.
- BROOMHALL, BRUCE, *International Justice and the International Criminal Court: between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- BROWN, ANDREW S., “Adiós amnesty: prosecutorial discretion and military trials in Argentina”, en *Texas International Law Journal*, Winter, 2002, vol. 37.
- BUCHENHORST, RALPH, “Moral y política: Eichmann, el antisemitismo y la banalidad del mal”, trabajo presentado en el Coloquio Internacional a 100 años del nacimiento de Hannah Arendt, Bs. As., Argentina, 9 de septiembre de 2006.
- BUERGENTHAL, THOMAS, “Truth Commissions: Between Impunity And Prosecution”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, issue 2, 2007, vol. 38.
- CAMARA, F.K., “El Código de Familia de Senegal o de la utilización de la religión como una coartada a la legalización de la inequidad de género”, en *Género, inequidad y religión*, Actas del primer coloquio inter-racial del programa temático Aspectos del Estado de Derecho y Democracia, París, Edición de Archivos contemporáneos – AUF, 2007.
- CAMARA, F. K., “Los nuevos desafíos de la codificación en Senegal: armonización y accesibilidad – el caso del Derecho Penal”, en *Derecho Senegalés*, n.º8, Noviembre de 2009.
- CARÁMBULA PAREJA, MATÍAS, *Tiempos de ausencia. Movilidad espacial y precariedad laboral en los trabajadores rurales temporales: El caso de los esquiladores de Villa Sara*, Montevideo, Departamento de Ciencias Sociales, Facultad de Agronomía, CISC, Letraeñe Ediciones, 2009.
- CARDESA SALZMANN, ANTONIO, “El desarrollo de una libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas”, presentado en el Seminario “La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados”, Madrid, Universidad Carlos III, 28 al 29 de septiembre de 2011.
- CARRINGTON, KERRY y HOGG, RUSSELL (eds.), *Critical Criminology. Issues, debates, Challenges*, Devon, Willan Publishing, 2002.
- CASALÁS, CARLOS, “El derecho a la limitación de la jornada de los trabajadores rurales (Análisis de la ley N.º 18.441)”, en *Revista de Derecho Laboral*, n.º 233, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Enero-Marzo 2009, T. LII.

- CASSESE, ANTONIO, “*Ripensare i diritti umani: quali prospettive per il nuovo secolo?*”, en Philip Alston y Antonio Cassese, *Ripensare i diritti umani nel XXI secolo*, Torino, Ega, 2003.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) y FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (FIDH), *Argentina: Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos*, Bs. As., abril de 2011.
- CERIANI CERNADAS, PABLO, “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: comentarios críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.
- CERIANI CERNADAS, PABLO, “Luces y Sombras en las legislación migratoria latinoamericana”, en *Revista Nueva Sociedad*, n° 233, Mayo-Junio 2011.
- CERIANI CERNADAS, PABLO, “Un enfoque de derechos humanos a los derechos políticos de migrantes en España: la ilegitimidad del principio de reciprocidad”, en J. De Lucas y Ángeles Solanes (coords.), *Derechos Humanos e Integración Política de los Inmigrantes*, Madrid, Dykinson, 2009b.
- CHAMBERLAIN, HOUSTON S., *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München, F. Bruckmann, 1938.
- CHANDLER, DAVID, *A History of Cambodia*, 4ta. ed. en inglés, Colorado, Westview Press, 2007.
- CHANDLER, DAVID, *A Political Biography of Pol Pot*, Colorado, Westview Press, 1982.
- CHANDLER, DAVID ET AL., *Pol Pot Plans the Future: Confidential Leadership Documents from Democratic Kampuchea, 1976-1977*, Yale, Yale Southeast Asia Studies Monograph Series, 1998.
- CHANRITHY, HIM, *When Broken Glass Floats: Growing Up Under the Khmer Rouge*, New York, WW Norton and Company, 2001.
- CHOCUÉ, A., *Periódico Actualidad Étnica. Marchas Indígenas del Cauca*, 2004. Ver texto en: www.etniasdecolombia.org
- CHUECA SANCHO, ÁNGEL, “El derecho migratorio europeo (IV)”, en Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería, Octubre 2010- Septiembre 2011, Mód. I, Unidad 15.
- CHUECA SANCHO, ÁNGEL, “La ciudadanía de la Unión Europea. Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería, Octubre 2010 - Septiembre 2011, Mód. I, Unidad 11.
- CHUECA SANCHO, ÁNGEL, “Libre circulación de personas en Sudamérica: una aproximación”, en *Revista Electrónica Iberoamericana*, n° 1, Centro de Estudios de Iberoamérica, 2008, vol. 2.
- CHUECA SANCHO, ÁNGEL, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2da. ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1999.
- CIARNELLO, MAITE; BARRIOS, MARCELA y MOREIRA, BOLÍVAR, “Una experiencia de Diálogo Social en el medio rural: la convocatoria al Consejo Tripartito Rural”, en *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, n°157, Boletín Conterfor/OIT, Uruguay, Segunda Época, 2006, ver texto en <http://temp.oitcinterfor.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/157/pdf/ciarnel.pdf>
- CLOWARD RICHARD A. y OHLIN, LLOYD E., *Delinquency and Opportunity. A Theory of Delinquent Gangs*, Nueva York, Free Press, 1966.
- COHEN, ALBERT K., *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, Nueva York, Free Press, 1971.

- COHEN, JEAN, "Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos", en *International Sociology*, n° 245, 1999, vol. 14.
- COHEN, STANLEY, "Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado", en *Nueva Doctrina Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, tomo 1997/B.
- COHEN, STANLEY, *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, 1ra. ed., Bs. As., Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As., 2005.
- COHEN, STANLEY, "Human Rights and crimes of the State: the culture of denial", en *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1993.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, "Declaración del señor Jakob Kellenberger Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja", 60° período de sesiones, 17/03/2004.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado", 1, Directiva 2005/85/CE, en *Diario Oficial*, n° L 326, 13/12/2005.
- CORTI VARELA, JUSTO, "La libre circulación de personas 'en' el MERCOSUR: evolución", presentado en el Seminario "La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados", Madrid, 28 al 29 de septiembre de 2011.
- CRYER, ROBERT; FRIMAN, HÅKAN; ROBINSON DARRYL Y WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- CUSACK, S. y COOK, R., "Estereotipo de la Mujer en el Sector de la Salud: Lecciones de la CEDAW", 16 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 47, 2009-2010.
- DAL LAGO, ALESSANDRO, "Personas y No-Personas", en H. Silveira Gorski (ed.), *Identidades Comunitarias y Democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- D'ELÍA, GERMÁN Y MIRALDI, ARMANDO, *Historia del movimiento obrero en el Uruguay. Desde sus orígenes hasta 1930*, Montevideo, Ed. de Banda Oriental, 1984.
- DE GOBINEAU, ARTHUR, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, París, Éditions Pierre Belfond, 1967.
- DE LUCAS, JAVIER, "Ciudadanía: La jaula de hierro para la integración de los inmigrantes", en G. Aubarell y R. Zapata, *Inmigración y procesos de cambio*, Barcelona, 2004.
- DE LUCAS, JAVIER, "Globalización, Migración y Derechos Humanos. La inmigración como res política", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 10, Valencia, 2003.
- DE LUCAS, JAVIER, "La lógica jurídica de las políticas de inmigración y asilo en tiempos de crisis", en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, Octubre 2010 - Septiembre 2011, Mód. Introductorio, Unidad 3.2.
- DEL PONTE, CARLA, "Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility", en *Journal of International Criminal Justice*, n° 2, 2004, vol. 2.
- "Dossier sobre el Aborto", en *Revista L'Enquete*, n° 279, 12 y 13 de mayo de 2012.
- DUGARD, JOHN, "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International*

- Criminal Court: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol. I.
- DUTRA, RUBÉN, “Los trabajadores olvidados”, en *Semanario Brecha*, Uruguay, 26 de abril de 2008.
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, “Derechos Humanos Laborales en el Derecho Positivo Uruguayo”, en <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/contenido/distancia/integracion/modulo-2-ddhh-y-bloque-de-constitucionalidad.pdf>
- ERMIDA URIARTE, OSCAR, “La Declaración socio laboral del MERCOSUR y su eficacia jurídica”, en *Notisur, Revista de la cultura del trabajo*, año 26, n° 68-69, Enero - Junio 2002.
- EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES, *Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*, octubre 2010.
- FACIO MONTEJO, ALDA, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 3ª ed., San José de Costa Rica, ILANUD, 1999.
- FALL, ISMAICA M., *Evolución constitucional de Senegal, De la Independencia a las elecciones presidenciales de 2007*, Colección de Credila, XXII, Credila / Crespos, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2001, ver texto en http://www.procesall-catedra2.com.ar/sites/procesall-catedra2.com.ar/files/31_derechos_fundamentales.pdf
- FERRAJOLI, LUIGI, “Notas críticas y auto-críticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón”, en *Revista Más Derecho*, año 2, n° 2, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2001.
- GALVIS ORTIZ, L., *Comprensión de los Derechos Humanos: Una visión para el siglo XXI*. Bogotá, Ediciones Aurora, 2003.
- GAROFALO, R., *Criminología*, 2ª ed. italiana, Torino, 1891.
- GARRETÓN, MANUEL A., “Los derechos humanos en los procesos de democratización”, en Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (coords.), *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1996.
- GIANELLI DUBLANC, LAURA, “El debate sobre los derechos humanos y las políticas migratorias en los foros latinoamericanos”, en P. Ceriani Cernadas y Ricardo Fava (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Lanús, Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2009.
- GIUSTINIANI, RUBÉN (comp.), *Migración: Un derecho humano*, Bs. As., Ed. Prometeo, 2004.
- GOLDSTONE, RICHARD J., “Justice as a tool for peace-making: truth commissions and international criminal tribunals”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Spring, 1996, vol. 28.
- GONZÁLEZ SIERRA, YAMANDÚ, *Los olvidados de la tierra. Vida, organización y lucha de los sindicatos rurales*, Montevideo, Editorial Nordan – Comunidad, 1994.
- GRISPIGNI, FILIPPO y MEZGER, EDMONDO, *La riforma penale nacionalsocialista*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1942.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997.
- HARRIS, DAVID; O’BOYLE, MICHAEL y WARBRICK, COLIN, *Law of the European Convention on*

- Human Rights*, 2da. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- HAYNER, PRISCILLA B., “Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study”, en *Human Rights Quarterly*, n° 4, 1994, vol. 16.
- HAZAN, PIERRE, “Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice”, en *International Revue of the Red Cross*, n° 861, 2006, vol. 88.
- HEDER, STEPHEN, *A Review of the Negotiations Leading to the Establishment of the Personal Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Londres/París, agosto de 2011, ver texto en <http://www.cambodiatribunal.org/blog/2011/08/review-negotiations-leading-establishment-personal-jurisdiction-extraordinary-chambers>
- INCIARDI, JAMES A. (ed.), *Radical Criminology. The Coming Crises*, London, Sage, 1980.
- JACOB, RAÚL, *Benito Nardone. El Ruralismo hacia el poder (1945 - 1958)*, Temas del Siglo XX, Montevideo, Ed. Banda Oriental, 1981.
- JELIN, ELIZABETH, *¿CÓMO CONSTRUIR ciudadanía? Una visión desde abajo*, Amsterdam. CEDLA, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, en Torres Chávez, Efraín, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*. Editorial Universitaria, 1974, Tomo I.
- JIMÉNEZ OCAMPO, S., *Desplazados en la Ciudad: entre el exilio interno y la búsqueda de proyecto de vida*, Publicaciones Universidad de San Buenaventura, Serie Documentos n° 2, 2004.
- JOFFÉ, ROLAND, ‘The Killing Fields’, película multipremiada, estrenada en 1984.
- JONES, MARTIN, “Refugee Status Determination: three Challenges”, en *Forced Migration Review*, abril 2009.
- KALLWASS, WOLFGANG, *Der Psychopat, Kriminologische und strafrechtliche Probleme (mit einer vergleichenden Untersuchung des Entwurfs 1962 und des Alternativ-Entwurfs)*, Berlin, 1969.
- KIERNAN, BEN, *How Pol Pot Came to Power: A History of Communism in Kampuchea: 130-1975*, Londres, Verso, 1985.
- KIERNAN, BEN, *El Régimen de Pol Pot. Raza, poder y genocidio en Camboya bajo el régimen de los Jemeres Rojos, 1975-1979*, Bs. As., Prometeo Libros, 2010.
- KOBELINSKY, CAROLINA, “En Argentina, la lucha es mostrar que la discriminación existe. Relato de Nengumbi Celestín Sukama”, en Corina Courtis y María Inés Pavecceca (comps.), *Discriminaciones étnicas y nacionales: un diagnóstico participativo*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2011.
- KOK, RUTH A., *Statutory limitations in international criminal law*, The Hague, TMC Asser Press, 2007.
- KRITZ, NEIL J., “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n°4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, Duke University School of Law, 1996.
- LARRAURI, ELENA, *La herencia de la criminología crítica*, 2da ed. México, Siglo XXI, 1992.
- LAPLANCHE V. J. y PONTALIS, J. B., *Vocabulaire de la Psychanalyse*, 2da. Edición, París, Presses Universitaires de France, 1968.
- LAUCCI, CYRIL, “Juger et faire juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire. Réflexions sur la mission des Tribunaux pénaux internationaux et les moyens de

- l'accomplir*", en *Internacional Revue of the Red Cross*, n° 842, 2001, vol. 83.
- LEE, ROY S., "The Rome Conference and Its Contributions to International Law", en Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- LEIBNER, GUSTAVO, *Camaradas y Compañeros. Una historia política y social de los comunistas del Uruguay*, Montevideo, Trilce, 2011, T. I (La era Gómez 1947-1955) y II (La era Arismendi 1955-1973).
- LETTIERI, MARTÍN, "Procedimiento de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba" en Martín Lettieri (ed.), op. cit.
- LÓPEZ-JACOISTE, EUGENIA, "Marco jurídico de la libre circulación de personas en la Unión Europea", presentado en el Seminario "La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados", Madrid, 28 al 29 de septiembre de 2011.
- LÓPEZ PULEIO y MARÍA F., *Asistencia legal y Defensa pública, Documento de fundamentación*, VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos.
- MAAS, WILLEM, "Migrants, states, and EU citizenship's unfulfilled promise", en *Citizenship Studies*, n° 6, Diciembre 2008, vol. 12.
- MACLAUGHLIN, EUGENE; MUNCIE, JOHN; HUGHES, GORDON (eds.), *Criminological Perspectives. Essential Readings*, Londres, Sage Publications Ltd/ The Open University, 2005.
- MALM GREEN, LUCAS, "Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur", en *Hologramática*, Facultad de Ciencias Sociales UNLZ, año V, n° 8, 2008, vol. 2.
- MANSILLA DECESARI, CRISTINA, "Estudio sobre la negociación colectiva en el Uruguay", en *Boletín del Espacio de Trabajo Códigos y Claves*, año I, n° 1, 2007.
- MANTERO ÁLVAREZ, RICARDO, *Historia del movimiento sindical uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria – Asociación de Empleados Bancarios del Uruguay, 2003.
- MANTERO DE SAN VICENTE, OSVALDO, *La limitación de la jornada de trabajo de los trabajadores rurales y de otros trabajadores no expresamente incluidos en las leyes sobre limitación de la jornada. Un estudio sobre la vigencia de los Derechos Humanos Fundamentales en el Derecho Laboral Uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- MANTERO DE SAN VICENTE, OSVALDO, "Primeras consideraciones sobre la aplicación del régimen de Consejos de Salarios a los trabajadores rurales", en *XVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- MASCHERONI LAPORT, PAOLA, *Democracia y ciudadanía en el campo: los primeros Consejos de Salarios Rurales en Uruguay*, Montevideo, Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, 2011.
- MAYER-RIECKH, ALEXANDER y DE GREIFF PABLO (eds.), *Justice as Prevention – Vetting Public Employees in Transitional Societies*, New York, Social Research Council, 2007.
- MCÁULIFFE DE GUZMAN, MARGARET, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", en *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, 2000, vol. 22.
- MCCEARNEY, JAMES, *Maurras et son temps*, París, Albin Michel, 1977.

- MÉNDEZ, JUAN E., “Accountability for Past Abuses”, en *Human Rights Quarterly*, 1997, vol. 19.
- MENDOS, LUCAS R. y MUÑOZ, ROSARIO, “Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino” en Sebastián A. Rey (coord.), *Problemas de Derechos Humanos*, n°1, Eudeba, 2012.
- MERENSON, SILVINA, “Las marchas de la Unión de Trabajadores Azucareros de Artigas. La producción ritual de una formación discursiva”, en <http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/templates/shs/archivos/anuario2009/Merenson.pdf>
- MERON, THEODOR, “From Nuremberg to the Hague”, en *Military Law Review*, n° 149, 1995.
- MEZZADRA, SANDRO, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005.
- MONGE, FEDERICO, “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados” en Martín Lettieri (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Bs. As., UNLa, 2012.
- MONDOL, LENIN Y ZURBRIGGEN, CRISTINA (coords), *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el Mercosur*, Montevideo, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2010.
- MORRIS, MADELINE H., “International Guidelines against Impunity: Facilitating Accountability”, en *Law and Contemporary Problems*, n° 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, Duke University School of Law, 1996.
- MORRISON, WAYNE en *Criminology, Civilization and the New World Order*, Oxon, Routledge-Cavendish, 2006.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Valencia, 2003.
- MYRDAL, GUNNAR, *Value in social theory. A selection of essays on methodology*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1958.
- NIKKEN, P., “La función consultiva de la CIDH”, en *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- NINO, CARLOS S., “¿Qué es la Democracia?”, en Nino, Carlos S., *Derecho Moral y Política. II. Fundamentos del Liberalismo Político. Derechos Humanos y Democracia Deliberativa*, Gedisa, 2007, p. 187.
- NINO, CARLOS S., *Juicio al mal absoluto*, 1ra ed., Bs. As., Emecé, 1997, p. 227.
- OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR, *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*, Montevideo, 2009.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Aprovechamiento al máximo del legado de los Tribunales Mixtos”, Ginebra, 2008.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Consultas Nacionales sobre la Justicia de Transición”, Ginebra, 2009.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Instrumentos del Estado de Derecho para Socieda-

- des que han salido de un conflicto - Iniciativas de enjuiciamiento”, Ginebra, 2006.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Procesos de Depuración: Marco Operacional”, Ginebra, 2006.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto – Programas de reparaciones”, Ginebra, 2008.
- OLEA RODRÍGUEZ, HELENA, “Derechos Humanos y Migraciones: un nuevo lente para un viejo fenómeno”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2007.
- ORENTLICHER, DIANE F., “Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en *Yale Law Journal*, n° 8, June, 1991, vol. 100.
- ORTEGA GONZÁLEZ, D., “Notas para una epistemología política: acerca de renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social de Boaventura de Sousa Dos Santos”, en *Perfiles de la Cultura Cubana*, enero-abril, 2008.
- OSIEL, MARK J., “*Politiche della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*”, en Luca Baldissara y Paolo Pezzino (comps.), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, L’Ancora del Mediterraneo, 2005.
- PASQUALUCCI, JO M., “*The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System*”, en *Boston University International Law Journal*, n° 12, Fall, 1994.
- PAVARINI, MASSIMO, *Introduzione a ... la Criminologia*, Firenze, Le Monnier, 1980.
- PEMBERTON, SIMON, “A theory of moral indifference: Understanding the production of harm by capitalist society”, en Paddy Hilliard, Christina Pantazis, Steve Tombs y Dave Gordon (eds.), *Beyond Criminology. Taking harm seriously*, Londres, Pluto Press, 2004.
- PÉREZ BORJA, FRANCISCO, *Apuntes para el estudio del Código Penal*, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios, 1927, p. 267.
- PFANNER, T., “Diversos mecanismos y enfoques para aplicar el Derecho Internacional Humanitario y prestar protección y asistencia a las víctimas de guerra”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 873, 2009.
- PILGER, JOHN, “*Cambodia: Return to Year Zero*”, video documental disponible en <http://johnpilger.com/videos/cambodia-return-to-year-zero>
- PINTO, MÓNICA, *L’Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l’Homme*, París, Editions A. Pedone, 2007.
- PIÑOL SALA, NURIA, “Crónica de un juicio espectral. Algunas reflexiones sobre el reciente juicio a Julio H. Simón, alias ‘el turco Julián’”, en *Nueva Doctrina Penal*, n° 2006/B, Bs. As., 2006,
- PONCHAUD, FRANCOIS, *Cambodge: Année Zero*, París, Ed. Kailash, 1998.
- RABOSI, EDUARDO A., *La justificación moral del castigo. El tema del castigo. Las teorías tradicionales, sus limitaciones. Un nuevo enfoque teórico*, Bs. As., Astrea, 1976.
- RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2006,
- REY, SEBASTIÁN A., “Juicio y castigo: a propósito de la sentencia del Caso Poblete”, en *Suple-*

- mento de Derecho Público de *El Dial*, n° 44, ver texto en <http://www.eldial.com.ar>
- REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012.
- REY, SEBASTIÁN A., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2011”, en *Diario La Ley*, 09/05/2012.
- RICCIARDI VON PLATEN, V. ALICE, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 1993.
- RIELLA, ALBERTO, “Desarrollo, violencia y desigualdad en el Mercosur”, en G. de Sierra, M. Bernales y A. Riella (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el siglo XXI*, Montevideo, UNESCO/CLACSO, 2004.
- RIGO, ENRICA, “Citizenship at Europe’s Borders: Some Reflections on the Post-colonial Condition of Europe in the Context of EU Enlargement”, en *Citizenship Studies*, n° 1, 2005, vol. 9.
- ROBIN, MARIE-MONIQUE, *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*, Bs. As., Sudamericana, 2005.
- ROBINSON, DARRYL, “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, n° 3, 2003, vol. 14.
- ROBLES, ALBERTO J., “Buenas prácticas para el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la libre circulación en el MERCOSUR”, en *Oficina Regional para América Latina y el Caribe (OIT)*, Serie Documentos de Trabajo, n° 181, 2004.
- ROCHA, ÁNGEL, *Construyendo ciudadanía junto a los trabajadores rurales*, Montevideo, Representación de los trabajadores en JUNAE (Junta Nacional de Empleo) - PIT CNT, 2008.
- RODLEY, NIGEL S., “The Universal Declaration of Human Rights: Learning from Experience”, en *Essex Human Rights Review*, n° 1, 2008, vol. 5.
- RODRÍGUEZ, HÉCTOR, *Nuestros Sindicatos (1865 - 1965)*, Colección Informes n° 1, Montevideo, Ediciones Uruguay, 1965.
- ROHT-ARRIAZA, NAOMI, “State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law”, en *California Law Review*, March, 1990.
- ROSENBERG, ALFRED, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts*, München, Hoheneichen-Verlag, 1943.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, trad. de la 2da. ed. alemana por Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, CLAUS, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en Julio B. J. Maier (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993.
- SABELLI, HÉCTOR E., “No habrá más penas ni olvido. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2006-I.
- SALAMANCA, R. E., *Los derechos humanos de las mujeres en situación de desplazamiento*, Bogotá, Defensoría del Pueblo Colombia, 2004.
- SANCINETTI, MARCELO A., *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1988.

- SANCINETTI, MARCELO A., "Observaciones sobre las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución Nacional", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IX, n°16, Bs. As., Ad Hoc, 2003.
- SANCINETTI, MARCELO A., y FERRANTE, MARCELO, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- SANGSTER, KIRSTY, "Truth Commissions: The Usefulness of Truth-telling", en *Australian Journal of Human Rights*, n° 1, 1999, vol. 5,
- SCAVONI, DARDO, *La era de la desolación. Ética y moral en la Argentina de fin de siglo*, Bs. As., Manantial, 1999.
- SCHABAS, WILLIAM A., *Genocide in International Law: the Crimes of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- SCHABAS, WILLIAM A., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", en *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1997, vol. 7.
- SCHMITT, CARL, *Risposte a Norimberga a cura di Helmut Quaritsch*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- SJINIENSKY, ROMINA, "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso 'Vélez Loor vs. Panamá' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Opus Magna, Constitucional Guatemalteco*, 2011, Tomo IV.
- SOOKA, YASMÍN, "Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability", en *International Revue of the Red Cross*, n°862, 2006, vol. 88.
- SOTTAS, ERIC, "Transitional justice and sanctions", en *International Revue of the Red Cross*, vol. 90, n° 370, 2008.
- SPRENGER JAKOB y KRÄMER, HEINRICH, *El martillo de las brujas*, Valladolid, Maxtor, 2004.
- SUDRÉ, FRÉDÉRIC, *Droit Européen et droit international des droits de l'homme*, 7ma. ed., París, Presses Universitaires de France, 2005.
- SUTHERLAND EDWIN H. y CRESSEY, DONALD R., *Criminology*, Nueva York, Lippincott, 1978.
- SYKES, GRESHAM M. y MATZA, DAVID, "Techniques of neutralization: a theory of delinquency", en *American Sociological Review*, 1957, n° 22.
- TAMBURRINI, CLAUDIO, "Castigar (¿a cuántos?) violadores de los derechos humanos: el dilema de los gobiernos posdictatoriales", en *Lecciones y Ensayos*, n° 53, Bs. As., 1989.
- TAYLOR, IAN; WALTON, PAUL y YOUNG, JOCK, *The New Criminology. For a Social Theory of Deviance*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973.
- TERNON, YVES, *L'État criminel. Les Génocides au XXe. Siecle*, París, Seuil, 1995.
- THET, SAMBATH y LEMKIN, ROB, "Enemies of the People", documental multipremiado, estrenado en 2010.
- TORRES CHÁVEZ, EFRAÍN, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Universidad Central del Ecuador, 1978, p. 350.
- TRAVERSO, G. B. y VERDE, A. *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel modo di produzione capitalistico*, Padova, Cedam, 1981.
- TRIFFTERER, OTTO, "The Preventive and the Repressive Function of the International Criminal Court", en Mauro Politi y Giuseppe Nesi (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001.

- UNICEF Y UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS, “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección”, Panamá, 2010.
- VAHAKN N. DADRIAN, *The History of the Armenian Genocide. Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, Oxford, Berghahn Books, 1995.
- VALLEJOS, CESAR Y KARL, SILVIA, “Limitación de la jornada del trabajador rural”, en <http://car-rerredederecholaboral.netne.net/articulo3.doc>
- VAN ZYL SMIT, DIRK, “Punishment and human rights in international criminal justice”, en *Human Rights Law Review*, n° 1, 2002, vol. 2.
- VASSALLI, GIULIANO V., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milán, Giuffrè, 2001.
- VERBITSKY, HORACIO, *El vuelo*, Ira. ed., Bs. As., La Página-Sudamericana, 2006.
- VERBITSKY, HORACIO, *La posguerra sucia*, Ira. ed., Bs. As., La Página-Sudamericana, 2006.
- VIGO, RODOLFO LUIS, *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
- VINK, MAARTEN Y DE GROOT, GERARD-RENÉ, “Citizenship Attribution in Western Europe: International Framework and Domestic Trends”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 5, Mayo 2010, vol. 36.
- WATSON, MIGUEL, “Revisión del concepto de ciudadanía”, en <http://boards4.melodysoft.com/iicongresomundialnna/revision-de-concepto-ciudadania-1.html>
- WIPPMAN, DAVID, “Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice”, *Fordham International Law Journal*, December, 1999, vol. 23.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Bs. As., Ediar, 2002.
- ZALAQUETT, JOSÉ, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”, en *Hastings Law Journal*, n° 43, 1992.
- ZAPATA BARRERO, RICARD, “Inmigración y Multiculturalidad: hacia un nuevo concepto de ciudadanía”, en José M. Martínez de Pisón y Joaquín Giró Miranda (coords.), *Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas*, Barcelona, 2003.
- ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO, *Comentario a la sentencia recaída en cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 26 Bis del Código del Trabajo (STC Rol N° 1.852/2010 del 26 de julio de 2011)*, Estudios Constitucionales, año 9, n° 2, 2001, pp. 791/798, ver texto en: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_21.pdf
- SITIOS WEB CONSULTADOS
- www.fder.edu.uy/espaciodeltrabajo/boletines/boletin_1/Estudio%20sobre%20la%20Negociacion%20colectiva%20en%20Uruguay%20Cristina%20Mansilla.pdf
- www0.parlamento.gub.uy
- <http://sip.parlamento.gub.uy>
- <http://johnpilger.com/videos/cambodia-return-to-year-zero>
- <http://www.sc-sl.org>

- http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf
- http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/07/20/cambodias_kangaroo_court?page=0,1
- <http://www.nytimes.com/1996/09/15/world/asia/khmer-rouge-rebel-gets-cambodia-amnesty.html>
- <http://articles.latimes.com/1998/dec/31/local/me-59272>
- http://articles.chicagotribune.com/1998-05-08/news/9805080131_1_nuon-chea-ta-mok-khieu-samphan
- <http://news.google.com/newspapers?nid=1350&dat=19981230&id=dPMjAAAAIIBAJ&sjid=mAMEAAAAIIBAJ&pg=6509,5796618>
- <http://www.theinvestigativefund.org/investigations/international/1612/?page=3>
- http://www.theinvestigativefund.org/investigations/international/1520/doubt%2C_suspicion_at_cambodia_war_trial/
- http://www.theinvestigativefund.org/blog/1586/genocide_judges_duel_it_out_in_pnhom_penh/
- <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2094353,00.html>
- <http://khmerrougehistory.blogspot.com/2007/08/steve-heder-senior-leaders-and-those.html>
- http://www.transparency.org/country#KHM_Chapter
- <http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5961>
- http://www.nytimes.com/2009/04/10/world/asia/10cambo.html?_r=1
- <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/order-resuming-judicial-investigation>
- <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/order-resuming-judicial-investigation>), <http://www.un.org/sg/statements/?nid=5815>.
- <http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/cambodia-khmer-rouge-tribunal-risk-second-judge-resigns-2012-03-19>
- <http://www.pbs.org/wnet/need-to-know/video/video-imperfect-justice-in-cambodia/14024/>.
- http://www.nytimes.com/2009/04/10/world/asia/10cambo.html?_r=1.



Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en noviembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar