



dhes

RED DERECHOS HUMANOS
Y EDUCACIÓN SUPERIOR

DERECHOS HUMANOS
Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Programa financiado por
la Comisión Europea



Programa coordinado por



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona



Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual

© 2014 - dh.es. Red de Derechos Humanos y Educación Superior

Coordinadores:

Laurence Burgorgue-Larsen

Antonio Maués

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

Diseño portada y contraportada: Xavier Pedrós

Diseño interior y paginación: EDO-SERVEIS <http://edo.uab.cat/edo-serveis>

Anna Díaz Vicario y Joaquín Gairín Sallán

ISBN: 978-84-617-0015-8



DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Manual

Coordinadores

Laurence Burgorgue-Larsen

Antonio Maués

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

BREVE RESEÑA CURRICULAR DE LOS AUTORES

Luis AGUIAR DE LUQUE. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y Director del Instituto de Derecho Público Comparado de dicha Universidad. Ha sido Director del Centro de Estudios Constitucionales, Miembro del Consejo de Estado, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Juez ad hoc en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

María Luiza ALENCAR Doctora en Ciencias Jurídico Económicas en la Universidad de Coimbra, Portugal; Pos doctorado en Derecho, Estado y Sociedad en la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil; Directora del Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal da Paraíba; Investigadora del Programa de Productividad en Investigación del CNPq.

Carlos ALZA BARCO. Magister en Regulación por la London School of Economics and Political Science y candidato a Doctor en Ciencia Política por la PUCP, donde también estudió derecho. Fue Defensor Adjunto para los Servicios Públicos y el Medio Ambiente en la Defensoría del Pueblo y actualmente es docente y coordinador de la especialidad de políticas públicas y gestión pública de la Escuela de Gobierno PUCP.

Sergio ANZOLA. Abogado por la Universidad de los Andes. Máster en Derecho internacional por la Universidad de Helsinki. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad de los Andes.

Renata BREGAGLIO Coordinadora Académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Docente del Departamento de Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP. Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid.

Rosmerlin ESTUPIÑAN-SILVA Abogada colombiana, Magister en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, doctora en Derecho, Profesora adjunta a la Escuela de Derecho de Sciences Po Paris e investigadora post-doctoral en el seno del GEDILAS (Universidad de Paris I) *Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Lationamericano de la Sorbona - Institut de Recherche en Droit international et européen de la Sorbonne* (GEDILAS-IREDIES).

Jean-François Y. DELUCHEY Máster y Doctor en Ciencias Políticas/Políticas Públicas por la Universidad de la Sorbonne Nouvelle - Paris 3 (2000). Profesor adjunto de la Universidad Federal do Pará. Coordinador del Laboratorio de Análisis de las Políticas Públicas de Seguridad y Derechos Humanos (LADIS) y del Centro de Estudios sobre Intervención Penal (CESIP).

Natalia GAVAZZO. Doctora en Ciencias Antropológicas por la Universidad de Buenos Aires. Maestría en Estudios de Area (America Latina) por la University of London. Becaria CONICET (Postdoctoral) del Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) de la Universidad Nacional del San Martín. Buenos Aires-Argentina.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y por la Università degli Studi di Pisa (2003) con una tesis titulada “Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional” (Tirant Lo Blanch, 2004). Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid, donde ha desarrollado su actividad docente desde el año 2000, en la actualidad presta servicios como Letrada en el Tribunal Constitucional de España. Sus líneas de investigación se centran en el estudio de las relaciones interordinamentales (sistema de fuentes), los derechos sociales, el estatuto jurídico de los inmigrantes y el Tribunal Constitucional.

Nicolás MONTOYA CÉSPEDES. Candidato a Doctor en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne, y miembro del Grupo de Estudios de Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona (GEDILAS) del Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne. Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia) y Máster en Derecho Europeo de la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Líneas de investigación: Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario.

Elizabeth SALMÓN. Directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Profesora Principal del Departamento de Derecho y Coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP. Doctora en Derecho Internacional.

Beatriz Eugenia SÁNCHEZ MOJICA. Profesora del Programa de Derecho Internacional (Universidad de Los Andes - Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho por el Programa de Altos estudios en derechos humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, *suma cum laude*. Máster en Acción Solidaria europea por la misma universidad.

René URUEÑA. Profesor y Director del Programa de Derecho Internacional (Universidad de Los Andes - Bogotá, Colombia). Miembro de la Clínica de Justicia Global y Derechos Humanos en la misma universidad. Doctor en derecho (*eximia cum laude*), Universidad de Helsinki. Abogado y post-grade en economía, Universidad de Los Andes (Bogotá).

ÍNDICE

Prólogo. Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez..... 9

I. La construcción de políticas públicas para la garantía de los derechos humanos.....13

1. El gobierno de los derechos humanos en la era neoliberal 15
Jean-François Y. Deluchey. Universidad Federal do Pará
2. El enfoque basado en derechos. ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas? 51
Carlos Alza Barco. Pontifica Universidad Católica del Perú

II. Indicadores: Midiendo las políticas públicas de derechos humanos79

3. Indicadores de derechos humanos: Contexto y desafíos en América Latina 81
René Urueña. Universidad de los Andes
4. Midiendo lo difuso: Indicadores cuantitativos del cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos131
Nicolás Montoya Céspedes. Universidad Paris I
5. La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología193
Rosmerlin Estupiñan-Silva. Universidad Paris I

III. Políticas públicas migratorias y derechos humanos233

6. Las migraciones como objeto de interés de las políticas públicas: Un enfoque de derechos humanos.....235
Itziar Fernández Gómez. Universidad Carlos III
7. El enfoque de derechos en las políticas migratorias. El caso colombiano.....275
Beatriz Eugenia Sánchez Mojica. Universidad de los Andes

8. La nación en la región: Las migraciones hacia la Argentina en el contexto sudamericano. Un enfoque antropológico y desde los derechos humanos.....309
Natalia Gavazzo. Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) de la Universidad Nacional del San Martín

IV. Políticas públicas y derechos sociales343

9. ¿Puede el juez ser partícipe de los proceso de cambio social? Del juez monje al juez constitucionalmente comprometido.....345
Luis Aguiar de Luque. Universidad Carlos III de Madrid
10. Entre el derecho económico del desarrollo y el derecho humano al desarrollo: reflexiones desde Brasil363
María Luiza Alencar Mayer Feitosa. Universidad Federal da Paraíba
11. Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.....383
Elizabeth Salmon y Renata Bregaglio. Pontificia Universidad Católica del Perú

V. Anexo.....445

12. Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Una propuesta de metodología.....447
René Urueña, Beatriz Eugenia Sánchez y Sergio Anzola. Universidad de los Andes

PRÓLOGO

Las políticas públicas han sido objeto de múltiples definiciones. De hecho, casi se puede afirmar que hay tantas como autores han abordado su estudio. Sin embargo es posible identificar una serie de elementos comunes a la mayoría de formulaciones que de éstas se han hecho. Se trata, en primer lugar, de un conjunto de acciones (entendidas tanto en sentido positivo como negativo), diseñadas por instancia gubernamentales, con el propósito de prevenir o dar respuesta a problemas de carácter público. Estos patrones de acción, como los denomina Frohok¹, son llevados a la práctica bien por las propias autoridades públicas, bien por agentes privados y, en ocasiones, en su diseño e implementación participan agentes de la sociedad civil. Se puede afirmar, entonces, que las políticas públicas son uno de los principales instrumentos con los que cuenta el Estado para desarrollar su actividad, en general, y para buscar el bienestar de su población en particular.

El presente manual, el tercero y último elaborado en el marco de la Red Derechos Humanos y Educación Superior, tiene por objetivo ilustrar las relaciones que se establecen entre los derechos humanos y las políticas públicas. Se trata de un vínculo bastante más complejo de lo que a primera vista podría parecer. En efecto, los primeros no sólo son objeto de las segundas, como estrategia para alcanzar su garantía. También se han convertido en elementos centrales en el diseño, la puesta en práctica y la evaluación de las acciones estatales destinadas a la gestión resolución de una amplia gama de asuntos. Así, por ejemplo, hoy se exige que las respuestas que se ofrecen a la migración – voluntaria o forzada- el acceso a agua potable o la atención a grupos vulnerables se conciben y desarrollen de acuerdo a un enfoque basado en derechos.

Ahora bien, la estructuración de las políticas públicas en torno a esta perspectiva no deja de ser problemática pues, como lo señal René Urueña en su texto, la lógica que anima a unas y otros es

¹ FROHOK, F. M. *Public Policy: Scope and Logic*. Englewood Cliffs, N.J: Prentice-Hall, 1979.

distinta. Las políticas públicas se ocupan de distribuir recursos escasos y de determinar prioridades entre reclamos con un valor jurídico similar. Por el contrario los derechos humanos encarnan títulos innegociables que, tras ser reconocidos por el Estado, sólo pueden ser garantizados. ¿De qué manera se puede encarar esta contradicción?

A lo largo de las cuatro secciones que componen este texto se presentan distintas respuestas a esta pregunta.

La primera sección se ocupa de analizar, desde una perspectiva crítica, los mecanismos empleados en la actualidad en América Latina para la construcción de políticas públicas a partir de un enfoque de derechos. El primer capítulo, obra de Jean-François Y. Deluchey, constituye una interesante reflexión sobre las trampas que puede involucrar el uso del lenguaje de los derechos humanos, así como la apertura de canales de participación a la sociedad civil, por parte de los gobiernos neoliberales de la región. A partir de las categorías ofrecidas por el pensamiento de Michael Foucault, el autor revela la necesidad de recelar de los ofrecimientos de este tipo de regímenes, pues llevan a la elaboración de políticas minimalistas que no sólo no cubren las necesidades de la población, sino que desgastan a los actores sociales involucrados.

El segundo capítulo, por su parte, aborda el enfoque basado en derechos humanos, analizando cómo esta propuesta originada en el seno de Naciones Unidas ha pasado a convertirse en un elemento indispensable para el diseño e implementación de las políticas públicas en Latinoamérica. Este texto, elaborado por Carlos Alza, ofrece además una metodología para facilitar la comprensión de esta herramienta, empleando como ejemplo la política peruana de agua y saneamiento.

La segunda sección analiza la herramienta por excelencia para la medición de los resultados tanto de las políticas públicas de derechos humanos, como de aquellas elaboradas a partir del enfoque basado en derechos: los indicadores. El tercer capítulo del manual, preparado por René Urueña, presenta este instrumento de gobernanza, ahondando en su origen en el Movimiento de Derecho y Desarrollo, y analizando la manera como pasó a ser acogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El texto

concluye presentado las luces y sombras de este poderoso mecanismo, a partir del análisis de su aplicación en el contexto colombiano.

El cuarto capítulo, preparado por Nicolás Montoya, ahonda en el concepto de indicadores, presentado su aplicación para el estudio del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos. El análisis que se realiza revela las ventajas que reporta la introducción de elementos de medición cuantitativa en este asunto. El quinto capítulo, complementa el panorama sobre esta herramienta. Este trabajo, elaborado por Rosmerlin Estupiñán-Silva, presenta el concepto de vulnerabilidad, a partir del análisis del tratamiento que del mismo ha realizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y lo inserta en el estudio de los indicadores.

Finalmente, y con el fin de brindar un ejemplo que permita dimensionar el empleo de los indicadores en el estudio del cumplimiento de obligaciones de derechos humanos derivadas de un instrumento internacional, se incluye como anexo el trabajo preparado por tres profesores de la Universidad de los Andes: Sergio Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez y René Urueña. Este analiza el seguimiento de las órdenes dadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a Colombia en el periodo comprendido entre 2004 y 2012, empleando diversos tipos de esta herramienta.

La tercera sección presenta el enfoque de derechos en acción, al abordar el estudio de diversas políticas migratorias elaboradas, de acuerdo a las autoridades responsables de su diseño, siguiendo esta perspectiva. El capítulo de Itziar Fernández presenta un panorama general de los vínculos existentes entre la regulación del fenómeno de la movilidad humana y las obligaciones estatales en materia de derechos humanos; nexos que demandan la elaboración de una respuesta estatal elaborada a partir de un enfoque basado en derechos. Con tal fin explora la triple condición del migrante como miembro de un colectivo vulnerable, como sujeto de derechos y como destinatario de políticas públicas.

El séptimo capítulo, preparado por Beatriz Eugenia Sánchez, se enfoca en la respuesta que desde Colombia se ha dado al

fenómeno migratorio. Para ello analiza la reciente política pública que se ha elaborado para tal fin, preguntándose si el hecho de que ésta proclame su respeto a los derechos de los migrantes es condición suficiente para considerarla inscrita en el enfoque de derechos. El último texto de la sección, elaborado por Natalia Gavazzo, establece un diálogo con los dos que le preceden. Elaborado desde una perspectiva antropológica, presenta el desarrollo de las respuestas que se ha dado a los flujos migratorios en el sur de América, con especial énfasis en la dada por Argentina.

Por último, la cuarta sección, incorpora tres capítulos que presentan diversas dimensiones de la relación entre la garantía de los derechos económicos sociales y culturales y las políticas públicas. El texto de Luis Aguiar reflexiona sobre las transformaciones que han llevado al juez a ser un activo participante de la protección de estos derechos, así como del diseño de las políticas destinadas a este fin. El capítulo preparado por Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa aborda, desde una perspectiva crítica, las complejas relaciones entre derechos humanos y desarrollo. Para ello analiza el discurso del gobierno brasileiro, que demanda la construcción de megaproyectos como condición indispensable para garantizar el crecimiento del país, a la luz del derecho humano al desarrollo. La sección finaliza con el trabajo preparado por Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio, a través del cual se identifican las indicaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en torno a la garantía de los DESC, las cuales deben ser apropiadas por los Estados e incorporadas en sus políticas públicas.

Es importante anotar que la totalidad de los capítulos incluidos en este manual son el fruto de la discusión de las ponencias que, sobre los mismos temas, presentaron los autores en el seminario “Derechos Humanos y Políticas Públicas” organizado por la Universidad de los Andes en Bogotá, del 10 al 13 de diciembre de 2013.

*Antonio Maués
Beatriz Eugenia Sánchez*

PRIMERA PARTE

LA CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1

EL GOBIERNO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA NEOLIBERAL

Jean-François Y. Deluchey¹
Universidad Federal do Pará

RESUMEN

En ese trabajo, el autor empieza presentando dos maneras distintas de abordar los derechos humanos: la primera, más consolidada, se apoya en una lógica policial (consenso post-político) y la segunda busca que los derechos humanos sean tratados a través del embate político (desacuerdo). El motivo de la consolidación de la primera se puede encontrar en la consagración del “arte neoliberal de gobernar”, el cual busca que se gobierne lo menos posible, y siempre en beneficio del mercado. Esa “gubernamentalidad” encuentra sus fundamentos en la competición generalizada y hace del mercado el lugar donde la acción gubernamental tiene que encontrar su propia verdad. El arte neoliberal de gobernar también promueve la superioridad de la lógica gerencial sobre la lógica política, del cálculo individual de intereses sobre el bien común y de los particularismos sobre la universalidad. En consecuencia, el esfuerzo estatal para la defensa de los derechos humanos pasa a utilizar la subcontratación de las políticas públicas por medio de las ONGs. El autor muestra cuanto este fenómeno contribuye para la desresponsabilización del Estado y para el debilitamiento político de las ONGs de derechos humanos. Al final, el autor propone una salida de la gestión policial (neoliberal) de los derechos humanos. Para él, la defensa de los derechos humanos debe pasar por un nuevo esfuerzo de politización que

¹ Máster y Doctor en Ciencias Políticas / Políticas Públicas por la Universidad de la Sorbonne Nouvelle - Paris 3 (2000). Profesor adjunto de la Universidad Federal do Pará. Coordinador del Laboratorio de Análisis de las Políticas Públicas de Seguridad y Derechos Humanos (LADIS) y del Centro de Estudios sobre Intervención Penal (CESIP). Email: jeanfrancois@ufpa.br

busque promover la universalidad de la ciudadanía y el rescate de los conceptos de justicia y de igualdad.

Si todo es político, nada lo es. [...] Para que una cosa sea política, es preciso que dé lugar al encuentro de la lógica policial y la lógica igualitaria, el cual nunca está preconstituido.

Jacques RANCIÈRE, *El desacuerdo*

1. ¿CÓMO PENSAR LOS DERECHOS HUMANOS?

La problemática de los derechos humanos hoy puede ser abordada por lo menos de dos maneras distintas, ambas teniendo innumerables consecuencias sobre las posibles articulaciones política y epistemológica del tema.

Por un lado, los derechos humanos pueden ser vistos como componentes de un proyecto político consensual consagrado desde 1948 a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas².

En esta hipótesis, debemos pensar que los signatarios de la Declaración y de los tratados internacionales que intentaron dar substancia a la misma están globalmente de acuerdo con un horizonte político común y pacificado, por así decir, definitivo. En esta óptica, los derechos humanos contenidos en la Declaración de 1948, así como la democracia liberal representativa y la economía de mercado, son vistos como partes de un consenso global que diseña el porvenir de la humanidad, y cuya realización depende de la resolución de los problemas por medio del esfuerzo conjunto de los Estados-Naciones y de las organizaciones internacionales en este sentido³.

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948.

³ Para Jacques Rancière, "Consensus means much more than the reasonable idea and practice of settling political conflicts by forms of negotiation and agreement, and by allotting to each party the best share compatible with the interests of other parties. It means the attempt to get rid of politics by ousting the surplus subjects and replacing them with real partners, social groups, identity groups, and so on. Correspondingly, conflicts are turned into problems that have to be sorted out by

Por otro lado, se puede considerar que los principios y normas publicados en la Declaración de 1948 apenas son referencias para la lucha política, dentro de una perspectiva de conflicto social e ideológico cuya resolución es imposible, siendo este el principal motor de la historia¹.

Para Andrei Koerner, la problemática de los derechos humanos puede ser abordada a partir de varios ejes y polos, entre los que destaca el eje de relación entre sujeto y norma, que nos parece de fundamental importancia:

En este eje, los dos polos son: uno, el que identifica el derecho como un sistema autónomo de normas, que tiene una relación de mandato sobre los sujetos; y otro, que concibe el derecho como un aspecto de la normatividad social, que sostiene otras modalidades de relaciones con los sujetos⁴.

En la primera hipótesis, la realización del proyecto común y universal apenas dependería, en los Países signatarios, de la posibilidad de hacer efectivos los derechos, que dependerían del éxito de políticas públicas garantizadas, incentivadas o implementadas, en los Estados-Naciones, por uno de los tres

learned expertise and a negotiated adjustment of interests. *Consensus* means closing the spaces of dissensus by plugging the intervals and patching over the possible gaps between appearance and reality or law and fact" (RANCIÈRE, J., "Who Is the Subject of the Rights of Man?", *The South Atlantic Quarterly*, 103:2/3, Spring/Summer 2004, p. 306).

⁴ KOERNER, A., "Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos", *Lua Nova*, nº 57, 2002, p. 91. Para Andrei Koerner, los diversos abordajes sobre derechos humanos se construyen alrededor de dos ejes, siendo cada uno discriminado en dos polos: eje 1 "las relaciones entre el orden político estatal y el orden global" (que creemos que tenga menos importancia), y el eje 2 "las relaciones entre el sujeto y la norma jurídica". A partir de la combinación entre los ejes y polos, Koerner identifica cuatro posiciones políticas, que sirven de norte para un abordaje epistemológico de la problemática de los derechos humanos: "• Globalismo (I;1): debe predominar el orden político global, cuyo sistema de normas es de mandato sobre las de los Estados y las normatividades sociales. • Estatalismo (II;1): debe predominar el orden político estatal, cuyo sistema de normas es de mandato, tanto en relación a las del orden político internacional como a las sociales y comunitarias. El derecho internacional de los derechos humanos solo debe tener efectividad jurídica si se compara con la legislación nacional. A su vez, las normatividades sociales sólo se reconocen si son compatibles con las normas estatales. • Contextualismo (II;2): debe predominar el orden político estatal, que debe reconocer y combinar las diferentes normatividades producidas por los grupos sociales. • Trans-localismo (II;1): debe predominar el orden internacional, cuya normatividad resulta de la combinación de las diversas normatividades del globo, aunque no se coloca como orden de mandato, sino como resultado de un proceso de diálogo intercultural, que promueve el reconocimiento de las diferencias y, también, de los consensos". (*Ibid.*, p. 90-92).

poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), sin olvidar la actuación esencial de un Ministerio Público que no parece encuadrarse en ninguna categoría del triplete institucional presentado por Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes* (1748).

La propia Declaración parece haber sido escrita a partir del sueño (o de la ilusión) de que la primera hipótesis sea viable y realizable. Veamos:

La Asamblea General [de la Organización de las Naciones Unidas] proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como **ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse**, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, **promuevan**, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, mediante **medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos**, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios bajo su jurisdicción. (Destacado por el propio autor)

De esta forma, sustanciar los derechos proclamados en la Declaración apenas dependería de ajustar los ordenamientos jurídicos nacionales (y/o de la eficacia de las decisiones de las cortes internacionales de derechos humanos), y de formular e implementar políticas públicas que permitan la efectiva garantía y protección de los derechos en pauta.

En la segunda hipótesis, la Declaración de 1948 es un objeto que debe ser movilizado en la lucha política; una referencia que permita a los actores sociales posicionarse ideológicamente en relación a diversos conflictos sociales, con el objetivo de superar las injusticias y las desigualdades.

Se debe destacar, además, que estos últimos conceptos (injusticia, desigualdad) no se encuentran en ninguna línea de la Declaración de 1948.

Podemos percibir ahí, una diferencia notable de postura ideológica que tiene innumerables consecuencias sobre el abordaje epistemológico y político del objeto "derechos humanos". Si, en la segunda hipótesis, el tratamiento político de los conflictos es el

punto de partida para una reflexión sobre derechos humanos, en la primera hipótesis, es el consenso lo que prevalece⁵.

A nuestro modo de ver, hablar de derechos humanos puede consistir en fusionar “dos mundos en uno solo”, ofreciendo la oportunidad de expresar un “desacuerdo”, tal como fue definido por el filósofo Jacques Rancière:

Por desacuerdo se entenderá un tipo determinado de situación de habla: aquella en la que uno de los interlocutores entiende y a la vez no entiende lo que dice el otro. El desacuerdo no es el conflicto entre quien dice blanco y quien dice negro. Es el existente entre quien dice blanco y quien dice blanco pero no entiende lo mismo o no entiende que el otro dice lo mismo con el nombre de la blancura. [...] El desacuerdo no es el desconocimiento. [...] Tampoco es el malentendido que descansa en la imprecisión de las palabras. [...] Los casos de desacuerdo son aquellos en los que la discusión sobre lo que quiere decir y hablar constituye la racionalidad misma de la situación de habla. [...] Lo que hace de la política un objeto escandaloso es que se trata de la actividad que tiene como racionalidad propia la racionalidad del desacuerdo⁶.

Por este motivo, es importante conocer y reivindicar nuestra “situación de habla” en relación a los derechos humanos, pues las honestidades política y científica obligan a ello. Nuestra situación, en este trabajo, se articula mejor con la segunda hipótesis. Disipada

⁵ A priori, los derechos humanos de la Declaración de 1948 podrían constituir lo que Erving Goffman llamó “consenso de trabajo”: *“Tenemos entonces una especie de modus vivendi interaccional. En conjunto, los participantes contribuyen a una sola definición total de la situación, que implica no tanto un acuerdo real respecto de lo que existe sino más bien un acuerdo real sobre cuáles serán las demandas temporalmente aceptadas (las demandas de quiénes, y concernientes a qué problemas). También existirá un verdadero acuerdo en lo referente a la conveniencia de evitar un conflicto manifiesto de definiciones de la situación. Me referiré a este nivel de acuerdo como a un “consenso de trabajo”. Se debe entender que el consenso de trabajo establecido en una escena de interacción será de contenido muy diferente del consenso de trabajo establecido en un tipo de escena diferente”* (GOFFMAN (Erving), *La mise en scène de la vie quotidienne. 1- La présentation de soi*, Minuit, coll. « Le sens commun », Paris, 1973, p. 18-19). Añade Goffman: *“No quiero decir que existirá el tipo de consenso que surge cuando cada individuo presente expresa cándidamente lo que en realidad siente y honestamente coincide con los sentimientos expresados. Este tipo de armonía es un ideal optimista y, de todos modos, no necesario para el funcionamiento sin tropiezos de la sociedad”* (*Ibid.*, p. 18).

⁶ RANCIÈRE, J., *El desacuerdo. Política y filosofía*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1996, p. 8-11.

esta ambigüedad preliminar del discurso intelectual sobre los derechos humanos, buscaremos aquí analizar el tratamiento dado por el gobierno a la defensa de los derechos humanos, especialmente las políticas públicas teniendo como objetivo la defensa de los mismos, considerando las características propias del arte neoliberal de gobernar y sus consecuencias sociopolíticas.

Para ello, analizaremos en primer lugar la gubernamentalidad neoliberal y el “*desplazamiento del centro de gravedad del derecho público*” que correspondió a la transformación del mercado en lugar de veridicción de las prácticas gubernamentales⁷. En segundo lugar, a partir del ejemplo brasileño, analizaremos de qué forma esta gubernamentalidad opera la gestión de las políticas públicas teniendo como objetivo la defensa de los derechos humanos. Finalmente, intentaremos concluir presentando de qué forma nos parece que deberían ser “governados” los derechos humanos, esto es, abordados por los actores sociales que intentan pensar sobre su definición y su defensa.

2. EL ARTE NEOLIBERAL DE GOBERNAR

De antemano, vale recordar que el neoliberalismo no puede ser estudiado como si fuese una simple ideología heredada del liberalismo político clásico y de la teoría económica del “*laissez-faire, laissez passer*”. Michel Foucault, en sus clases en el Collège de France de 1979, nos dice que el neoliberalismo corresponde a una *gubernamentalidad*, un “arte de gobernar”, un conjunto de reglas y prácticas gubernamentales que tiene el objetivo de dirigir a los individuos por medio del ejercicio de la libertad, siendo esta definida y delimitada a partir de una óptica a la que podríamos calificar “radical utilitarista”⁸.

⁷ FOUCAULT, M., *Nascimento da Biopolítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 53.

⁸ Michel Foucault dió muchos sentidos diferentes al concepto de *gubernamentalidad*, pero al final de una reflexión en constante evolución, el filósofo francés define este concepto como el “arte de gobernar” o también como el conjunto de “*técnicas y procedimientos destinados a dirigir la conducta de los hombres*” (FOUCAULT, M., *Segurança, Território, População*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 532). Para Loïc Wacquant, lo que hay de “neo” en el neoliberalismo es “la *reingeniería* y la reestructuración *del Estado* como principal agencia que conforma activamente las subjetividades, las relaciones sociales y las representaciones colectivas apropiadas que hacen que la ficción de los mercados se vuelva real y relevante” (WACQUANT, L., “Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente”, *CADERNO CRH*, Salvador, v. 25, n. 66, Set./Dez. 2012, p. 507).

Siendo así, la consolidación de la gubernamentalidad neoliberal como “arte de gobernar” significó un cambio radical en el gobierno de la cosa pública. Foucault sitúa a mediados del siglo XVIII el “punto de inflexión” en el desarrollo de la razón de Estado que da origen a esta consolidación; antes de eso, el mercado podía ser considerado un lugar de justicia, a través de la definición de un precio justo, de la reglamentación de los cambios y de la coerción aplicada por el señor feudal en relación a los interventores.

A partir de finales del siglo XVIII, el mercado pasa progresivamente a ser un *lugar de veridicción* de las prácticas gubernamentales. El mercado obedecería a mecanismos “naturales” que, a partir de la relación “natural” entre oferta y demanda, deberían establecer el precio normal o natural, sin que importase el hecho de que fuese justo o injusto.

La racionalidad jurídica, fundamental en la razón de Estado, definía lo que era correcto o incorrecto, justo o injusto. Con la constitución del mercado como régimen de verdad, en la gubernamentalidad neoliberal se está depreciando la noción de justicia para dejar paso a la verdad mercadológica. A partir de ahí, el mercado dice lo que el Estado puede o no puede hacer, en referencia a las supuestas leyes naturales que lo constituyen. El Estado, de promotor de derechos, pasa a ser el que garantiza las reglas “naturales” establecidas como tales por el mercado: libre competencia, precio establecido a través de la relación oferta/demanda, limitación de la lógica monopolística, libertad de los agentes, etc.⁹.

Ese nuevo arte de “gobernar lo menos posible” no es algo diferente a la razón de estado: *“es la razón del gobierno mínimo como principio de organización de la propia razón de Estado”*¹⁰. Si antes la constitución, la soberanía, o el fortalecimiento del Estado eran cuestiones centrales, después de esa consolidación, pasó a ser central el gobernar lo menos posible. La conexión entre gobierno mínimo y economía política se da en el espacio del mercado. Por medio de la sacralización de la economía en ciencia casi exacta, se identificaron mecanismos “espontáneos” en el mercado que lo

⁹ FOUCAULT, M., *Nascimento da Biopolítica, ...*, p. 39-69.

¹⁰ *Ibid.*, p. 40.

transformaron en espacio de verdad (identificación y naturalización de las prácticas de mercado, verdad pautada a partir de lo que es natural, precio justo por ser “verdadero”, etc.).

Como espacio de la verdad, el mercado se constituye en un elemento que verifica el binomio verdadero-falso en las acciones gubernamentales a partir de lo que el mercado define como natural – *“el mercado es el que va a hacer que el buen gobierno ya no se base en la justicia, [sino] (...) ahora, para que pueda ser un buen gobierno, funcione en base a la verdad”*¹¹. Para ello, la importancia de la economía política no fue la de establecer un modelo de gobierno, sino indicar dónde debería buscar el gobierno su principio de verdad – en el mercado.

Además, dice Foucault, el área jurídica y la gubernamentalidad oscilan en los últimos siglos entre dos vías aparentemente contrarias: la vía revolucionaria y la vía radical utilitarista. Si la vía “revolucionaria” (jurídico-deductiva, axiomática o rousseauiana) prevé la adecuación de la competencia del gobierno a la definición de los límites de la soberanía y a los derechos cuya garantía se atribuye al Estado, la vía “radical utilitarista”, principal vía actual de definición del área del derecho público, consiste en: *“no en partir del derecho, sino en partir de la propia práctica gubernamental. [...] El límite de competencia del gobierno será definido por las fronteras de la utilidad de una intervención gubernamental”*¹¹. Añade el filósofo: *“Esa razón gubernamental que tiene como característica fundamental la búsqueda de su autolimitación, es una razón que funciona en base al interés. [...] El gobierno, [...] en esa nueva razón gubernamental, es algo que manipula intereses”*¹².

El interés es el elemento del que el Estado debe preocuparse y, finalmente, manipular. Esto porque, en la sociedad que acoge la gubernamentalidad neoliberal como arte de gobierno, la regla mayor de sociabilidad es la de la competencia, la de la competición generalizada entre individuos y grupos de individuos reunidos en diversas redes de intereses, *lobbies* o otros *“advocacy coalition frameworks”*¹³. Hasta la manipulación de los intereses se ve

¹¹ *Ibid.*, p. 55.

¹² *Ibid.*, p. 61-62

¹³ Ler SABATIER, P. A., WEIBLE, C. W., “The Advocacy Coalition Framework. Innovations and Clarifications”, en SABATIER, P. A., *Theories of the Policy Process*, Westview Press, Boulder

facilitada por la atomización de los mismos, fenómeno que es consecuencia de una sociabilidad marcada por la primacía de la competencia. La reunión en redes o grupos diversos de intereses no consigue compensar la atomización generalizada de las estrategias, inclusive las relacionadas con las demandas colectivas de derechos. Incluso revistiéndose de formas colectivas, la tendencia es la de una individualización cada vez mayor de las estrategias fundamentadas en la defensa de lo particular en detrimento de la definición de lo universal.

De hecho, la urgencia por definir lo universal correspondió a un momento específico del desarrollo de la razón de Estado, cuando esta aún se fundamentaba en el concepto de soberanía, al inicio de la formación del Estado moderno. En este aspecto, nos dice el sociólogo Pierre Bourdieu que el capital jurídico, como parte del capital simbólico, y los propios juristas, como agentes de producción y de reproducción de este capital, ocuparon lugares esenciales en la formación del estado moderno, particularmente como vectores de legitimación de lo universal que fundamenta el poder centralizado del soberano. Por ejemplo, dice P. Bourdieu, la concentración del poder judicial en manos del rey, a partir de la instauración del procedimiento de apelación, constituyó un elemento esencial de la concentración del capital simbólico. Ejemplo típico del interés privado por lo universal, la categoría de los juristas contribuyó a la construcción de una teoría de lo universal, teoría legitimadora del poder central sobre los particularismos feudales, llegando a situar en el centro de la creación del estado moderno la noción de bien común¹⁴.

(Colorado), 2007, pp. 189-220. Para Sabatier y Weible, "The Advocacy Coalition Framework (ACF) is a framework of the policy process developed by Sabatier and Jenkins-Smith to deal with "wicked" problems – those involving substantial goal conflicts, important technical disputes, and multiple actors from several levels of government" (Ibid., p. 189).

¹⁴ Ler BOURDIEU, P., "Espíritos de Estado. Gênese e estrutura do campo burocrático", en BOURDIEU, P., *Razões Práticas. Sobre a teoria da ação*, Papirus, Campinas, 2011 (1994), pp. 91-135.

En la gubernamentalidad neoliberal, son precisamente las nociones de bien común, de mundo común y de universalidad de los derechos las que desaparecen poco a poco como referencias conceptuales de las prácticas gubernamentales – por lo menos en los territorios donde los Estados adoptaron como modelos político-económicos la democracia liberal y la economía de mercado.

Además, tenemos aquí una de las distinciones fundamentales entre, por ejemplo, el liberalismo de John Locke y el neoliberalismo de Friedrich Hayek. Como bien mostraron Pierre Dardot y Christian Laval en su libro *La Nouvelle Raison du Monde. Essai sur la Société Néolibérale*,

Locke hace del “bien común” o “bien del pueblo”, definido de forma positiva, el fin en torno al que toda actividad gubernamental debe ordenarse. En relación a Hayek, este niega que la noción de “bien común” pueda corresponder a cualquier contenido positivo: no correspondiendo a ningún “fin”, el “bien común” acaba siendo reducido al “orden abstracto del conjunto”, tal como las “reglas de buena conducta” lo permiten; esto asimila precisamente el “bien común” a un simple “medio”, en la medida en que este orden abstracto solo vale “como medio facilitando la búsqueda de una gran diversidad de intenciones individuales”¹⁵.

En este contexto, el mundo común se reduce a una suma de minimundos individuales articulados entre sí, marcados por una competencia generalizada entre intereses individuales, y que pueden o no expresarse por medio de grupos de intereses temporalmente contruidos (y luego deshechos) a partir de un cálculo individual de maximización de los intereses.

Además, la racionalidad “radical utilitarista” presentada por Michel Foucault en el *Nacimiento de la Biopolítica* no se restringe apenas a una exterioridad pastoral. Las prácticas gubernamentales se extienden *hors l'État* para penetrar en cada uno según la lógica de “gobierno de sí y de los otros”, individualizando cada práctica gubernamental, creando prácticas sociales de autocontrol y de

¹⁵ DARDOT, P., LAVAL, C., *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La Découverte, Paris, 2010, p. 267 (traducción del autor). HAYEK, F., *Droit, Législation et Liberté*, vol. 2, PUF, Paris, 1981, p. 6 (traducción del autor).

control ambiental, y fabricando, *in fine*, un nuevo sujeto neoliberal, “empresario de sí mismo”¹⁶.

Esta nueva “fábrica del sujeto neoliberal” debe ser relacionada con las racionalidades que corresponden a “dos caminos para constituir en derecho la regulación del poder público, dos concepciones de la ley, dos concepciones de libertad”, que caracterizan, dice M. Foucault, “el liberalismo europeo del siglo XIX y también del siglo XX”¹⁷.

Tenemos aquí un embate entre dos racionalidades sin duda conectadas pero que nunca pueden estar superpuestas en el derecho y en la gubernamentalidad. Primero tenemos la racionalidad jurídico-deductiva, que enfrenta de un proceso de marginalización dentro del universo gubernamental. De acuerdo con esta racionalidad “revolucionaria” o jurídico-deductiva, tenemos derechos imprescriptibles y el Estado ha de garantizarlos. Las preguntas que esta racionalidad subentiende, y que deben dirigir la acción gubernamental, son las siguientes: ¿Es o no correcto hacer esto? ¿Es o no justo hacer esto? Esto es, la racionalidad jurídico-deductiva se fundamenta en criterios morales y éticos propios del derecho liberal de inspiración revolucionaria.

Al contrario, la racionalidad neoliberal o “radical utilitarista”, la que se encuentra más consolidada en la actual gubernamentalidad, define los derechos en negativo, a partir de un examen de una lectura supuestamente rigurosa de la capacidad que el estado tiene de garantizarlos, capacidad muchas veces presentada como limitada a través del concepto neoliberal de “reserva de lo posible”. Al fin y al cabo, la racionalidad neoliberal considera que la realización de los derechos debe depender de la capacidad y del interés que el estado tiene de garantizarlos, fundamentando su cálculo utilitarista y la consecuente manipulación estatal de los intereses en el régimen de verdad constituido por el mercado. La única pregunta que vale es finalmente la siguiente: ¿según el mercado, se puede o no hacer esto?

¹⁶ FOUCAULT, *Nascimento da Biopolítica, ...*, p. 317. DARDOT & LAVAL, *La nouvelle raison du monde, ...*, p. 402-456.

¹⁷ FOUCAULT, *Nascimento da Biopolítica, ...*, p. 58.

Con la primera racionalidad, Foucault relaciona el sujeto de derecho y con la segunda, el sujeto de interés. Ahora bien, dice Michel Foucault, de la misma forma que las dos racionalidades (la jurídico-deductiva y la radical utilitarista) no pueden ser superpuestas, también *“interés y voluntad jurídica no se substituyen”*¹⁸. Y de la misma forma que la racionalidad utilitarista radical se encuentra más consolidada hoy de lo que la racionalidad jurídico-deductiva, se está excluyendo al sujeto de derecho del escenario social por el sujeto de interés. Ahora, si el sujeto de derecho, al mismo tiempo que reconoce para sí mismo algunos derechos naturales, acepta renunciar a parte de ellos en nombre del contrato social, Foucault nos dice que al sujeto de interés no le corresponde la misma racionalidad:

[...] el sujeto de interés no obedece en absoluto a la misma mecánica. [...] en el fondo, en la mecánica de los intereses, nunca se pide que un individuo renuncie a su interés. [...] Tenemos, por tanto, con el sujeto de interés tal como los economistas lo hacen funcionar una mecánica totalmente diferente de esa dialéctica del sujeto de derecho, ya que es una mecánica egoísta, es una mecánica inmediatamente multiplicadora, es una mecánica sin ninguna transcendencia, es una mecánica en que la voluntad de cada uno se armoniza espontáneamente y como que involuntariamente a la voluntad y al interés de los otros. Estamos muy lejos de lo que es la dialéctica de la renuncia, de la transcendencia y del vínculo voluntario que se encuentra en la teoría jurídica del contrato. El mercado y el contrato funcionan exactamente al contrario uno del otro, y se tiene en verdad dos estructuras heterogéneas una a la otra¹⁹.

Así, un nuevo sujeto neoliberal se construye en referencia constante a un ambiente de competición y de desconfianza generalizadas, teniendo como régimen de verdad de sus estrategias y cálculos utilitaristas el mercado y sus leyes naturales.

¹⁸ FOUCAULT, *Nascimento da Biopolítica, ...*, p. 374.

¹⁹ *Ibid.*, p. 375-376 (Traducción del autor).

El problema del neoliberalismo no es que sea la expresión de una escuela de pensamiento; es que no presenta explícitamente sus elecciones, las presenta como verdades absolutas, e intenta evitar siempre que esas elecciones integren la discusión democrática¹. A partir del discurso económico que se presenta más como ciencia exacta que como ciencia social, se crea un nuevo fatalismo, base obligatoria de cualquier consenso ilusorio.

Para Antoine Garapon, “El neoliberalismo consagra una versión particular de los derechos humanos – la misma que Marx criticaba, esto es, la de un individuo solitario [...]; reduce al hombre a una utilización fría de la razón instrumental”²⁰. En esas condiciones, un problema aparece claramente en la relación entre la gubernamentalidad neoliberal y la defensa de los derechos humanos, teniendo en cuenta que esta es consecuencia casi exclusivamente de la racionalidad jurídico-deductiva, la de la lógica del contrato con renuncia, cuya dimensión esencialmente humanista y universalista encuentra su origen en el iusnaturalismo. Surgió una brecha entre el ideal liberal de una era de derechos humanos y las prácticas gubernamentales del orden neoliberal; por ello el gobierno de los derechos humanos se encuentra transformado por la referencia obligatoria a la verdad mercadológica.

3. LA SUBCONTRATACIÓN DEL GOBIERNO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al inicio de cualquier raciocinio, hay una pregunta, y hay un problema. Foucault atribuye al neoliberalismo una pregunta esencial que fundamenta su racionalidad:

*¿cuál es el valor de utilidad del gobierno y de todas las acciones del gobierno en una sociedad en la que es el cambio el que determina el verdadero valor de las cosas?*¹

Del mismo modo, podemos preguntarnos ¿cómo el estado, fundado en la gubernamentalidad neoliberal, consigue hacer frente a la garantía de derechos que extrapolan la lógica mercadológica?

²⁰ *Ibid.*, p. 246.

Vale recordar que la sociabilidad neoliberal favorece la concurrencia y la competición generalizadas y tiene en el precio de las mercancías su referencial esencial. ¿Cómo, en esas condiciones, se puede identificar y tener en cuenta el “sin precio” de la dignidad humana, fundamento de los derechos humanos? Además, esto tiene como consecuencia inmediata la destrucción lenta y segura de un mundo común y, posteriormente, la de la propia universalidad de los derechos. Para Antoine Garapon, en su libro *La raison du moindre État*, la razón neoliberal no se apoya en la *universalidad* de los derechos; prefiere dar prioridad a la *universalidad del acceso*, la igualdad de las oportunidades de hacer valer su derecho. La igualdad republicana no teniendo más sentido en una racionalidad basada en la competencia, el derecho puede producir desigualdades, porque no es más lo que garantiza el espacio común en el sentido político del *vivir juntos*²¹.

Podemos observar de qué manera la racionalidad neoliberal excluye cualquier consideración referente a los conceptos de justicia e igualdad social en las líneas escritas por Hayek, por ejemplo en el libro *Los Fundamentos de la Libertad*, cuyas tesis son comentadas de la siguiente forma por Pierre Dardot e Christian Laval:

La búsqueda de objetivos relacionados a una justa distribución de la renta (lo que es generalmente designado por la expresión “justicia social” o “distributiva”) está por tanto en contradicción formal con la regla del Estado de Derecho. En efecto, una remuneración o una distribución “justa” solamente tendrían sentido en un sistema de “fines comunes” (“teleocracia”), cuando en el orden espontáneo del mercado, ningún fin de este tipo podría prevalecer, lo que lleva a considerar que la “distribución” de la renta no es “justa” ni “injusta”²².

Entendemos mejor ahora por qué los conceptos de injusticia y de desigualdad no integraron el texto de la Declaración universal de 1948, y fueron paulatinamente excluidos de la gestión gubernamental a partir de la consolidación del modelo neoliberal.

²¹ GARAPON, A., *La Raison du moindre État*, ..., p. 36-37.

²² DARDOT, P., LAVAL, C., *La nouvelle raison du monde*, ..., p. 264.

Al fin y al cabo, el neoliberalismo consiste en dar forma a una nueva forma de gestión gubernamental, que tiene como referencia absoluta la forma *empresa*. La empresa pasa a ser el modelo a seguir para cualquier organización social, inclusive para la administración estatal¹. Podemos observar que en los años 1990 y al inicio de los años 2000, momento en el que muchos principios vertebradores de la doctrina neoliberal fueron incorporados a la gestión pública en Brasil, se produce una progresiva externalización de varias políticas públicas de defensa de los derechos humanos, que pasaron a estar gestionadas directamente o de forma compartida por las ONGs.

Este es el caso de diferentes programas como: el de protección a los testigos y víctimas cuya participación en los procesos legales implica cierto riesgo para sus vidas (Programa PROVITA), el de protección de niños y adolescentes amenazados de muerte (Programa PPCAM), el de protección de los defensores de los derechos humanos (igualmente amenazados de muerte), el de Prevención y Combate a la Tortura (PAIPCT), el de “resocialización” de los agresores conyugales, etc.

La propia página de internet de la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República en Brasil (SDH) no esconde que todos los programas que coordina se apoyan fuertemente en las redes de ONGs locales distribuidas por todo el país. De hecho, la SDH no ejecuta directamente esos programas sino que se encarga de “articular” las acciones desarrolladas por los poderes públicos y por los actores de la sociedad civil para movilizar esfuerzos en relación a la defensa de los derechos humanos en Brasil. Observando la descripción de los diversos programas de la SDH en su página de internet, *todos* los programas del eje “Combate a las violaciones” mencionan, por lo menos una vez, la participación de las ONGs en su gestión²³:

²³ Leer la página de internet de la SDH-PR en la siguiente dirección: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas>. Acceso el 18 de diciembre de 2013.

- 1) Programa de Protección de los Defensores de los Derechos Humanos: *“Las medidas de protección del Programa de Protección a los Defensores de los Derechos Humanos comprenden acciones de articulación con órganos y entidades, públicas y privadas. [...] Esta articulación con órganos públicos y sociedad civil organizada es fundamental para seguir consolidando los cimientos de esa política de protección y contribuye a la implementación de acciones de investigación, de prevención y de combate a las violaciones para que los defensores de los derechos humanos puedan ejercer sus actividades en el local de actuación”* ;
- 2) Plan de Acciones Integradas de Prevención y Combate a la Tortura en Brasil (PAIPCT): *“El PAIPCT tiene como objetivo [...] movilizar los diversos actores de la sociedad civil para hacer efectivas las acciones integradas previstas en el documento, principalmente por su potencial y competencia para organizar campaññas, cursos de capacitación, actividades de educación y de transmisión de contenidos relacionados con la defensa de los derechos humanos y con la denuncia de la tortura en su integralidad, física y psicológica”* ;
- 3) Programa de Protección a Niños y Adolescentes Amenazados de Muerte (PPCAAM): *“Se ejecuta en diferentes estados, a través de un convenio entre la Secretaria de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, los Gobiernos de los diferentes Estados de la Federación y las Organizaciones No Gubernamentales”*;
- 4) Coordinación General de Derechos Humanos y Seguridad Pública – CGDHSP – Población en situación de Calle: *“se vale del protagonismo de movimientos sociales formados por personas en situación de calle, entre otras acciones que contribuyan a hacer efectivo este proceso”* ;
- 5) Coordinación-General de Combate a la Tortura: *“Movilizar a las instituciones públicas y privadas, a las autoridades gubernamentales y a la sociedad civil para organizar una red nacional de combate a la tortura”* ;
- 6) Programa de Protección a las Víctimas y Testigos Amenazados (PROVITA): ninguna mención sobre la sociedad civil en la página de internet, cuando en todos los estados federados, son las ONGs las que implementan directamente este programa;
- 7) Programa de Protección a los Defensores de los Derechos Humanos (PPDDH): *“Las medidas de protección del Programa de Protección a los Defensores de los Derechos Humanos comprenden la necesaria articulación con los órganos y entidades, públicas y privadas, con el fin de solucionar los conflictos y de superar las causas que generan las amenazas”* .

Este breve panorama nos puede hacer entender que la realización de las acciones gubernamentales de protección de los derechos humanos en Brasil depende fuertemente de la sociedad civil organizada. De hecho, buena parte de las acciones de

promoción de los derechos humanos quedan también directamente a cargo de algunas ONGs locales, por medio de contratos de servicio con escasa financiación pública. De este modo, el estado se exime del eventual fracaso o de la debilidad de las protecciones supuestamente pretendidas. El gobierno federal de la Presidenta Dilma Rousseff (Partido de los Trabajadores), principal responsable en la República Federativa de Brasil de la promoción y protección de los derechos humanos, destinó apenas un 0,07% del presupuesto federal de 2014 al apartado "Derechos de la Ciudadanía", que integra la mayoría de estas políticas públicas, mientras que el reembolso de la deuda del tesoro nacional brasileño moviliza el 42,42% del presupuesto de la Unión²⁴.

Además de la participación directa, y cada vez más consolidada, de las ONGs en la gestión gubernamental de los derechos humanos, otra innovación importante de los años 1990 fue la creación de consejos paritarios que asocian a miembros de la sociedad civil organizada con la gestión de las principales políticas públicas como, por ejemplo, los Consejos Estatales de Derechos Humanos y los Consejos Estatales de Seguridad Pública. Presentada por las ONGs y por los gobiernos como una conquista política de la sociedad civil organizada y una vía de "democratización" de la gestión pública, la creación de estos Consejos representó una de las traducciones más visibles de la gubernamentalidad neoliberal. Paradójicamente, esta innovación fue presentada por sus protagonistas como una táctica de enfrentamiento a la lógica neoliberal a partir de la institucionalización del conflicto entre instituciones gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil en nuevas arenas políticas de cuño democrático.

Es un hecho que la lógica propia al modelo liberal construye un espacio para la atomización de la representación del interés público:

²⁴ Leer FATORELLI, M. L., *Dívida consumirá mais de um trilhão de reais em 2014*, mimeo, 27/09/2013, 2 páginas. Acceso el 16 de diciembre de 2013 en la página internet <http://www.auditoriacidade.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Artigo-Orcamento-2014.pdf>. A título de comparación, el pago de los intereses de la deuda pública es la mayor partida del presupuesto con el 42,42% del presupuesto federal para el 2014, la salud moviliza el 3,91% de los recursos, la educación el 3,44% y la seguridad pública el 0,35%.

La legitimidad se fundamenta, [en el modelo liberal], en la *libre* expresión de las voluntades individuales y en la *libre* competencia de los intereses particulares. Este modelo remite a una concepción del interés general concebido, no como un a priori editado por un Estado omnisciente, más bien como la síntesis de múltiples intereses extremadamente diversos y muchas veces adversos, los de la sociedad civil. En este sentido, las actividades de la sociedad civil, actividades privadas, están necesariamente al servicio del interés general²⁵.

En Brasil, tenemos que recordar que a mediados de los años 1990, con la presidencia de "FHC" (Fernando Henrique Cardoso, Partido de la Social Democracia Brasileira, 1995-2002), el Estado pasó por varias transformaciones asociadas a la doctrina llamada "social-liberal". Afirma Luiz Carlos Bresser-Pereira, exministro de Reforma del Estado (1995-1998) y principal idealizador de la reforma social-liberal del Estado brasileño durante la presidencia FHC:

En el capitalismo contemporáneo las formas de propiedad relevantes no son apenas dos, como generalmente se piensa, y como la división clásica del Derecho entre Derecho Público y Privado sugiere - la propiedad privada y la pública -, sino son tres: (1) la propiedad privada, orientada a la consecución de beneficios (empresas) o de consumo privado (familias); (2) la propiedad pública estatal; y (3) la *propiedad pública no estatal*, que también puede llamarse no gubernamental, que no está orientada al beneficio, o propiedad del tercer sector²⁶.

La fundación de Consejos paritarios, con el objetivo de compartir entre actores estatales y no estatales la gestión de algunas políticas públicas en Brasil, está asociada, entre otros instrumentos, al intento "social-liberal" de liberar al Estado de parte de las responsabilidades ligadas a las políticas sociales, apoyándose en organizaciones de la sociedad civil para gestionar de manera directa o compartida esas áreas consideradas de "propiedad no estatal". A pesar del intento de Bresser-Pereira de diferenciar la

²⁵ WEERTS, L., *Acteurs non étatiques et ordre politique. Quatre modèles théoriques de la «société civile»*, mimeo, Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 3, destacado y traducido por el autor.

²⁶ BRESSER-PEREIRA, L.-C., "Uma reforma gerencial da administração pública", mimeo, 1996, p. 14, destacado por el autor.

doctrina social-liberal de la neoliberal²⁷, las dos doctrinas tienen ese punto en común: predicán el retroceso y la exención de responsabilidad del Estado en los asuntos que no son del interés directo de quien opera, puebla o controla el mismo; y esto se realiza por medio de un cálculo y de una manipulación de intereses, tal como la descrita por el filósofo francés Michel Foucault en *El Nacimiento de la Biopolítica*.

En realidad, lo que se produce es un intento de descalificación de la lógica política para pasar exclusivamente a una administración gubernamental (o policial) de los intereses, típica de la sociedad de control y de la razón del Estado mínimo, de un modelo de estado mercado-centrado.

Este fenómeno no es del todo nuevo: fue iniciado en los años 1990 y coincidió, en Brasil y en toda América Latina, con un momento de institucionalización de los nuevos regímenes democráticos. No obstante, el movimiento de externalización de las principales políticas sociales y, especialmente de las que centran su foco de atención en la defensa de los derechos humanos, se muestra cada año más consolidado. En realidad, la gubernamentalidad neoliberal, especialmente por medio de abstrusos procesos de evaluación²⁸, lleva a las administraciones públicas a deshacerse, siempre que sea posible, de las tareas que no interesan directamente al mercado.

En 1992, los norteamericanos Ted Gaebler y David Osborne habían construido un recetario completo para incitar a los gobiernos a adoptar el arte neoliberal de gobernar, explicando que se tenía que “reinventar el gobierno” e indicando “como el espíritu

²⁷ Según Bresser-Pereira, “En el plano económico la diferencia entre una propuesta de reforma neoliberal y una social-democrática o social-liberal está en el hecho de que el objetivo de la primera es que el Estado se retire de la economía, mientras el de la segunda es aumentar la gobernanza del Estado, es dar al Estado medios financieros y administrativos para que pueda intervenir efectivamente siempre que el mercado no consiga estimular la capacidad competitiva de las empresas nacionales y de coordinar adecuadamente la economía” (BRESSER-PEREIRA, L.-C., “Uma reforma gerencial da administração pública”, mimeo, 1996, p. 2)

²⁸ Para saber más sobre el carácter irracional de los procesos de evaluación ligados a la gubernamentalidad neoliberal, leer el excelente ensayo de Abelheuser, Gori y Sauret: ABELHAUSER, A., GORI, R., SAURET, M.-J., *La folie Évaluation. Les nouvelles fabriques de la servitude*, Éditions Mille et Une Nuits, Paris, 2011.

empresarial está transformando el sector público²⁹. Los dos autores exponen en el libro los diez mandamientos de la cultura empresarial que, según ellos, deberían ser seguidos en una nueva gestión pública (*New Public Management* o Nuevo Gerencialismo Público). Estos autores tienen la firme convicción de que aplicar los métodos empresariales en la administración estatal es sinónimo de modernización de la misma:

1) Competición entre los proveedores de servicios públicos; 2) Transferencia del control de las actividades de la burocracia a la comunidad; 3) Evaluación de los órganos gubernamentales centrada en sus resultados y no en los insumos; 4) Orientación de la acción gubernamental por objetivos en vez de por reglas y reglamentos; 5) Redefinición de los usuarios como clientes, ofreciéndoles opciones (competencia entre servicios); 6) Foco en la prevención de los problemas; 7) Prioridad a la inversión en la producción de los recursos y no en los insumos; 8) Descentralización de la autoridad, promoviendo la gestión con participación; 9) Preferencia por los mecanismos de mercado en vez de soluciones burocráticas; 10) Articulación de los sectores públicos, privado y no gubernamental en acciones conjuntas.

Estos mandamientos merecerían por sí mismos un análisis detallado, pero el presente trabajo tiene otro objetivo que el comentar la "filosofía" del *New Public Management*. Apenas debemos observar que encontramos en esas nuevas reglas todo un recetario para poder imponer la "forma empresa" a la administración pública y a un "sector público no gubernamental", como si estos estuviesen orientados a conseguir un beneficio, como si no tuviesen que tener en cuenta en su actuación ninguna preocupación de orden político. En fin, se predica cierta despolitización de los sectores públicos, "estatal" y "no estatal", para restringirlos a meros proveedores de los servicios que el mercado no consigue producir a través de la lógica del beneficio y de los cambios de mercancías.

También podemos notar que los 10 mandamientos guardan relación con la definición de la propiedad pública no estatal descrita en la reforma de la administración pública brasileña por Luiz Carlos Bresser Pereira, y sin duda podríamos encontrar otros ejemplos similares en el resto de América Latina y de Europa. Es un hecho

²⁹ GAEBLER, T., OSBORNE, D., *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Addison-Wesley, Reading (MA), 1992.

que las ONGs (“sector público no gubernamental”) son consideradas protagonistas de la nueva gestión pública. Por otro lado, ni toda área gubernamental es susceptible de ser gestionada por el “tercer sector”: apenas el área social, cuya lógica es contraria a la lógica del mercado porque no se sustenta a partir del beneficio, sino a partir del gasto, que es exactamente lo contrario. Pierre Bourdieu llamaba a esta área específica de la gestión estatal “la mano izquierda del estado”:

(...) asistentes sociales, educadores, magistrados y, también, cada vez más, docentes y profesores primarios. Ellos constituyen lo que yo llamo mano izquierda del estado, el conjunto de los agentes de los ministerios “gastadores”, que son el vestigio, en el seno del Estado, de las luchas sociales del pasado. Ellos se oponen al Estado de la mano derecha, a los burócratas del ministerio de las Finanzas, de los bancos públicos o privados y de los gabinetes ministeriales³⁰.

Víctimas de la coincidencia, en América Latina, de la desestructuración del *welfare state* y, en parte, de la propia restauración de regímenes democráticos liberales, las ONGs más politizadas, ligadas más visceralmente a la defensa de los derechos humanos, consideraban la oportunidad de una contribución directa o indirecta en la gestión de la cosa pública como una victoria política. Tal vez menos nítido en sus manifestaciones, en Europa, el fenómeno parece haber coincido con la conquista del poder por partidos socialdemócratas en los años 1980 y 1990, posiblemente contribuyendo a la progresiva transformación de los mismos en partidos social-liberales (Labour Party en el Reino Unido, Parti Socialiste en Francia, etc.). En los dos casos, en relación a su participación cada vez mayor en la gestión pública, las ONGs más ligadas a la defensa de los derechos humanos fueron, en nuestra opinión, víctimas de una *illusio*, en el sentido bourdieuniano, lo que significa “estar preso al juego, preso por el juego, creer que el juego vale la pena o, para decirlo de manera más simple, que vale la pena jugar”³¹.

³⁰ BOURDIEU, P., *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 10.

³¹ BOURDIEU, P., *Razões Práticas. Sobre a teoria da ação*, Papirus, Campinas, 2011 (1994), p. 139.

En un trabajo reciente, llegamos a estudiar de qué forma la participación de las ONGs de defensa de los derechos humanos en Consejos de gestión paritarios apenas constituye un *marché de dupes* (engaño, ilusión) que reviste la forma de la arena política para vaciar mejor la posibilidad de expresión del conflicto político-ideológico y para reducir sustancialmente el poder de militancia y de movilización popular que tales ONGs tradicionalmente representaban:

la tendencia natural de esas nuevas institucionalidades es que se minimicen las capacidades de representación popular de las organizaciones de la sociedad civil, debilitando la calidad de la contribución de las mismas en la emisión de normas y reformas efectivas capaces de modificar sustancialmente las políticas públicas en pauta. La observación del funcionamiento interno de los Consejos paritarios lleva casi siempre a la misma constatación: los miembros gubernamentales intentan imponer la pauta gubernamental, legitimándola a través de la consulta técnica (o simple caución moral) de las organizaciones de la sociedad civil, y los miembros no gubernamentales no consiguen imponer una pauta importante, a no ser al margen o en los silencios de las estrategias políticas gubernamentales³².

La mayoría de las veces, para componer los Consejos son escogidas las mismas organizaciones, en base al reconocimiento de su competencia *técnica*. Por ejemplo, las asociaciones estatales de defensa de los derechos humanos generalmente integran los Consejos de seguridad pública y los Consejos de derechos humanos. En los Consejos de defensa de los derechos de los menores de edad de Brasil, las organizaciones estatales CEDECA (Consejo de Defensa de los Derechos del Niño y del Adolescente) y las sesiones estatales de la OAB (Organización de los Abogados de Brasil) aparecen como actores imprescindibles en el debate. Los Consejos paritarios, incluso ofreciendo oportunidades reales de participación de las ONGs en las políticas públicas en cuestión, guardan en su esencia las

³² DELUCHEY, J.-F., "A sociedade civil organizada e a administração governamental dos interesses: o exemplo dos conselhos paritários", *Revista Estudos Políticos*, N.5, 2012/02, p. 85. Accesible en línea: <http://revistaestudospoliticos.com/wp-content/uploads/2012/12/5p77-101.pdf>. Leer también DELUCHEY, J.-F., *Sécurité Publique et Ordre Démocratique. L'État du Pará*, Tesis de doctorado, Université de la Sorbonne Nouvelle, Institut des Hautes Études de l'Amérique latine (IHEAL-Paris III), orientador: Hubert Gourdon, 15 de noviembre de 2000, p. 383-400.

herramientas para neutralizar y alienar políticamente a las ONGs³³, que acaban teniéndose que subordinar a una lógica gerencial de regulación.

El reconocimiento de la fragilidad de expresión del discurso no gubernamental frente al poder ejecutivo, así como su confinamiento en cuestiones meramente técnicas o puntuales, tienen como consecuencia que los Consejos paritarios, deliberativos o no, acaben convirtiéndose en espacios que contribuyen a la descalificación política de las ONGs de defensa de los derechos humanos o, como mínimo, a la nítida reducción de su protagonismo político.

En el caso de los Consejos consultivos, como es, por ejemplo, el caso de la mayoría de los Consejos Estatales de Derechos Humanos en Brasil, la alienación política es todavía más sensible. El trabajo de los consejeros consultivos consiste en emitir directrices susceptibles de orientar las decisiones políticas de los órganos competentes, en crear un espacio permanente e institucional de reivindicación de la sociedad civil junto con el gobierno, así como, muchas veces, en servir de mediador en diferentes conflictos relacionados con los derechos humanos constituyendo, de esta forma, un filtro cuya función principal es la de amenizar los enfrentamientos entre el gobierno y la sociedad civil en relación a la publicación de graves denuncias sobre violaciones de los derechos

³³ Para una definición del concepto de alienación, recurrimos a la reflexión desarrollada por el filósofo alemán Hartmut Rosa en su libro *Alienation and Acceleration: Towards a Critical Theory of Late-Modern Temporality*, publicado en su versión inglesa en 2010 en las ediciones Summer University Press. En nuestro caso, nos referimos a la publicación francesa del libro. ROSA, H., *Aliénation et accélération. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, La Découverte, Paris, 2012. Teórico crítico, heredero de la Escuela de Frankfurt, Hartmut Rosa expone lo siguiente: "Para el joven Marx, una quintuple alienación del hombre resultaba del modo de producción capitalista: alienación en relación a sus acciones (en el trabajo), a sus productos (a las cosas), a la naturaleza, a los seres humanos (al mundo social) y, finalmente, en relación a sí propio. [...] Como todos bien sabemos, el concepto o el "verdadero significado" de "alienación" nunca fueron claramente definidos en el discurso social, llevando hasta a los marxistas ortodoxos a abandonar completamente la noción. [...] El centro del concepto de alienación que entiendo utilizar reside en la relación yo-mundo: la alienación indica una distorsión profunda y estructural das relaciones entre el yo y el mundo, a partir de la que un sujeto se sitúa o se "localiza" en el mundo" (p. 114-115, traducción del autor). Más adelante, Hartmut Rosa concreta un poco más su pensamiento y será en esa acepción en la que uso en el presente trabajo el concepto de alienación, que sería "el sentimiento de "no querer hacer realmente lo que se está haciendo", aunque se actúe libremente, según decisiones propias y voluntad propia" (p. 123, traducción del autor).

humanos por el Estado. El valor de la participación de las ONGs en esas arenas de gestión se determina finalmente por medio de la manipulación gubernamental de los intereses, y casi siempre acaba consolidando la alienación política de los actores de la sociedad civil organizada en relación a la lógica gubernamental.

Los propios productos políticos de la actividad de las ONGs en estos consejos paritarios acaban por tener un valor político mucho menor de lo esperado. En un reciente trabajo de investigación sobre las decisiones del Consejo Estatal de los Derechos del Niño y del Adolescente del Estado del Pará (Amazonia, Brasil), descubrimos lo siguiente:

(...) al hacerse un análisis más profundo de las resoluciones del Consejo, se verifica que la gran mayoría concierne a la organización del propio Consejo y a su integración en otras redes de políticas públicas tales como las conferencias estatales. Raras son las resoluciones que emiten directrices que puedan servir de fundamento normativo a los programas de atención de los derechos de niños y adolescentes. Se puede inferir que el Consejo delibera más para promover la realización de conferencias y para la organización administrativa interna de lo que propiamente para definir orientaciones con el fin de promocionar la política de atención³⁴.

Podemos añadir aún que los fenómenos de profesionalización acelerada y de aumento de la dependencia financiera en relación a los gobiernos, por una serie de factores que no cabe analizar aquí, hicieron que se reforzase significativamente el control ejercido sobre las ONGs, reduciendo así su capacidad de movilización política. De hecho, el fenómeno no es apenas latino-americano; también se puede encontrar en la Unión Europea, como bien muestra Antoine Garapon:

Como forma política que organiza la coexistencia humana, la razón neoliberal amplía la competencia a todos los sectores de la actividad humana: en la esfera mercantil, está claro, pero también a sectores que parecen más alejados de ella [...]. Funciona del mismo modo en el campo de los derechos humanos: las ONGs

³⁴ DELUCHEY, J.-F., HAMOY, A. C. B., *Comentários sobre as Resoluções do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado do Pará*, mimeo, 2013, p. 3.

deben adoptar un funcionamiento muy próximo al del sector de la competencia (marketing, estrategias complejas de comunicación, evaluación) con el fin de conseguir adjudicarse convocatorias de licitaciones públicas o privadas. Un sistema global que copia el sistema de mercado se estructura, progresivamente, en fundaciones, que distribuyen los fondos a los mejores proyectos y, ONGs que necesitan esa financiación para sobrevivir. No es necesario decir que esto tiene consecuencias sobre la acción de las mismas, sometidas ahora a la lógica de la oferta. Este pseudo-mercado humanitario (constituido principalmente por fundaciones norteamericanas) pasará a depender del mercado real, y especialmente de las bolsas de valores. De esta forma, la distinción entre el sentido metafórico del mercado y su existencia real no es tan radical y no puede llevarse hasta el final: existe siempre una unión entre el mercado como forma política y el mercado real³⁵.

Teniendo como telón de fondo la lógica mercadológica, el Estado amplía los mecanismos de la sociedad de control³⁶, alcanzando particularmente a la sociedad civil organizada, y aún más concretamente a la defensa de los derechos humanos. En este caso, la propia sociedad civil puede estar conspirando involuntariamente a favor de su propia descalificación ideológica y, así, favoreciendo su salida del espacio político, promoviendo, así, su integración en el espacio policial, abandonando el campo del conflicto para integrar el de la regulación o el de la administración gubernamental de los intereses. Paulatinamente, las ONGs de defensa de los derechos humanos, por lo menos en Brasil, dejaron de enfrentar directamente las elecciones gubernamentales por medio de una supervisión crítica de las acciones del gobierno, de la movilización popular y de su competencia político-ideológica en la lucha por la defensa de los derechos humanos. De este modo, además de la progresiva retirada del Estado del área de la defensa de los derechos humanos, todo indica que, en las arenas paritarias y por medio de la gestión directa de programas públicos, los

³⁵ GARAPON, A., *La Raison du moindre État, ...*, p. 22-23, traducción del autor.

³⁶ Para una reflexión consolidada sobre la "sociedad de control", leer dos pequeños textos de Gilles Deleuze: "Controle e devir" y "Post-scriptum sobre as sociedades de controle", en DELEUZE, G., *Conversações 1972-1990*, Ed. 34, São Paulo, 1992, p. 209-218 y 219-226.

gobernantes ofrecieron a las ONGs una posición para que nunca más se levantasen políticamente y se enfrentasen a lógica gubernamental neoliberal.

4. LOS DERECHOS HUMANOS: UNA SALIDA POLÍTICA

Abordar los derechos humanos consiste en hacerse una pregunta no tan simple como pueda parecer, y que Jacques Rancière formuló del modo siguiente:

∴La Declaración de los Derechos dice que todos los hombres nacieron libres e iguales. Ahora surge esta pregunta: ¿Cuál es la esfera de implementación de esos predicados? ∴¹.

Hacerse esta pregunta lleva, creemos, a respuestas cuidadas sobre qué está en juego en el gobierno de los derechos humanos, es decir, en el modo en que esos derechos son abordados por los actores sociales que intentan pensar sobre su definición.

Como hemos dicho antes, tenemos *grosso modo* dos posibles vías para tratar las violaciones de los derechos humanos, sea para las ONGs, sea para los ciudadanos, sea en el esfuerzo de los intelectuales en pautar el tema de los derechos humanos en estudios que puedan reflejar un compromiso claro en defensa de la dignidad y de la emancipación de los individuos. Una vía tiene como objetivo dar atención al problema, otra vía considera primordialmente el conflicto.

La vía hasta hoy más consolidada se basa en pensar los derechos humanos como problemas de orden técnico o gerencial. Siguiendo esta vía, nítidamente ligada a la gubernamentalidad neoliberal, podemos considerar que los textos normativos sobre los derechos humanos, en las cartas constitucionales de los Estados-Naciones y en los tratados internacionales, (con sus consecuencias en otras legislaciones y reglamentaciones infra constitucionales e incluso administrativas) sirven de guía para un horizonte común supuestamente pacificado, que podrá ser alcanzado por medio de una gestión competente y seria de la cosa pública, con crecimiento económico, con políticas públicas de calidad y con un nuevo modo de gobernar fundamentado en el par problema/solución y en el triplete eficiencia/eficacia/efectividad.

Apoyada en el progreso de las técnicas (inclusive jurídicas, económicas y sociológicas) y en el consenso como vectores de salida colectiva a la “vida buena”, yo denominaría esta lógica “lógica policial” (“*El consenso es la reducción de la política a la policía*” decía Rancière³⁷). Usando el ordenamiento jurídico como un aparente guía político, esta lógica da por entendido que el consenso ya ha sido alcanzado, y que colectivamente seremos capaces, antes o después, de alcanzar una era de derechos de los que todos podrán disfrutar en la medida en que avancen nuestra tecnología y nuestras capacidades individuales y colectivas. Esta vía correspondería, grosso modo, al polo descrito por Koerner que “*identifica el derecho como un sistema autónomo de normas, que guarda una relación de mandato con los sujetos*”³⁸.

En la lógica policial, se favorece un abordaje de los derechos humanos a partir de una reflexión global que abarca los conceptos de gestión, de políticas públicas, de derechos(s), de multiculturalismo, de gobernanza, de eficiencia/eficacia/efectividad, de objetivos/metas/productos, de evaluación y de resolución de problemas; en fin, como diría Slavoj Žižek, de “consenso post-político”. Expresión del biopoder y de la gubernamentalidad de cuño neoliberal, apoyada en la nueva gestión gubernamental y en la manipulación gubernamental de los intereses, la primera vía se presenta como normativa, pacificadora y fundada en la ciencia y en la técnica (supuestamente objetivas y neutras).

En curso hace décadas, con los resultados que ya conocemos, esta vía parece estar caminando hacia la obsolescencia, pues se muestra poco susceptible de ofrecer algo más que los derechos humanos que hoy en día ya están garantizados. La negación de cualquier sentido que se pueda atribuir a los conceptos de justicia y de igualdad también constituye un fuerte argumento para dudar de la capacidad de defender de manera satisfactoria derechos relacionados al agotamiento de las promesas de progreso económico y a la disimetría en la distribución de capitales (económico, social y cultural). El fenómeno creciente de judicialización del acceso a los derechos, así como la sustitución, en la práctica, de la universalidad

³⁷ Ver RANCIÈRE, J., *Aux bords du politique*, Éditions La Fabrique, Paris, 1998, p. 252.

³⁸ KOERNER, A., “Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos”, ..., p. 91.

de los derechos humanos por la lógica del acceso universal a estos derechos también parecen indicar un movimiento de retroceso en el disfrute efectivo de los derechos por los ciudadanos.

Al fin y al cabo, la gestión policial de los derechos humanos acaba reduciendo la dimensión universal de los mismos a una dimensión *apolítica* y falsamente universal. Como bien observa Slavoj Žižek:

«El modelo secreto de los derechos humanos, hoy en día [...] es el de los derechos de los animales. ¿Acaso la lógica oculta de la lucha por los derechos de los gays, por los derechos étnicos, por los de las comunidades marginalizadas etc., no es igual que tratarlos como especies en extinción?»³⁹.

Esta falsa diferenciación, nos dice Žižek, acaba reforzando la ficción del consenso:

En el momento en que introducimos la “multitud floreciente”, lo que afirmamos de hecho es lo opuesto, la Mesmedad subyacente que todo inunda: [...] aquí la Sociedad no antagonica es el propio “receptáculo” en el que hay espacio suficiente para toda la multitud de comunidades culturales, estilos de vida, religiones, orientaciones sexuales... [...] Cuando la diada antagonica es substituida por la notoria “multitud floreciente”, la laguna obliterada [es] la laguna antagonica entre Social y no Social, la laguna que afecta a la propia noción universal de lo Social³⁹.

Por eso, en la visión del filósofo esloveno, esta visión (neo)liberal de los derechos humanos llevaría a una negación del propio universalismo de los derechos humanos, visión que ya defendió Karl Marx en *La Cuestión Judaica*⁴⁰.

³⁹ ŽIŽEK, S., *Vous avez dit totalitarisme? Cinq interventions sur les (més)usages d'une notion*, Éditions Amsterdam, Paris, 2007, p. 237-239.

⁴⁰ Dice Marx: “ninguno de los supuestos derechos del hombre va más allá del hombre egoísta, del hombre como miembro de la sociedad civil; es decir, como individuo separado de la comunidad, confinado en sí mismo, a su interés privado y a su personal. El hombre está lejos de, en los derechos del hombre, ser considerado como un ser genérico; por el contrario, la propia vida genérica – la sociedad – surge como sistema externo al individuo, como limitación de su independencia original. El único lazo que los une es la necesidad natural, la carencia y el interés privado, la preservación de su propiedad y de sus personas egoístas” (MARX, K., *A Questão Judaica*, 1843, p. 25).

Además, los principales críticos de la razón liberal que sirve de telón de fondo a esta visión despolitizada e individualizada de los derechos humanos describen la conversión progresiva de los «derechos del ciudadano» en «derechos del hombre», o sea, de los derechos políticos en derechos humanitarios (cuya dimensión política se vacía a través de la ilusión del consenso post-político). Entre esos críticos, el filósofo Giorgio Agamben muestra como las ONGs de defensa de los derechos humanos también se conformaron a esta visión «humanitaria» de los derechos y perdieron cierto protagonismo político para finalmente encuadrar-se en los dispositivos alienadores de la gubernamentalidad neoliberal:

La separación entre lo humanitario y lo político que estamos viviendo en la actualidad es la fase extrema de la escisión entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano. Las organizaciones humanitarias, que hoy flanquean de manera creciente a las organizaciones supranacionales, no pueden empero, comprender en última instancia la vida humana más que en la figura de la nuda vida o de la vida sagrada y por eso mismo mantienen, a pesar suyo, una secreta solidaridad con las fuerzas a las que tendrían que combatir⁴¹.

Todavía podemos decir más, gobernar los derechos humanos a partir de una visión animalésca de las “especies en extinción” acaba haciendo de los derechos humanos los derechos de los no humanos, como bien dijo Jacques Rancière en su texto *“Who Is the Subject of the Rights of Man?”*,

Últimamente, esos derechos aparecen de hecho vacíos. Parecen no ser útiles. Y cuando no son de utilidad, hacemos lo mismo que hacen las personas caritativas con sus ropas viejas. Se las damos a los pobres. [...] Es de este modo, como resultado de este proceso, que los derechos del hombre se convierten en los derechos de aquellos que no tienen derechos, los derechos de seres humanos desnudos sujetos a una represión inhumana y a condiciones inhumanas de existencia⁴².

⁴¹ AGAMBEN, G., *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2012 (1995), p. 130.

⁴² RANCIÈRE, J., “Who Is the Subject of the Rights of Man?”, ..., p. 307: “Ultimately, those rights appear actually empty. They seem to be of no use. And when they are of no use, you do the same as charitable persons do with their old clothes. You give them to the poor. [...] It is in this way, as the result of this process, that the Rights of Man become the rights of those who have no rights,

Esta reflexión sirve de eco a la paradoja insuperable de la definición liberal de los derechos humanos presentada por Hannah Arendt en el libro *Orígenes del Totalitarismo*:

Si un ser humano pierde su *estatus* político, debe, de acuerdo con las implicaciones de los derechos innatos e inalienables del hombre, encuadrarse exactamente en la situación que la declaración de esos derechos generales preveía. En realidad, lo que sucede es lo opuesto. Parece que el hombre que nada más es que un hombre pierde todas las cualidades que posibilitan que los otros lo traten como semejante¹.

Retomando la diferenciación realizada por Hannah Arendt entre los derechos del hombre (una mera abstracción) y los derechos del ciudadano (relacionados con una comunidad nacional específica)⁴³, Jacques Rancière presenta otro modo de abordar los derechos humanos:

↪ los derechos del ciudadano son los derechos del hombre – pero los derechos del hombre son los derechos de la persona no politizada, son los derechos de los que no tienen derechos, lo que nada añade – o los derechos del hombre son los derechos del ciudadano, los derechos referentes al hecho de ser ciudadano de este o aquel estado constitucional. Esto significa que son los derechos de los que tienen derechos, lo que lleva a una tautología. O los derechos de los que no tienen derechos o los derechos de los que tienen derechos. O un vacío o una tautología [...]. Hay de hecho una tercera acepción, que voy a presentar del siguiente modo: los Derechos del Hombre son los derechos de los que no tienen los derechos que ellos tienen y tienen los derechos que ellos no tienen ¹.

the rights of bare human beings subjected to inhuman repression and inhuman conditions of existence”.

⁴³ Para Hannah Arendt, “No apenas la pérdida de derechos nacionales conllevó la pérdida de los derechos humanos, sino que la restauración de esos derechos humanos, como demuestra el ejemplo del Estado de Israel, sólo puede realizarse hasta ahora por medio de la restauración o por el establecimiento de derechos nacionales. El concepto de derechos humanos, basado en la supuesta existencia de un ser humano en sí, se desmoronó en el mismo instante en que aquellos que decían creer en él se confrontaron por primera vez con seres que realmente habían perdido todas las otras cualidades y relaciones específicas – excepto la de aún ser humanos. El mundo no vio nada de sagrado en la abstracta desnudez de ser únicamente humano” (ARENDR, H., *Orígenes do totalitarismo*, ..., p. 333).

Como ejemplo, el filósofo cita a las mujeres que, en la revolución francesa de 1789, no tenían ningún derecho político reconocido, pero a las que se guillotino por haberlas considerado “enemigas de la revolución”, habiendo reconocido en este acto su *estatus* de sujeto político. Así, para simplificar (tal vez abusivamente) esta tercera proposición del filósofo francés, podríamos decir que los derechos humanos son los derechos de los que no consiguen alcanzar los derechos proclamados, y son los derechos de los que no tienen esos derechos formalmente reconocidos.

Consideradas las objeciones arriba referidas, concerniente a la óptica policial de los derechos humanos, una salida reside en devolver la universalidad a los derechos humanos por medio de una repolitización de los derechos humanos; abordarlos a partir de la óptica del conflicto político y de la expresión del “desacuerdo”.

Bajo esta visión, hay que reconocer que no existe consenso, y que así, pensar en los derechos humanos no pasa de la simple adhesión a una *illusio*. El conflicto siendo el verdadero motor de la historia y el *ethos* de clase estando el *ethos* más profundamente enraizado al sujeto⁴⁴, surgen desafíos particulares para un abordaje de los derechos humanos.

Creemos que la salida colectiva para la “vida buena” deba pasar por la política, esto es, por el acto de asumir que no existe consenso, y que todo horizonte común debe pasar por un momento de superación del conflicto a partir de la exposición visible y asumida del propio conflicto – en especial a través del “desacuerdo”. Una vez más, el texto “*Who Is the Subject of the Rights of Man?*”, de Jacques

⁴⁴ Para los sociólogos Bourdieu, Chamboredon y Passeron, “Entre todos los presupuestos culturales que el investigador corre el riesgo de aplicar en sus interpretaciones, el *ethos* de clase, principio a partir del que se organizó la adquisición de los otros modelos inconscientes, ejerce una acción de la forma más larvaria y más sistemática. [...] el sociólogo que no haga la sociología de la relación a la sociedad característica de su clase social de origen correrá el riesgo de reintroducir, en su relación científica al objeto, los presupuestos inconscientes de su primera experiencia de lo social o, más sutilmente, las racionalizaciones que permiten a una intelectual reinterpretar su experiencia según una lógica que debe siempre algo a la posición que ocupa en el campo intelectual”. Ver BOURDIEU, P., CHAMBOREDON, J.-C., PASSERON, J.-C., *Oficio de Sociólogo. Metodología da pesquisa na sociologia*, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 2007 [1968], p. 92.

Rancière nos puede ayudar a entender mejor qué está en juego en la inscripción de los derechos humanos:

“El sujeto de los derechos es el sujeto, o más precisamente el proceso de subiectivación, que completa el intervalo entre dos formas de existencia de esos derechos. Dos formas de existencia. Primero, son derechos escritos. Son inscripciones que presentan la comunidad como libre e igual. De este modo, no son apenas las cualidades de un ser no existente. [...] También son parte de la configuración de lo que es puesto. Lo que es puesto no es solamente una situación de desigualdad. Es también una inscripción, una forma de la visibilidad de la igualdad. Segundo, los Derechos del Hombre son los derechos de los que hacen algo con esa inscripción, que deciden no apenas “usar” sus derechos, sino también construir tal o tal caso para dar poder a esta inscripción. No consiste solamente en comprobar si la realidad confirma o niega los derechos. El punto es saber qué significa la *confirmación* o la *negación*”⁴⁵.

Es decir, para que sea política, la salida en favor de la defensa de los derechos humanos debería buscar poner en perspectiva la lógica policial y la lógica de la igualdad¹. Por tanto, urge volver a realizar una lectura, políticamente más problematizada, del principio de igualdad de todos. Esto implicaría finalmente dejar al margen lo *humano* de los “derechos humanos” para reinstaurar la problemática del *ciudadano universal*¹.

En caso contrario, se podría llegar a considerar como sujeto de derechos humanos únicamente a las víctimas de la negación de la humanidad, según la lógica de las “especies en extinción”. Al fin y al cabo, correremos el riesgo de despolitizar los derechos humanos y abandonarlos en el campo de la ética, es decir, como bien resumió Slavoj Žižek, “apelarse a referencias a la oposición pré-política entre

⁴⁵ RANCIÈRE, J., “Who Is the Subject of the Rights of Man?”, ..., p. 302-303, traducido y destacado por el autor: “The subject of rights is the subject, or more accurately the processus of subiectivization, that bridges the interval between two forms of the existence of those rights. Two forms of existence. First, they are written rights. They are inscriptions of the community as free and equal. As such, they are not only the predicates of a nonexisting being. [...] They are also part of the configuration of the given. What is given is not only a situation of inequality. It is also an inscription, a form of visibility of equality. Second, the Rights of Man are the rights of those who make something of that inscription, who decide not only to “use” their rights but also to build such and such a case for the power of the inscription. It is not only a matter of checking whether the reality confirms or denies the rights. The point is about what *confirmation* or *denial* means”.

el Bien y el Mal⁴⁶, con las innumerables consecuencias que todos conocemos (Yugoslavia, Irak, Afganistán, el tratamiento a los inmigrantes ilegales en Europa o en América del Norte, etc.).

Por el contrario, politizar el abordaje de los derechos humanos significa promover la universalidad de la ciudadanía, rescatar y discutir los conceptos de justicia y de igualdad, y provocar la expresión del “desacuerdo” por el enfrentamiento de la lógica policial y de la lógica de la igualdad, con el objetivo de restaurar urgentemente el proyecto democrático⁴⁷, y del ciudadano como sujeto político universal. Continuar pensando y gobernando los derechos humanos a través de la lógica gerencial o policial, instaurar una moratoria ilimitada articulando derechos y políticas públicas en nombre de un ilusorio consenso post-político, apenas contribuye a fijar los derechos humanos en el mármol de un edificio lujoso de Nueva York, sin vida, sin esperanza.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G., *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2012 (1995).
- ARENDT, H., *Origens do totalitarismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 1989 [1949]
- BOURDIEU, P., *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1998.
- BOURDIEU, P., *Razões Práticas. Sobre a teoria da ação*, Papirus, Campinas, 2011 (1994).
- BOURDIEU, P., CHAMBOREDON, J.-C., PASSERON, J.-C., *Ofício de Sociólogo. Metodologia da pesquisa na sociologia*, Vozes, Petrópolis, 2007 [1968].
- BRESSER-PEREIRA, L.-C., “Uma reforma gerencial da administração pública”, mimeo, 1996, 21 p., versión internet del capítulo 16 del libro: BRESSER-PEREIRA, L.-C., *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil*. Editora 34, São Paulo, 1996. Acceso el 16 de diciembre de 2013 en la página internet:

⁴⁶ ŽIŽEK, S., La suspensión política de la ética, ..., p. 198.

⁴⁷ Para Antoine Garapon, “El neoliberalismo nos obliga a ultrapasar la simple invocación formal de la democracia y decir por qué tenemos que preferir la democracia, argumentando los motivos por los que las instituciones democráticas son superiores al orden espontáneo del mercado”. GARAPON, A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, ..., p. 241, traducción del autor.

<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/96.ReformaDaAdministracaoPublica.pdf>

- DARDOT, P., LAVAL, C., *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La Découverte, Paris, 2010.
- DELEUZE, G., *Conversações 1972-1990*, Ed. 14, São Paulo, 1992.
- DELUCHEY, J.-F., "A sociedade civil organizada e a administração governamental dos interesses: o exemplo dos conselhos paritários", *Revista Estudos Políticos*, N.5, 2012/02, pp. 77-101. Accesible en <http://revistaestudospoliticos.com/wp-content/uploads/2012/12/5p77-101.pdf>
- DELUCHEY, J.-F., *Sécurité Publique et Ordre Démocratique. L'État du Pará*, Tesis de doctorado, Université de la Sorbonne Nouvelle, Institut des Hautes Études de l'Amérique latine (IHEAL-Paris III), orientador: Hubert Gourdon, 15 de noviembre de 2000.
- DELUCHEY, J.-F., HAMOY, A. C. B., *Comentários sobre as Resoluções do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado do Pará*, mimeo, 2013.
- FATORELLI, M. L., *Dívida consumirá mais de um trilhão de reais em 2014*, mimeo, 27/09/2013, 2 páginas. Acceso el 16 de diciembre de 2013 en la página internet <http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Artigo-Orcamento-2014.pdf>
- FOUCAULT, M., *Nascimento da Biopolítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2008a.
- FOUCAULT, M., *Segurança, Território, População*, Martins Fontes, São Paulo, 2008b.
- GARAPON, A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, Paris, 2010.
- GOFFMAN (Erving), *La mise en scène de la vie quotidienne. 1- La présentation de soi*, Minuit, coll. « Le sens commun », Paris, 1973.
- HAYEK, F., *Droit, Législation et Liberté*, vol. 2, PUF, Paris, 1981.
- KOERNER, A., "Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos", *Lua Nova*, nº 57, 2002, pp. 87-112.
- MARX, K., *A Questão Judaica*, 1843, versión internet publicada en la página internet: http://www.lusosofia.net/textos/marx_questao_judaica.pdf
Acceso el 16 de diciembre de 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.
- RANCIÈRE, J., *Aux bords du politique*, Éditions La Fabrique, Paris, 1998.
- RANCIÈRE, J., *El desacuerdo. Política y filosofía*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1996.

- RANCIÈRE, J., "Who Is the Subject of the Rights of Man?", *The South Atlantic Quarterly*, 103:2/3, Spring/Summer 2004, pp. 297-310.
- SABATIER, P. A., *Theories of the Policy Process*, Westview Press, Boulder (Colorado), 2007
- WACQUANT, L., "Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente", *CADERNO CRH*, Salvador, v. 25, n. 66, Set./Dez. 2012, pp. 505-518.
- WEERTS, L., *Acteurs non étatiques et ordre politique. Quatre modèles théoriques de la «société civile»*, mimeo, Université Libre de Bruxelles, 2005, pp. 1-18, Acceso el 16 de diciembre de 2013 en la página de internet:
http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/Contribution_Laurence_Weerts.pdf
- ŽIŽEK, S., *La suspensión política de la ética*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005.
- ŽIŽEK, S., *Vous avez dit totalitarisme ? Cinq interventions sur les (més)usages d'une notion*, Éditions Amsterdam, Paris, 2007.
- ŽIŽEK, S., DALY, G., *Arriscar o impossível. Conversas com ŽIŽEK*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

2

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS ¿QUÉ ES Y CÓMO SE APLICA A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

Carlos Alza Barco

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

El trabajo busca brindar una metodología básica para comprender y aplicar el Enfoque Basado en Derechos (EBD). Se presentan los elementos básicos del EBD como instrumento metodológico y criterio ético para el desarrollo y su aplicación a las políticas públicas por medio de cinco pasos: delimitar la política pública, comprendiendo el problema público que la política pública resolverá y la alternativa de solución seleccionada; delimitar el derecho (establecer los estándares nacionales e internacionales, definir qué derechos y sus contenidos); identificar las obligaciones estatales; verificar los principios transversales; y establecer los contenidos específicos para verificar el EBD en la política pública (la arquitectura institucional, las políticas y estrategias, y los programas y proyectos). Se utiliza como ejemplo la política de agua y saneamiento en el Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Las Naciones Unidas han solicitado a los organismos financieros internacionales que incorporen en sus proyectos el Enfoque Basado en Derechos (EBD); las agencias de cooperación financian proyectos insistiendo en que las políticas públicas tengan EBD; y la academia en diversas partes del mundo busca que el EBD se difunda, enseñe y aplique. Aun cuando hay algunos aspectos básicos en su constitución, que hoy resultan espacios de convergencia, también es cierto que hay diversos enfoques del enfoque, valga la redundancia.

El presente documento busca brindar una metodología básica para comprender y aplicar el EBD, que pueda servir a *practitioners*, activistas, académicos y, sobre todo, a los tomadores de decisión pública, que son el principal objetivo del enfoque desde sus orígenes. La estrategia que aquí proponemos es el resultado de nuestra particular experiencia en la Defensoría del Pueblo del Perú, del acompañamiento a instituciones públicas en el sector público peruano como consultor, y de reflexiones y acompañamiento a mis alumnos y alumnas en los cursos de pre y posgrado en Ciencia Política y en Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Tiene, por eso, una orientación práctica más que teórica, pero no por ello deja de tener sustento en reflexiones y lecturas académicas que sería tedioso e inadecuado desarrollar en esta publicación.

Presentaré primero qué entiendo por enfoque de derechos, cuáles son sus elementos básicos, para terminar dando unas pistas de cómo aplicar el enfoque de derechos en las políticas públicas. Usaré para estos efectos algunos ejemplos, principalmente vinculados al derecho al agua y a algunos derechos vinculados a las políticas de desarrollo e inclusión social en el Perú. No cabe duda que es una propuesta en permanente construcción y serán bienvenidas las críticas y aportes que ayuden a su mejoramiento para convertirlo en un instrumento valioso para los gobiernos y quienes los conforman y, por supuesto, para sus ciudadanos y ciudadanas.

Debo reconocer el aporte de dos competentes profesionales del derecho, Bruce Barnaby y Gustavo Zambrano, en la revisión y mejoramiento de la propuesta metodológica; y a Denisse Castillo, estudiante de Ciencia Política, y a Augusto Arrasco, profesional del derecho, por su colaboración en la sistematización y edición del texto final.

2. ¿QUÉ ES EL EBD?

El denominado “Enfoque de derechos”, conocido originalmente como “*Rights based approach*”, proviene de la literatura y de la práctica del desarrollo. Emergió hacia los inicios de los años noventa después de terminada la Guerra Fría y tomó mayor relevancia con la Cumbre de Copenhague sobre Desarrollo

Social en 1995. Bajo la forma de “reivindicación de derechos”, el enfoque de derechos ha venido siendo un discurso permanente en países latinoamericanos y en el África, donde se construyó una tendencia nacionalista y anticolonialista para ir definiendo los límites a la dominación y el abuso.

La Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 fue un hito inicial muy importante en este tema

¹. La Resolución 41/133 del 4 de diciembre del mismo año, que detallaba un plan para poner en práctica el derecho al desarrollo, generó conflictos por la carga ideológica que parecía contener. Por lo cual los países industrializados se negaron a aceptarlo porque lo vieron como una imposición de un solo lado para la solución de los problemas referentes a la deuda, eliminación de barreras comerciales, promoción de la estabilidad monetaria y desarrollo científico y cooperación técnica². No fue hasta la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993 que el principio de indivisibilidad, interdependencia y naturaleza no jerárquica de los derechos se empezó a expandir, aun cuando en Latinoamérica, el enfoque de derechos en el desarrollo se mantuvo más marcado por los entonces denominados derechos de primera generación³.

Fueron las agencias de cooperación para el desarrollo las que pusieron de relieve –en los años noventa– dicho enfoque, tanto en sus prácticas como en sus relaciones con los Estados y la sociedad civil, en particular, en los países en desarrollo a los que prestan ayuda⁴. Grandes ONG como Amnistía Internacional y las principales agencias de cooperación para el desarrollo como el DFID

¹ Cfr. ALSTON, P., “Making Space for Human Rights: The Case of the Rights to Development”, *Harvard Human Rights Yearbook*, Vol. 1, 1988; KÉBAM’BAYE, “Le droit au développement comme un droit de l’homme », *Revue Internationale des droits de l’homme*, vol. 5, 1972; ARJUNSENGUPTA, “On the Theory and Practice of the Right to Development”, *Human Rights Quarterly*, vol. 24, 2002.

² Cfr. BROWNLIE, IAN, “The human right to development”, *Human Rights Unit Occasional Paper* November, London: Commonwealth Secretariat. p.12, 1989.

³ Esto es explicable por la tendencia autoritaria de los gobiernos de turno que hacía de la atención de estos derechos el asunto más urgente.

⁴ Cfr. NYAMU-MUSEMBI, CELESTE and ANDREA CORNWALL, “What is the “rights-based approach” all about? Perspectives from international development agencies.” *IDS Working Paper* 234 Brighton, 2004.

incorporaron dicho discurso con más fuerza, recién hacia inicios de los 2000⁵. Los derechos económicos y sociales poco a poco fueron retomando su importancia, aunque ciertamente poniéndose mayor énfasis en su exigibilidad, recién hacia fines de los noventa e inicios del 2000.

Es en el marco de esta discusión que surge el denominado “Enfoque de Derechos”, que lejos de ser más de lo mismo (reivindicación de derechos, teoría constitucional o derecho internacional de los derechos humanos), se constituye más bien como un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que –desde el punto de vista normativo– está basado en las normas internacionales de derechos humanos y –desde el punto de vista operacional– está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos⁶.

2.1. Es un instrumento metodológico

El EBD es un *instrumento metodológico* que usa el discurso de la teoría constitucional e internacional de los derechos humanos, pero que a su vez incorpora una dimensión política en el análisis: el de la decisión pública adoptada a través de las políticas públicas del Estado, quien se hace principal responsable de la vigencia de los derechos y pone al ciudadano al centro de toda decisión.

Sin embargo, este marco conceptual y metodológico no ha estado exento de dificultades en su aplicación. Los instrumentos internacionales y las normas constitucionales son estándares cuya aplicación al momento de tomar decisiones por parte de la autoridad pública requiere de procesos de operacionalización que – en muchísimos casos– aún no se han logrado. La norma le dice al tomador de decisión que existe un derecho del cual es sujeto obligado de protección, pero no le dice en qué consiste, cuál es su contenido, ni cuáles son las acciones que debe tomar para resolver

⁵ Cfr. DFID, Making Government Work for Poor People Strategies for Meeting the International Development Targets, London: DFID, 2001; DFID, Poverty: Bridging the Gap, London: DFID, 2001.

⁶ Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos” Nueva York y Ginebra: ONU, 2006.

su tutela. Tampoco ha resuelto los *trade-offs* o dilemas de la decisión pública, fundamentalmente expresados en la priorización de los problemas a resolver o de las alternativas de solución: poco presupuesto para una multiplicidad de problemas, ante una multiplicidad de posibilidades de solución, en un marco de múltiples actores con diversos intereses, visiones y expectativas, muchas veces contradictorias.

En vista de ello, y aun cuando no existe una receta universal para el EBD, los organismos de las Naciones Unidas han realizado un esfuerzo para delimitar dicho enfoque, acordando un conjunto de atributos fundamentales⁷:

- 1) Cuando se formulen las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos.
- 2) Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a los ciudadanos y ciudadanas como titulares de éstos, el contenido de los derechos, y los correspondientes titulares de deberes y las obligaciones (Estado), procurando fortalecer las capacidades de los primeros para demandar su vigencia y de los segundos, para realizarlos o crear condiciones para su vigencia.
- 3) Los principios y las normas contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación.

2.2. Es un criterio ético para el desarrollo

El EBD es también un *criterio ético* toda vez que constituye una forma particular de asumir el papel del Estado y una forma de accionar y movilizar la maquinaria y el poder estatal para lograr el desarrollo. Dicho modelo de desarrollo responde al de expansión de capacidades o libertades propuesta por Amartya Sen, que se formuló en el informe del PNUD de 1990, el mismo que difiere del enfoque de necesidades radicales o básicas (*needs-based*

⁷ *Ibidem*.

approach) y del enfoque utilitarista (*cost-based analysis*) en los criterios para adoptar decisiones de política pública⁸.

Así, el enfoque de derechos aporta al desarrollo la posibilidad de superar la mera generación de riqueza y el aseguramiento de más recursos para prestar servicios a grupos marginales como noción base del desarrollo. En otras palabras, el EBD permite superar el enfoque asistencial de la ayuda internacional y la focalización en la infraestructura y la provisión de bienes y servicios, características típicas de un enfoque basado en necesidades, de manera que la persona humana deja de ser un mero beneficiario de los programas, proyectos y políticas públicas para ser un titular de derechos⁹.

El EBD también aporta al desarrollo la posibilidad de superar los análisis meramente utilitarios que focalizan la atención allí donde los recursos lleguen a mayor población, aun cuando los problemas sean menos serios; o la mera búsqueda de impacto cuantitativo, que suele llevar a decisiones más tendentes a la captura, a la elección pública basada en intereses electorales, entre otros vicios. De esta manera, el EBD le da prioridad a la asignación de recursos a aquellos tipos de violación de derechos más severos o gruesos aunque sólo sean afectados un pequeño número de personas, sin perjuicio de atender aquellos menos graves que afectan a un gran número de personas. Sin duda, la exigencia de atención es aún mayor cuanto más integral. La persona humana deja de ser aquí un consumidor o usuario, para pasar a ser un ciudadano que se apropia, exige y realiza sus derechos¹⁰. En este sentido, he afirmado numerosas veces que el enfoque de derechos implica también una posición ética frente a la acción del Estado y la sociedad.

⁸ Cfr. EYBEN, ROSALIND (2004) "Donors, Rights-based Approaches and Implications for Global Citizenship: A Case Study from Perú". En: KABEER, N. (ed.) *Meanings and Expressions of Citizenship*, London: Zed Books; EYBEN, ROSALIND, "Internacional development organizations and rights based approaches", presentation to "Rights and Power" workshop, IDS, November, 2003; EYBEN, Rosalind y RAMANATHAN, U., "Rights-based approaches to inclusive development: perspectives on the implications for DFID India", mimeo, 2002.

⁹ Cfr. Amartya Sen, "Development as Freedom". New York: Knopf, 1998.

¹⁰ CORNWALL, Andrea, Beneficiary, Customer, Citizen: Shifting Currents in Participation in Development. Brighton: IDS, 2002.

Entonces, el EBD es un instrumento transformador de las prácticas del desarrollo que permite que las agencias, gobiernos, sociedad civil y organizaciones sociales modifiquen sus miradas y sus acciones. Así, las agencias de desarrollo destinan los recursos a áreas distintas a las hasta ahora dadas; los gobiernos revisan sus políticas públicas haciéndolas más participativas; la sociedad civil y las organizaciones sociales se apropian de los derechos, reclaman el cumplimiento de las obligaciones estatales y asumen también una labor proactiva en la solución de los problemas. Todos estos actores realizan acciones que permiten que la gente pueda reconocer y reclamar sus derechos establecidos como derechos humanos, antes que fijarse meramente en las necesidades que tienen que ser satisfechas. Se pasa del mero espacio de estrategias de desarrollo de satisfacción de necesidades, provisión de servicios y generación de infraestructura, a una más profunda de apropiación de derechos, y por tanto, de generación de ciudadanía ¹¹. Con este proceso, también se produce el tránsito “beneficiario - consumidor - ciudadano”. Lo que implica una mirada distinta de los procesos políticos, una mirada desde los actores, la promoción de su participación y la apropiación de derechos.

Gráfico 1. Evolución de los enfoques de las políticas públicas para promover desarrollo humano. Elaboración propia.



¹¹ NUSSBAUM, MARTHA, “Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution”, En: *Oxford Studies in Ancient Philosophy, Supplementary*, Volume 1, 1998, pp. 145-184; NUSSBAUM, MARTHA, “Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach”, En: NUSSBAUM, MARTHA y SEN, A. (eds.) *The Quality of Life*, Oxford: Clarendon Press, 1993.

3. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL EBD?

Existe en el mundo del desarrollo una diversidad de formas de entender y operar el EBD. En la búsqueda de seguir una metodología para lograr que este tipo de enfoque se logre aplicar en políticas concretas, sea medible y sobre todo evaluable es necesario delimitar cuáles son los elementos básicos que lo componen:

Cuadro 1. Elementos básicos del EBD. Elaboración propia.

1. Delimitación del derecho:
 - a. Identificación del derecho.
 - b. Elementos del contenido del derecho.
2. Obligaciones del Estado:
 - a. Obligaciones de respetar.
 - b. Obligaciones de proteger.
 - c. Obligaciones de garantizar.
 - d. Obligaciones de promover.
3. Principios transversales:
 - a. Principio de igualdad y no discriminación.
 - b. Principio de progresividad y no regresividad.
 - c. Principio de participación ciudadana en la toma de decisiones.
 - d. Principio de transparencia y rendición de cuentas.

Asimismo es necesario considerar que el ser humano es el centro de la decisión pública y, por tanto: (i) las decisiones deben estar orientadas a lograr la vigencia y garantía de sus derechos y la mejora progresiva de su calidad de vida; (ii) se debe de reconocer la situación actual de la vigencia y exigibilidad de los derechos relacionados con la política pública; y, (iii) será necesario establecer de manera inicial cuál es la brecha en el cumplimiento de los derechos (diferencia entre la situación actual y los estándares e indicadores de derechos humanos).

Pero, ¿de qué manera estos elementos constitutivos se articulan entre sí? Previamente hemos afirmado que el EBD es una forma particular de asumir el papel del Estado y una forma de accionar y movilizar la maquinaria y el poder estatal para lograr el desarrollo. De ser así, el EBD para el caso de las decisiones estatales, se evidencia en la manera cómo las políticas públicas no

sólo se implementan y se evalúan, sino en cómo se diseñan. Es decir, el EBD tendrá que ser parte de la manera de hacer una política pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, los elementos del EBD se articularán a partir de aquello sobre lo cual se busca “aplicar”: utilizar el Enfoque en cuestión al momento de hacer políticas públicas. ¿Cómo puedo saber que la persona realmente está siendo el centro? La respuesta es muy compleja y es, precisamente, el propósito de este trabajo, hacer un esfuerzo por brindar una metodología, siempre perfectible, mediante la cual se pueda comprender cómo utilizar EBD en políticas concretas y evaluar su aplicación.

El líneas generales, esto exige que en el diseño de la política se establezcan acciones, mecanismos o algún medio que evidencie que el contenido de cada principio no sólo está presente, sino cuya presencia sea constante y permanente, apuntando a ser de alguna manera el espíritu de lo que da sentido a la política como ligazón con la actuación del ciudadano.

Gráfico 2. Elementos del EBD. Elaboración propia.



4. ¿CÓMO SE APLICA EL EBD?

Proponemos aquí cinco pasos básicos para aplicar el EBD, tanto para formular una política pública, así como para realizar un análisis de verificación de existencia del EBD en una política pública:

Cuadro 2. Pasos básicos para la aplicación del EBD en políticas públicas. Elaboración propia.

4. Delimitar la política pública, comprendiendo el problema público que la política pública resolverá y la alternativa de solución seleccionada.
5. Delimitar el derecho (establecer los estándares nacionales e internacionales, definir qué derechos y sus contenidos).
6. Identificar las obligaciones estatales.
7. Verificar los principios transversales.
8. Establecer los contenidos específicos para verificar el EBD en la política pública (la arquitectura institucional, las políticas y estrategias, y los programas y proyectos).

4.1. Delimitar la política pública a analizar

El primer paso para aplicar el EBD es identificar y delimitar en qué política pública se desea implementar y cuáles serán los elementos a ser tomados en consideración en el análisis. Entenderemos aquí a la política pública como un proceso decisional complejo en el que interactúan múltiples actores con el fin de resolver un problema público o crear resultados valiosos para el ciudadano o comunidad. Ésta se hará visible a través de diversos instrumentos y dispositivos de política.

Así, tomaremos como ejemplo la “política de agua y saneamiento” en el Perú, enmarcada en la política general de manejo integral de los recursos hídricos, y que está orientada a: reducir las inequidades de acceso y calidad del servicio; alcanzar sostenibilidad financiera, técnica, social y ambiental; lograr eficiencia en inversiones y operaciones; e, incorporar criterios de prevención y manejo de riesgo en la gestión. El Plan Nacional de Saneamiento 2006-2015 “Agua es Vida”, aprobado por Decreto

Supremo No. 007-2006-VIVIENDA¹², marca la pauta sobre las decisiones del sector a cargo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. A ello se suma la Ley General de Servicios de Saneamiento y las normas regulatorias que va aprobando el organismo regulador SUNASS.

4.2. Delimitación de los derechos

4.2.1. *Identificación del derecho a partir de estándares internacionales y nacionales*

Los derechos humanos son interdependientes e interrelacionados, motivo por el cual una política pública puede estar afectando muchos derechos a la vez. El nivel de complejidad del análisis sería en muchos casos extremadamente complejo, lo que no impide que se haga; de hecho, es deseable que se haga progresivamente. Sin embargo, cada política responde a resolver principalmente un problema público. Por ejemplo, las políticas educativas se orientan a hacer vigente el derecho a la educación; las políticas de salud, el derecho a la salud; las de vivienda, el derecho a la vivienda; las políticas de saneamiento, el derecho al agua potable; y así cada una. Sin duda, estas últimas, por ejemplo, también tienen que ver con el derecho a la vida, a la salud, a un nivel de vida adecuado a la vivienda misma, entre otros. Por ello, para efectos del análisis es preciso empezar con el derecho más directamente relacionado con el problema público a resolver, y, por supuesto, construir progresivamente el análisis sobre los demás derechos con el fin de lograr la integralidad de los mismos. Esto que puede parecer una tarea titánica es precisamente un papel que el Estado debe desarrollar progresivamente.

Si tomamos como ejemplo la política de agua y saneamiento, podríamos decir que es una política distributiva que busca que las personas amplíen la cobertura y mejoren la calidad y sostenibilidad de los servicios de agua potable, alcantarillado, tratamiento de aguas servidas y disposición sanitaria de excretas. Esto implica modernizar la gestión del sector saneamiento, incrementar la

¹² Publicado el 19 de marzo de 2006 en el diario oficial "El Peruano".

sostenibilidad y la calidad de los servicios, así como lograr la viabilidad financiera de las empresas prestadoras de servicios públicos de agua y saneamiento.

Hace unos años, se estudiaba el tema del agua exclusivamente como un asunto de servicios públicos domiciliarios que generaba relaciones empresa –cliente (enfoque utilitarista). La aplicación del enfoque de derechos exige generar una política pública pensando en la vigencia de un derecho que el sistema internacional viene recogiendo a través de observaciones generales y que va teniendo su derivación jurídica en la jurisprudencia. Tomemos, para el análisis, el derecho al agua como ejemplo para el análisis.

4.2.2. Contenidos del derecho

El EBD es un instrumento metodológico y ético que orienta la mirada de los tomadores de decisión de políticas públicas hacia la promoción y la protección de los derechos humanos que los Estados se han comprometido a proteger y respetar. Por tanto, para cumplir con esta tarea se hace necesario verificar si el enfoque de derechos está incorporado en las políticas públicas, lo cual implica verificar si los contenidos de los derechos han sido desarrollados y tomados en cuenta para efectos de las decisiones de política y diseño institucional adoptadas.

El establecimiento de los elementos del contenido del derecho requiere reconocer en qué consisten el principal derecho que la política quiere hacer vigente; vale decir, establecer el contenido operativo del mismo, ya que sobre la base de éste es que el EBD se va a verificar en una política en particular. En ese sentido, se deben seguir los siguientes pasos para alcanzar este primer objetivo de delimitación:

1. Identificar los estándares de los derechos a partir de los instrumentos de derechos humanos en los que se encuentran reconocidos

Siguiendo con el ejemplo, el derecho al agua se deriva del siguiente grupo de instrumentos internacionales vinculantes para el Perú;

- El “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales” (1966) y la Observación General

Nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2005) que reconoce, a la luz de los artículos 11 y 12 del referido Pacto Internacional que el derecho humano al agua potable implica el “disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular, porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

- El “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (1988) que reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que exige a los Estados Partes a luchar contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”.
- La Resolución Nº 64/292 de la Asamblea General de la ONU (2010), en la cual se reconoce que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”, exhortando a los Estados y organizaciones internacionales a “intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”.

A nivel nacional, aun cuando no está reconocido expresamente en nuestra Constitución Política, el derecho al agua es considerado como un derecho constitucional conforme con los artículos 3º y 55º de la Constitución Política del Perú así como por la 4º Disposición Final y Transitoria. Ello ha sido expresamente reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia, destacando:

- Sentencia recaída en el expediente N° 06534-2006-PA/TC de fecha 15 de noviembre del 2007 (Caso Santos Távara), en la cual se establece que el derecho al agua potable es un derecho constitucional no enumerado y se delimita el contenido de este derecho a través de las siguientes pautas:
 - Supone un derecho de naturaleza prestacional, cuya concretización corresponde promover fundamentalmente el Estado.
 - Su condición de recurso natural lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos elementales (salud, trabajo, ambiente). Asimismo, incide sobre el desarrollo social y económico del país como elemento necesario para actividades agrícolas, mineras, transporte, industria, entre otros; por lo que tiene un valor objetivo que debe ser privilegiado por el Estado.
 - Se reconoce que el Estado está obligado a garantizar: el acceso, la calidad y la suficiencia de agua; la ausencia de alguno de estos atributos impide el goce o disfrute del derecho.
- Sentencia recaída en el expediente N° 01573-2012-PA/TC, de fecha 17 de julio de 2013 (caso: Asociación Pro Vivienda Las Lomas), en la que se reconoce que el acceso al agua potable no se encuentra supeditado a la demostración de la existencia previa de un título de propiedad del lugar donde se solicita la prestación del servicio, sino a las necesidades o requerimientos existentes de los ciudadanos; y, bajo medidas razonables que permitan cubrir la necesidad del servicio, conforme con los estándares mínimos de distribución y calidad del agua.

Es preciso señalar que a nivel legal, el artículo III de la Ley de Recursos Hídricos (2009) establece que “el acceso al agua

para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario por ser un derecho fundamental sobre cualquier uso, inclusive en épocas de escasez”.

2. Identificar el contenido mínimo de los derechos

Los contenidos del derecho serán identificados a partir de un análisis normativo específico del sistema de derechos humanos, que incluye tanto los estándares nacionales como internacionales, así como la jurisprudencia vigente¹³. Para esto, se deben revisar todos aquellos instrumentos de derechos humanos que formen parte del ordenamiento nacional e internacional.

Tomaremos en cuenta estos cuatro elementos del contenido de los derechos:

- **Disponibilidad**, cuando el ciudadano lo necesite, el bien o servicio debe estar garantizado.
- **Accesibilidad**, cuando el ciudadano lo necesite, quiera recibir o gozar del bien o servicio, debe lograrlo sin discriminación alguna.
- **Calidad**, cuando el ciudadano recibe el bien o servicio debe ser óptimo para su goce y disfrute.
- **Adaptabilidad**, es necesario adecuar la política a la realidad social y cultural de las personas o comunidades a quienes se afecta.

Para seguir con el ejemplo, la delimitación del derecho al agua:

¹³ Con respecto a los instrumentos internacionales, se deben considerar las Declaraciones de los órganos internacionales que constituyen fuentes de derecho en su calidad de costumbre internacional, los tratados ratificados y en vigor por el Perú, las sentencias de los órganos jurisdiccionales a los que el Perú se haya sometido y las observaciones generales y recomendaciones dadas por dichos órganos.

Cuadro 3. Delimitación del derecho al agua. Elaboración propia.

- **Disponibilidad:** el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para usos personales y domésticos, que comprenden entre otros: el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.
- **Accesibilidad:** el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos y todas, sin discriminación alguna. Esto implica cuatro dimensiones:
 - Accesibilidad física: debe estar al alcance físico de todos los sectores de la población.
 - Accesibilidad económica: los costos y cargos directos o indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
 - No discriminación: el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos y todas de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población.
 - Acceso a la información: comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones de agua.
- **Calidad:** el agua para uso personal o doméstico debe ser salubre. No ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y sabor aceptables para cada uso personal doméstico.
- **Adaptabilidad:** las prestaciones del servicio de agua, el acceso y la calidad del servicio deben ser adecuados a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular, mujeres, niños, grupos minoritarios, pueblos indígenas, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos, trabajadores migrantes, presos y detenidos. Las comunidades nómadas y errantes tienen derecho al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales y designados.

4.3. Identificación de las obligaciones estatales

Las acciones, normas o estrategias que utilicen los Estados deberán ser medidas por su impacto en la protección y promoción de los derechos de los seres humanos y no bajo criterios de eficiencia de ejecución de actividades. Entonces, el Estado debe actuar garantizando los derechos humanos, incorporando la visión de que el eje central es el ser humano y que el objetivo de sus acciones es que hombres y mujeres puedan ejercer de manera plena sus derechos. Por tanto, el siguiente paso será **identificar las obligaciones del Estado**. Aunque no hay una uniformidad en

la definición de los tipos de obligaciones, nosotros usaremos la siguiente para efectos metodológicos:

1. **Respetar:** exige al Estado que se abstenga de injerir, obstaculizar o impedir, directa o indirectamente en el ejercicio del derecho, que –cuando preste bienes o servicios públicos– realice las actividades o la entrega de bienes con buena calidad.
2. **Proteger:** los Estados están obligados a impedir que terceros, sean particulares, grupos, empresas, otras instituciones, o quienes actúen en su nombre, menoscaben de algún modo el disfrute del derecho de las personas. Ello incluye la adopción de marcos y entes regulatorios adecuados, reglas de exigibilidad de cumplimiento, adopción de medidas legislativas que impidan que los terceros afecten el derecho y mecanismos de protección y garantía judiciales que permitan sancionar y reparar las vulneraciones.
3. **Garantizar:** el Estado deben asegurar que el titular del derecho haga efectivo el derecho en los casos en que no puede hacerlo por sí mismo con los medios a su disposición. La efectivización del derecho puede ser realizada por el mismo o por terceros privados siempre que lo hagan en nombre o bajo control del Estado. En el caso de prestaciones de bienes y servicios públicos, se deben realizar de manera adecuada y de buena calidad.
4. **Promover:** supone que el Estado adopte las medidas para que se difunda información adecuada acerca de las condiciones, formas, contenido y ejercicio del derecho y facilite que los particulares y comunidades ejerzan su derecho; que se reconozca el derecho en grado suficiente en el ordenamiento político y jurídico nacional; y adoptar estrategias y planes de acción.

Con relación a la identificación de las obligaciones del Estado, el trabajo no sólo queda en identificar cuáles son tales, sino en establecer con precisión cuáles son éstas respecto de cada dimensión o elemento del derecho identificado. Esto nos permitirá

tener las decisiones concretas que el Estado debe adoptar para satisfacer los diversos contenidos de los derechos.

A continuación, continuando con el ejemplo, detallamos las obligaciones estatales operativamente de acuerdo al contenido del derecho humano al agua potable:

Matriz 1. Definición operativa de las obligaciones estatales por elemento del derecho al agua. Elaboración propia.

CONTENIDO DEL DERECHO DEL AGUA	OBLIGACIONES DEL ESTADO			
	Respetar	Proteger	Garantizar	Promover
DISPONIBILIDAD:	Se prohíbe el otorgamiento de derechos de uso de agua de uso industrial en perjuicio de derechos otorgados para consumo humano (alimentación y aseo).	Cuando los servicios de agua potable y saneamiento sean brindados por particulares, las entidades competentes deben impedir que se menoscabe el abastecimiento poblacional en favor de un grupo de interés (sectores industria, minería, otros).	Ampliar progresivamente los servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños.	En zonas en que el abastecimiento no es continuo, realizar campañas informativas acerca de las medidas que se vienen implementando para lograr la ampliación del servicio.
ACCESIBILIDAD	Se prohíbe a las entidades públicas contaminar las fuentes de agua o de destruirla infraestructura como medida punitiva, así como permitir que particulares realicen dichas acciones.	Brindar resguardo a la infraestructura de los servicios de agua potable y saneamiento.	Vigilancia de las reservas de agua e imposición de medidas punitivas efectivas en casos de contaminación.	Difundir oportunamente información sobre estados de sequía y escasez hídrica, las medidas que adoptarán las entidades públicas y las que se recomienda que la población adopte.
FÍSICA.			Mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia.	

<p>Económica</p>	<p>Se prohíbe a las entidades públicas de excluir a personas del servicio de agua potable y saneamiento por razones de carácter económico, así como permitir que terceros excluyan a la población de dichos servicios por las mismas razones.</p>	<p>Cuando los servicios de agua potable y saneamiento sean brindados por particulares, las entidades competentes deben aplicar mecanismos idóneos para asegurar que la tarifa por el servicio de agua potable sea razonable de acuerdo con los ingresos económicos de la población.</p>	<p>Establecer la obligación que el titular de los servicios de agua y saneamiento utilice técnicas y tecnologías económicas apropiadas que permitan que toda la población pueda acceder a dichos servicios de acuerdo con sus ingresos económicos.</p> <p>Garantizar el acceso de poseionarios (no propietarios) de predios a los servicios de agua y saneamiento.</p>	<p>Difundir información periódicamente acerca de los costos de los servicios de agua y saneamiento y los mecanismos existentes para plantear reclamos en caso de que el servicio sea muy oneroso.</p>
<p>A la Información</p>	<p>Las entidades competentes están obligadas a entregar la información acerca de los servicios de agua potable y saneamiento que todo ciudadano solicite.</p>	<p>Cuando los servicios de agua potable y saneamiento sean brindados por particulares, las entidades competentes deben establecer mecanismos para que éstos se encuentren obligados a brindar información que todo ciudadano solicite sobre dichos servicios.</p>	<p>Establecer políticas de transparencia y acceso a la información pública relacionada con los servicios de agua potable y saneamiento.</p>	<p>Difundir información periódicamente a la población acerca de su derecho de acceso a la información pública relacionada con los servicios de agua y saneamiento y los mecanismos legales existentes para resguardar dicho derecho.</p>

	<p>No discriminación</p>	<p>Se prohíbe a las entidades competentes adoptar medidas discriminatorias que afecten el derecho al agua potable y saneamiento de todo ciudadano; así como que dichas entidades permitan este tipo de prácticas.</p>	<p>Cuando los servicios de agua potable y saneamiento sean brindados por particulares, las entidades competentes deben adoptar medidas para evitar que dichos particulares discriminen a todo ciudadano el acceso a los referidos servicios.</p>	<p>Establecer políticas que permitan identificar prácticas discriminatoras que afectan el derecho al agua potable y saneamiento de todo ciudadano.</p>	<p>Difundir información periódica sobre las prácticas discriminatorias más frecuentes y los mecanismos legales que tienen los ciudadanos para resguardar el derecho al agua potable y saneamiento frente a estas prácticas.</p>
<p>CALIDAD</p>	<p>Se prohíbe que las entidades públicas contaminen los recursos hídricos o la infraestructura para prestar el servicio de agua potable y saneamiento o permitan que terceros generen contaminación.</p>	<p>Cuando los servicios de agua potable y saneamiento sean brindados por particulares, las entidades competentes deben adoptar medidas para evitar que los primeros contaminen los recursos hídricos o afecten (por acción u omisión) la infraestructura con la cual se brinda el servicio</p>	<p>Establecer políticas que permitan garantizar que cualquier uso de recursos hídricos (consumo humano, potable, agrícola, industrial, minero, otros) se realice sin incumplir los estándares de calidad ambiental.</p> <p>Establecer políticas para que las actividades productivas utilicen tecnologías adecuadas para garantizar la calidad de los recursos hídricos.</p>	<p>Difundir periódicamente información sobre el estado de la calidad de los recursos hídricos, las fuentes de agua, principalmente afectadas y las medidas correctivas que se vienen adoptando.</p>	

ADAPTABILIDAD	Se prohíbe que las entidades públicas interfieran arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de uso del agua.	Cuando se han otorgado derechos de uso de agua a particulares, las entidades públicas deberán adoptar medidas para evitar que los primeros pongan en riesgo o impidan el acceso a agua salubre a las poblaciones tradicionales, de acuerdo con sus usos y costumbres.	Establecer políticas que permitan garantizar que los usos y costumbres del agua por poblaciones tradicionales sean respetados. Establecer políticas que garanticen que poblaciones en situación de desplazamiento forzado, accedan a los servicios de agua potable y saneamiento.	Difundir periódicamente a las poblaciones indígenas y rurales principalmente información sobre su derecho al agua potable y saneamiento, de acuerdo con sus usos y costumbres.
---------------	---	---	--	--

4.4. Principios transversales

Los principios transversales del EBD se entienden como marcos asentados por la comunidad internacional que establecen límites que deben ser respetados al momento de adoptar políticas de promoción y protección de derechos humanos. Por ello, establecen lo que sería el ámbito de aplicación del EBD y orientan el mismo uso del Enfoque, entendido como instrumento de “aplicación” de los derechos humanos.

De acuerdo con Naciones Unidas¹⁴, los principios que son transversales – y posibles de ser operativos- al ejercicio de cualquier derecho son: (i) igualdad y no discriminación; (ii) progresividad y no regresividad; (iii) participación ciudadana en la toma de decisiones; y, (iv) transparencia y rendición de cuentas. No desarrollaremos todo su contenido pues para ello hay amplia doctrina y jurisprudencia, pero para cada uno se enlista un conjunto de aspectos que deberían ser tomados en cuenta en su verificación en las políticas públicas.

¹⁴ PNUD (2005) Los derechos humanos en el PNUD. Nota práctica. Nueva York, PNUD.

A. Principio de Igualdad y no discriminación.

Bajo este principio es importante:

- Identificar a los grupos en condiciones de vulnerabilidad.
- Identificar si la política pública toma en cuenta la realidad y los derechos de los pueblos indígenas.
- Establecer con claridad el rol de la mujer en las políticas públicas, y el impacto que los problemas y decisiones generan en ellas.
- Establecer con claridad el rol de las personas con orientación sexual diversa en las políticas públicas y el impacto que los problemas y decisiones generan en ellas.
- Establecer con claridad el rol de las personas con discapacidad en las políticas públicas, y el impacto que los problemas y decisiones generan en ellas.
- Establecer con claridad el rol de niños, niñas, jóvenes y adultos mayores en las políticas públicas, y el impacto que los problemas y decisiones generan en ellos.
- Establecer mecanismos para garantizar la presencia de todos los anteriores grupos en las políticas públicas.
- Establecer las estrategias, resultados, actividades, acciones afirmativas o medidas de protección especial que permitan acortar la brecha de desigualdad en el cumplimiento de los derechos de estos grupos como parte de una política social.
- Establecer los instrumentos o herramientas desarrolladas para mejor atender la situación de estos grupos.
- Garantizar el involucramiento y participación en el proceso del desarrollo de estos grupos.
- Garantizar el desarrollo de sus capacidades para informarse y reclamar sus derechos.

- Establecer mecanismos que ayudarán a identificar y revertir prácticas discriminatorias que surjan en la implementación de una política.
- Establecer mecanismos que permitan incorporar acciones afirmativas o medidas de protección especial que no fueron consideradas en la formulación de la política.
- Diseñar indicadores que permitan medir la incorporación de este principio y la reducción de las brechas en estos grupos.

Es importante precisar que han surgido diversos enfoques que, tomando en consideración el principio de igualdad y no discriminación, y en la búsqueda de visibilizar grupos históricamente discriminados o que han sufrido discriminación en sus derechos, sirven de guía y referente para la toma de decisiones de política pública:

- Enfoque de pobreza: visibiliza en las decisiones públicas a aquellos grupos que se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema, y busca que sean tomados en cuenta de manera prioritaria en las políticas públicas.
- Enfoque de género: promueve la igualdad entre hombres y mujeres, sin distinción de sexo u orientación sexual. En particular, protege los derechos de las mujeres como grupo históricamente discriminado y hace evidentes los impactos que tienen las decisiones de política pública en ellas.
- Enfoque generacional: considera que la edad no es un factor limitante para el disfrute de los derechos, proponiendo aprovechar las potencialidades y capacidades de cada una de las edades, poniendo especial énfasis en el cuidado de la infancia, la niñez, la adolescencia y el respeto por el adulto mayor.
- Enfoque inclusivo o de discapacidad: fomenta que las personas con discapacidad tengan iguales posibilidades de acceso a oportunidades de desarrollo y a espacios públicos como todos los ciudadanos y

ciudadanas. Las capacidades físicas no deben ser motivo de discriminación.

- Enfoque intercultural: reconoce y valora la diversidad cultural y toma en cuenta las diferencias para lograr la adecuación de las decisiones públicas, permitiendo el respeto, la protección, la garantía y la promoción de los derechos de los pueblos originarios.
- Enfoque ambiental: reconoce el carácter sistemático de los elementos que componen la biósfera y busca que cada decisión pública sea concordante con la sostenibilidad inter e intrageneracional.

B. Principio de Progresividad y no Regresividad

Bajo este principio es importante:

- Identificar claramente y priorizar cuáles son los derechos que se buscan garantizar por parte de la actuación de la entidad estatal.
- Asegurar que se hayan establecido medidas de respeto y garantía para los derechos que se buscan promover y proteger.
- Asegurar recursos suficientes para el establecimiento e implementación de medidas de respeto y garantía de los derechos que se buscan promover y proteger.
- Asegurar que los programas que se están llevando a cabo alcancen sus objetivos.

Por un lado, este principio obliga a que los derechos se prioricen al momento de realizar la disposición de los recursos estatales; es decir, es un límite a su discrecionalidad. Por otro lado, la obligación de implementar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales prohíbe que el Estado pueda retroceder en su implementación. De esta manera, no pueden dejar de implementarse políticas de respeto y garantía de derechos que ya han sido implementadas. Lo contrario implicaría la restricción de los derechos y, como tal, deberá pasar por el test de razonabilidad correspondiente.

C. Principio de Participación Ciudadana

Bajo este principio es relevante:

- Identificar a los actores clave: titulares de obligaciones, titulares de derechos, grupos en condiciones de vulnerabilidad y otros actores como organizaciones de la sociedad civil.
- Establecer espacios, momentos y mecanismos existen para asegurar su participación en el proceso.
- Asegurar el involucramiento y participación de las personas en el diseño y la implementación de la política.
- Promover la concertación, el diálogo y la concertación entre los diferentes actores.
- Desarrollar las capacidades de los titulares de derechos para reclamar sus derechos a partir del ejercicio de la participación ciudadana.
- Diseñar indicadores que permitan medir la incorporación de este principio.

D. Principio de Transparencia y rendición de cuentas

Bajo este principio es relevante:

- Asegurar la transparencia y rendición de cuentas del proceso de formulación de las políticas públicas.
- Asegurar el establecimiento de las responsabilidades específicas sobre cada una de las obligaciones.
- Establecer mecanismos y canales para acceder a información sobre las decisiones estatales.
- Establecer mecanismos y canales para realizar reclamos que existirán durante la implementación de la política.
- Desarrollar capacidades en los titulares de obligaciones para proporcionar acceso a información y atender reclamos.
- Desarrollar las capacidades de los titulares de derechos para acceder a información y realizar reclamos.

- Implementar mecanismos de responsabilización, responsabilidad y corrección, en el aparato gubernamental.
- Diseñar indicadores que permitan medir la incorporación de este principio.

También se plantean una serie de estrategias, destacando las siguientes:

- Aumentar la conciencia respecto de los derechos y responsabilidades, y desarrollar las capacidades de los titulares tanto de derechos como de obligaciones en los niveles de gobierno central, regional y local.
- Entablar relaciones entre los titulares de derechos y los titulares de obligaciones mediante el trabajo conjunto.
- Aumentar incentivos para la obtención de mejores resultados por los titulares de obligaciones, educando a las personas acerca de sus derechos.
- Fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas centrales, regionales y locales.
- Reforzar las capacidades de las instituciones nacionales de derechos humanos, y que en ellas se describan los deberes con la mayor claridad posible en todos los niveles de gobierno.
- Garantizar que las leyes nacionales estén en consonancia con las normas de los tratados internacionales de derechos humanos.

4.5. Establecer contenidos específicos de la política para verificar el EBD

¿Qué aspecto es necesario analizar de la política pública?

Proponemos que al menos se estudien cuatro aspectos clave:

- 1) La estructuración del problema público a resolver y las alternativas de solución (cuyo centro debería ser la persona);
- 2) La arquitectura institucional (el rol rector, de coordinación y articulación de políticas, así como la estructura organizacional y sus capacidades técnicas, presupuestales y de recursos humanos);

- 3) Las políticas y estrategias (objetivos, líneas de acción y tácticas operativas); y,
- 4) Los programas y proyectos (que son las operaciones, reglas y actividades conducentes a la implementación de la política y la estrategia).

5. A MANERA DE COLOFÓN

Hay muchas maneras de mirar el mundo, algunos lo ven desde el conservadurismo, otros desde el liberalismo, unos desde el crecimiento económico, otros desde la infraestructura o la sostenibilidad ambiental. El EBD propone una nueva forma de mirar el mundo, y de tomar decisiones en el Estado, en suma, de hacer política pública y gestión pública. Lo que hemos presentado es un esfuerzo por sistematizar operativamente lo que se ha venido a convertir en una tendencia que avanza progresivamente en el mundo, para –esperemos– colocarse como herramienta metodológica y también ética para la forma en la que los gobernantes y tomadores de decisión deban gobernar. En ese sentido, el esfuerzo de vincular la academia con la experiencia profesional en el Estado debe seguir siendo una ruta por la que debemos transitar para mejorar el diseño y la implementación del EBD en nuestros diversos países. Un proceso que está en permanente construcción.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALZA BARCO, C., "El Derecho Humano al agua: el enfoque de derechos aplicado a los servicios públicos", en: *Teoría General del Derecho Constitucional. RAE – Jurisprudencia. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Ediciones Caballero Bustamante. Lima: 2009. pp. 717-754.
- ALSTON, P., "Making Space for Human Rights: The Case of the Rights to Development", *Harvard Human Rights Yearbook*, Vol. 1, 1988.
- ARJUNSENGUPTA. "On the Theory and Practice of the Right to Development" *Human Rights Quarterly*, vol. 24, 2002.
- BROWNLIE, I., "The human right to development", *Human Rights Unit Occasional Paper*, London: Commonwealth Secretariat, 1989.
- CORNWALL, A., *Beneficiary, Customer, Citizen: Shifting Currents in Participation in Development*, Brighton, IDS, 2002.

- DFID, *Making Government Work for Poor People. Strategies for Meeting the International Development Targets*, London, DFID, 2001.
- EYBEN, R., *Donors, Rights-based Approaches and Implications for Global Citizenship: A Case Study from Peru*, Kbeer, 2004.
- EYBEN, R. y RAMANATHAN, U., *Rights-based approaches to inclusive development: perspectives on the implications for DFID India*, mimeo, 2002.
- EYBEN, R. "International development organizations and rights based approaches", presentation to "Rights and Power" workshop, IDS, 2003.
- KABEER, N. (ed.) *Meanings and Expressions of Citizenship*, London: Zed Books.
- KÉBAM´BAYE, "Le droit au développement comme un droit de l´homme", *Revue Internationale des Droits de l´Homme*, vol. 5, 1972.
- NUSSBAUM, M., "Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach", en: NUSSBAUM, M. y SEN, A. (eds.) *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- NUSSBAUM, M., "Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution", *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, Supplementary, vol. 1, 1998.
- NYAMU-MUSEMBI, C. y CORNWALL, A, "What is the 'rights-based approach' all about? Perspectives from international development agencies", *IDS Working Paper*, nº 234, Brighton, 2004.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAD PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos*, Nueva york y Ginebra, ONU, 2006..
- PNUD, *Los derechos humanos en el PNUD. Nota práctica*, 2005.
- SEN, A., *Development as Freedom*, New York, Knopf, 1998.

SEGUNDA PARTE

INDICADORES: MIDIENDO LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS

3

INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS: CONTEXTO Y DESAFÍOS EN AMÉRICA LATINA

René Urueña*

Universidad de los Andes

RESUMEN

La relación entre indicadores y derechos humanos está aquí para quedarse. Este estudio explora los efectos del uso de indicadores en los derechos humanos, y sus implicaciones en términos de distribución de poder. ¿Cómo cambia el activismo de derechos humanos este giro hacia los métodos cuantitativos? ¿Quién gana y quien pierde con esta elección de técnica de gobernanza? ¿Cuáles son los riesgos y las oportunidades que la misma abre?

1. INTRODUCCIÓN: DERECHOS HUMANOS E INDICADORES EN AMÉRICA LATINA

El activismo en derechos humanos ha vivido importantes transformaciones en las últimas décadas en América Latina. Como es sabido, el derecho internacional de los derechos humanos sirvió como piedra angular para resistir a las dictaduras en la región, y para generar transformaciones estructurales en la región en el marco de la transición a la democracia. En este contexto, el derecho internacional de los derechos humanos, y en especial del Sistema Inter-Americano, fue crucial para reaccionar a las violaciones masivas de derechos humanos en la región

* El autor agradece la colaboración de la investigadora María Angélica Prada. E-mail: rf.uruena21@uniandes.edu.co

¹. El discurso fue usado de manera estratégica por los activistas para alcanzar sus metas: a veces para presionar directamente a sus gobiernos ante cortes nacionales; más seguido como un “bumerang”, que era lanzado por el activista nacional al ámbito internacional (por ejemplo, bajo la forma de una acción jurídica ante el Sistema Inter-Americano o el Sistema Universal), y que después se devolvía para golpear en la cabeza al gobierno nacional que victimizaba originalmente². Los derechos humanos consistieron entonces en recursos últimos para alcanzar justicia – una justicia negada por gobiernos dictatoriales o conflictos armados de carácter no-internacional

Con la caída de las dictaduras en la mayoría de países de la región, un nuevo espacio el activismo en derechos humanos se abre en la región. El derecho internacional de los derechos humanos se convierte así en límite externo de los procesos de transición. Ejemplo claro de este rol son las decisiones de la Corte Inter-Americana respecto a las leyes de amnistía en Perú, que declararon “sin efectos jurídicos” ciertas normas nacionales que otorgaban amnistías generalizadas³.

De manera paralela a este nuevo rol, las transformaciones económicas y políticas de la región, aunado a unas democracias más estables y unos poderes judiciales nacionales más independientes, han llevado a que el derecho internacional de los derechos humanos sea llamado no sólo a proveer justicia a víctimas de violaciones de derechos civiles y políticos donde ésta ha sido negada, sino también a decidir conflictos sociales de identidad y de distribución de recursos: por ejemplo, la Corte

¹ Véase, ABRAMOVICH, V. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Sur*, vol. 6, 2009.

² Véase SIKKINK K; KECK, M *Activists beyond borders*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 1998., SIKKINK, K “The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America”, en SIEDER, R., SCHJOLDEN, L., ANGELL A. (Eds.) *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

³ Véase, por ejemplo, ICtHR, *Barrios Altos v. Peru*, Decisión del 14 Marzo 2001; IACtHR, *La Cantuta v. Peru*, Decisión del 29 Noviembre 2006, párrafo 189.

Inter-Americana es llamada a decidir sobre problemas pensionales⁴ o sobre derechos LGBTI⁵.

Ahora bien, gran parte de esta discusión ha sido tradicionalmente enmarcada en la región como un problema de “justiciabilidad” de derechos económicos, sociales y culturales⁶.

Este ángulo tiene ciertos elementos útiles, pues permite integrar la riqueza del análisis distributivo⁷ al estudio del papel que juega el derecho internacional de los derechos humanos en nuestra región. El punto, sin embargo, no es solamente preguntarse cómo lograr que cortes nacionales o internacionales implementen estándares de derechos humanos (sean estos civiles y políticos, económicos y sociales, o aún ambítales y culturales). En realidad, la experiencia con la discusión de la “justiciabilidad” en la región nos ha llevado a entender que, más que simples promesas que pueden ser exigidas ante un juez, los derechos humanos en América Latina son verdaderos programas de gobernanza: el discurso de los derechos humanos estructura el sistema de salud, de pensiones, de prisiones, el modelo económico de un Estado. El matrimonio es un problema de derechos humanos, como también lo son los intereses en los créditos hipotecarios.

Claramente, todos estos problemas tienen que pasar eventualmente por una corte: nacional o, tal vez, la Corte Inter-Americana. Sin embargo, los derechos humanos van más allá. En realidad, el derecho internacional de los derechos humanos vive su promesa de emancipación de manera más real cuando sale de los tribunales, y se convierte en parte de la fibra discursiva de la sociedad: parte del idioma vernáculo de la gobernanza de la sociedad, que integra los derechos humanos en todas sus interacciones (entre el poder público y los particulares, entre los

⁴ Véase IACtHR, *Cinco Pensionistas v. Perú*. Decisión de Febrero 28, 2003.

⁵ Véase *Attala Riffo y niñas v. Chile*, Decisión de Febrero 24, 2012.

⁶ Por ejemplo, PEREZ, L.E. “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos?”, en Pilar Arcidiácono, Cesar Rodríguez Garavito, Nicolás Espejo Yaksic (eds.) *Derechos sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 2010.

⁷ Para los elementos centarles véase, ADLER, M.D. *Well-being and fair distribution: beyond cost-benefit analysis*, Oxford University Press, New York, 2012.

particulares, y entre los diferentes instituciones del poder público nacional e internacional). Así, pensar que el derecho internacional de los derechos humanos se agota en los tribunales es una expresión más del liberalismo legalista que Trubek presentía en los años setenta⁸. Por el contrario, más allá de las cortes y del problema de la “justiciabilidad”, el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos se ha convertido en una de las variables centrales en la construcción de políticas públicas – sea para que la políticas lo respeten, o para justificar políticas públicas que potencialmente los vulneran.

Este giro hacia la gobernanza pone al derecho internacional de los derechos humanos en una difícil situación: de una parte, su razón de ser es que los derechos son “cartas ganadoras” que deben primar sobre los otros intereses de la sociedad⁹. Pero, de otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos es también llamado a servir como plataforma del diseño de políticas públicas, en el que la pregunta no es (y nunca ha sido) quién tiene el derecho a algo, sino cómo distribuir recursos escasos, cómo asignar prioridades a reclamos con igual valor jurídico; en fin, cómo tomar decisiones políticas usando un lenguaje *jurídico*.

El derecho de los derechos humanos ha adoptado algunos dispositivos interpretativos que le permiten reaccionar a este desafío. Uno de los dispositivos más conocidos en América Latina, desarrollados para este efecto, es el denominado test de razonabilidad o proporcionalidad, en los que el intérprete considera la justificación de ciertas restricciones a los derechos humanos (por ejemplo, libertad o igualdad formal) para decidir si las mismas implican, en efecto, una vulneración del derecho analizado. Más allá de los detalles de los diferentes tests (que son un área de debate en sí mismos¹⁰), lo interesante para nuestros efectos es que el derecho de los derechos humanos ha desarrollado mecanismos para poder cumplir su rol de plataforma de

⁸ TRUBEK D. M y GALANTER, M. “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, *Wisconsin Law Review*, vol. 1974, 1974.

⁹ Esta es la idea de derechos como “trumps”. Véase . DWORKIN, R. *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977. pp. IX

¹⁰ Véase, ALEXY, R. “Constitutional rights, balancing, and rationality”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2, 2003.

gobernanza, sin necesariamente sacrificar su papel de referente jurídico no-negociable. Así, en esta nueva fase que vive América Latina, la estructura del lenguaje de los derechos humanos ha desarrollado ciertas técnicas que le permiten cumplir su labor de gobernanza, resolviendo problemas relacionados con la salud, la educación, las prisiones, etc, sin necesariamente sacrificar el rol de referente jurídico único que cumplía durante la época de las dictaduras.

Es en este contexto donde surge el uso de indicadores de derechos humanos en la región. En su rol de gobernanza, los operadores del derecho internacional de los derechos humanos (los jueces, los activistas, los académicos) se han visto obligados a familiarizarse con técnicas interdisciplinarias que le permiten a los derechos humanos cumplir su doble función, señalada anteriormente. Una de estas técnicas de gobernanza es, precisamente, las herramientas cuantitativas de monitoreo, como los indicadores. Así, el uso de indicadores en el contexto de los derechos humanos genera una relación de doble vía:

De una parte, el lenguaje de los derechos humanos integra técnicas cuantitativas para poder *medir* el cumplimiento con sus mandatos. En efecto, parte del desafío con la gobernanza a través de los derechos humanos es que no basta con simplemente consignar derechos en una Constitución o un tratado: se necesita saber (o al menos poder calcular) el nivel de cumplimiento de los derechos reconocidos en la ley. Esto es especialmente, cierto de los derechos económicos y sociales. Después de todo, las instancias individuales de violaciones de derechos civiles y políticos parecerían ser más fácil de percibir directamente, sin necesidad de herramientas cuantitativas de análisis. Sin embargo, el análisis del agregado de violaciones individuales, así como el estado de cumplimiento con derechos económicos y sociales, sí requiere de herramientas cuantitativas de medición. Así, este giro presenta cierta sensibilidad realista en la que, al igual que en realismo norteamericano de la primera mitad del siglo XX, los operadores jurídicos se interesan en otras disciplinas, que permiten entender mejor el “derecho en acción”. Como puede verse, el giro hacia los indicadores de derechos humanos representa la realización del

viejo sueño realista de contar con mecanismos estadísticos que ayudaren al juez a tomar decisiones¹¹.

En este marco surgen numerosos indicadores de cumplimiento de derechos humanos, que constituyen la proporción más amplia de herramientas cuantitativas con las que contamos en la actualidad, y que son usados de manera sistemática por instituciones internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el Comité contra la Tortura recomendó que Honduras elaborase indicadores desglosados para vigilar incidentes de violencia entre reclusos¹². Así mismo, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer felicitó a la República Democrática Popular Lao por aumentar la proporción de mujeres en su Asamblea Nacional¹³, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instó al Reino Unido a reducir las desigualdades en salud en un 10% antes de 2010, en términos de mortalidad infantil y la esperanza de vida al nacer¹⁴ y el Comité de Derechos Humanos recomendó a la República Checa adoptar indicadores para determinar si se han alcanzado los objetivos de no-discriminación¹⁵. En todos estos casos, los indicadores sirven para determinar si un Estado está cumpliendo, o no, con los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

De otra parte, el uso de indicadores por parte de la comunidad de derechos humanos hace que tales derechos puedan ser integrados más fácilmente en otros métodos de gobernanza y administración pública. En efecto, el proyecto de gobernanza desarrollado a través de los derechos humanos es solamente uno de diversos proyectos similares que son implementados en un mismo momento en nuestra región. Ya en los años noventa vimos la agenda neo-liberal del desarrollo económico, compitiendo (y a veces colaborando) con la agenda de gobernanza a través de los

¹¹ Véase, por ejemplo, LLEWELLYN, K. N. "Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, 1930.

¹² Véase, CAT/C/HND/CO/1, párr. 17. Fuente: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Indicadores de derechos humanos: Guía para la medición y la aplicación*, United Nations, New York and Geneva, 2012. pp. 30

¹³ Véase, A/60/38, párr. 85. Fuente: *Ibidem*.

¹⁴ Véase E/C.12/GBR/CO/5, párr. 32. Fuente: *Ibidem*.

¹⁵ Véase CCPR/C/CZE/CO/2, párr. 16. Fuente: *Ibidem*.

derechos humanos en América Latina¹⁶. Hoy en día, la agenda de la gobernanza de los derechos humanos compite y coopera con otras agendas de desarrollo económico en la región, de carácter más intervencionista y dirigista¹⁷. Sea cual sea el método paralelo, el uso de indicadores por parte de los derechos humanos facilita que esa agenda paralela los considere. Así, por ejemplo, los indicadores de derechos humanos facilitan que el Banco Mundial considere los derechos humanos en sus proyectos de financiación¹⁸.

La relación entre indicadores y derechos humanos es así de carácter permanente, y es mucho más compleja de lo que parecería a primera vista. Recientemente, numerosas organizaciones internacionales y gobiernos nacionales han resuelto desarrollar guías prácticas para la creación y el uso de indicadores¹⁹, las cuales son útiles para los funcionarios, académicos y activistas que buscan crear o usar indicadores en algunas de sus dos funciones señaladas con anterioridad. Sin embargo, uno de los desafíos más importantes de esta nueva tendencia es considera los indicadores como una tecnología políticamente neutra, que surge para satisfacer una necesidad específica de la comunidad de derechos humanos. El objetivo de este estudio es mostrar cómo lo contrario es cierto: más que explicar la forma de crear o usar indicadores, este ensayo busca explorar los efectos del uso de indicadores en los derechos

¹⁶ Véase DEZALAY Y., y GARTH, B.G. *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*, University of Chicago Press, Chicago, 2002. En Colombia, véase C. RODRÍGUEZ-GARAVITO, "Towards a sociology of the global rule of law field: neoliberalism, neoconstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America", en Yves Dezalay, Brvant Garth (eds.) *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, New York, 2011.

¹⁷ Véase, por ejemplo, TRUBEK D.M; COUTINHO, D. y SCHAPIRO, M. "Towards a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions", *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, 1207, 2012.

¹⁸ SANO H. v. MCINERNEY-LANKFORD, S. A. *Human rights indicators in development: an introduction*, World Bank, Washington, D.C., 2010.

¹⁹ Véase ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Indicadores de derechos humanos: Guía para la medición y la aplicación*, cit. DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS; OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *United Nations Rule of Law Indicators: Implementation Guide and Project Tools*, United Nations, New York and Geneva, 2011.J. PARSON Y OTROS, *Developing Indicators to Measure the Rule of Law: A Global Approach. A Report to the World Justice Project*, Vera Institute of Justice, New York, 2008.

humanos, y sus implicaciones en términos de distribución de poder. ¿Cómo cambia el activismo de derechos humanos este giro hacia los métodos cuantitativos? ¿Quién gana y quien pierde con esta elección de técnica de gobernanza? ¿Cuáles son los riesgos y las oportunidades que la misma abre?

Para explorar estas preguntas, el ensayo contextualiza en su primera sección el debate actual sobre indicadores en términos generales. Posteriormente, se muestra cómo los indicadores de derechos humanos no son, en realidad, una solución específica a necesidades de activismo en derecho internacional de los derechos humanos, sino más bien una adaptación de una herramienta desarrollada como resultado del cambio en la forma de pensar la relación entre el derecho y el desarrollo económico. Posteriormente, este artículo estudia las implicaciones políticas de uso de indicadores de derechos humanos en un marco concreto: la política de desplazamiento forzado en Colombia. Finalmente, la última sección concluye.

2. LOS INDICADORES Y GOBERNANZA GLOBAL

El uso de indicadores se ha incrementado en las últimas décadas. Sus productores y consumidores incluyen organizaciones internacionales, como el Banco Mundial o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)²⁰, organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional²¹ y Freedom House²², así como organismos estatales nacionales como el US Millennium Challenge Account y algunas cortes nacionales, como la Corte Constitucional de Colombia²³. En derechos humanos, el uso generalizado de indicadores es hoy en día aun lugar común²⁴. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) han dado también un

²⁰ UNDP, "Uso de Indicadores Para Exigir Responsabilidad En Materia De Derechos Humanos" in UNDP, *Informe Sobre Desarrollo Humano 2000* (UNDP, New York: 2000).

²¹ <http://www.transparency.org>

²² <http://www.freedomhouse.org/>

²³ Véase URUEÑA, R. "Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance", en KINGSBURY, B., DAVIS, K., ENGLE MERRY, S, y FISHER A. (Eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

²⁴ Op. Cit. SANO. H y MCINERNEY-LANKFORD S.A.

agresivo giro hacia el uso de indicadores²⁵ como también ocurre en el sistema Inter-Americano de Derechos Humanos²⁶ En términos generales, el uso de mecanismo cuantitativos de gobernanza es una realidad, la cual genera cambios importantes en la forma en que es ejercido el poder global.

Ahora bien, ¿qué es un indicador? Un indicador puede ser definido como un conjunto de rangos ordenados de datos, que pretende representar el pasado histórico, o el desempeño proyectado, de ciertas unidades de análisis (como países, instituciones u otros actores).²⁷ Los indicadores se utilizan para representar realidades complejas a través de datos simplificados y medición numérica, lo cual permite a aquellos encargados de tomar decisiones a nivel nacional e internacional evaluar las diferentes situaciones y justificar sus actuaciones. Aunque normalmente proporcionan datos cuantitativos, en algunos casos se basan en medidas cualitativas convertidas en información numérica. Así, el poder de los indicadores radica en su capacidad para presentarse como información objetiva y científica, aún si ciertas ideas políticas e ideológicas subyacen a su producción.

Los indicadores tienen varios efectos en la gobernanza global, especialmente para la legitimación en el desarrollo de normas, los procesos de toma de decisiones, y la producción de conocimiento. Pueden ser utilizados por instituciones para generar y asignar recursos, o influir en el comportamiento de otros actores. Así mismo, los indicadores también pueden ser utilizados para monitorear la actuación de un Estado o de un organismo al interior de cierto Estado. Los indicadores utilizados en este último escenario se conocen como "indicadores de gobernabilidad"²⁸, los cuales establecen una amplia gama de estándares para medir el

²⁵ UN SECRETARY GENERAL. Indicators for Monitoring the Millennium Development Goals. UN Docs E/CN.3/2011/13, 2010.

²⁶ Véase, COMISION INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y Culturales. Doc. 14. July 19 2008

²⁷ KEVIN E. DAVIS, B., y ENGLE MERRY, S. Indicators as a Technology of Global Governance, *IILJ Working Paper 2010/2 Rev (revisada Agosto 2011)*, 2011, pp. 1-58.

²⁸ Véase: OMAN, C. y ARNDT, C., *Uses and abuses of governance indicators*, Development Centre of the OECD, Paris, 2006.

rendimiento de un determinado gobierno – por ejemplo el estado de derecho, la estabilidad política y el control de la corrupción²⁹. Los indicadores de derechos humanos son un ejemplo de este tipo, pues buscan medir la forma en que los Estados (o ciertas unidades a su interior) ejercen su poder en referencia a un criterio objetivo, que son los estándares del derecho internacional.

Ahora bien, los indicadores son importantes en un mundo globalizado porque minimizan la carga del procesamiento de la información para la toma de decisiones. Reducen el tiempo y el costo en que tendrían que incurrir las instituciones de gobernanza global para adquirir el conocimiento necesario para hacerle frente a todos los problemas globales actuales. Esto hace que el uso de indicadores sea muy atractivo tanto para los actores nacionales, como para los internacionales. Sin embargo, la existencia de indicadores incoherentes puede crear confusión y contradicciones en la toma de decisiones. Recientemente, el aumento en el uso de indicadores y su gran producción está dando lugar a disputas a nivel local y global, que a su vez han generado exigencias y cuestionamientos respecto a la responsabilidad que deriva de su producción y utilización. Esas exigencias pueden llevar a un aumento de la transparencia en el uso de indicadores, y nuevos esfuerzos para regular no sólo su creación sino también su uso³⁰.

Adicionalmente, los indicadores como tecnología de gobernanza global permiten a las instituciones internacionales, tanto públicas como privadas, monitorear el desempeño de los Estados en aspectos particulares – por ejemplo, los derechos humanos. Esta función de monitoreo con frecuencia muy efectiva. A menudo, los Estados dependen de dichas evaluaciones para acceder a financiación de instituciones multilaterales, o se ven afectados también por tales evaluaciones al ser señalados internacionalmente por su conducta o por sus políticas públicas. Por tal motivo, los Estados pueden terminar transformando o los

²⁹ ARNDT, C., "The Politics of Governance Ratings", *International Public Management Journal*, vol. 11, 3, 2008, fecha de consulta 19 diciembre 2012, .

³⁰ Véase CASSESE, S., y CASINI, L. "Public Regulation of Global Indicators", en Benedict Kingsbury, Kevin Davis, Sally Engle Merry, Angelina Fisher (eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Estados pueden terminar transformando o adaptando su política económica o social, con el fin de estar mejor clasificados.

Como puede verse, el uso generalizado de indicadores no implica solamente una nueva técnica de gobernanza. Su uso implica también importantes redistribuciones de poder que merecen ser estudiadas. El giro a los métodos cuantitativos de gobernanza puede reducir los espacios de influencia disponibles para aquellos que tienen menos conocimientos técnicos en los países en desarrollo³¹. En efecto, la gobernanza basada en la información puede dar poder a las élites locales y transnacionales, puesto que éstas poseen los conocimientos técnicos para desarrollar (y manipular) las herramientas cuantitativas de toma de decisiones.

Por su parte, la confianza en los indicadores puede generar distorsiones a la hora de difundir intereses y valores sociales, ya que puede favorecer ciertos temas que son fácilmente medibles, sobre otros temas que son de difícil medición, pero son de crucial importancia para los países en desarrollo. Los indicadores también pueden transformar en datos cualitativos (por ejemplo, el Estado de Derecho³²) temas que son de difícil medición, lo que simplifica los problemas que los países en desarrollo tienen que abarcar en toda su complejidad y no solamente como listas de chequeo de buenas prácticas que tienen forma pero carecen de sustancia.

Sin embargo, los indicadores pueden también pueden ser una plataforma para solucionar problemas, y dale voz a los que no son oídos: es a través de datos cuantitativos que ciertos temas ganan visibilidad y se ven forzados a entrar en la agenda política principal. Las personas y los grupos que son radicalmente excluidos en una sociedad pueden encontrar una manera de hacerse oír, asegurando un lugar en los sistemas cuantitativos de gobernanza y logrando ser parte de las estadísticas nacionales. Como ejemplo, uno de los logros más importantes del movimiento

³¹ Véase ARNDT, C. "The Politics of Governance Ratings", Op. cit.

³² Véase BOTERO, J.C., PONCE, A. y PRATT, C. "The Rule of Law Measurement Revolution: Complementarity Between Official Statistics, Qualitative Assessments, and Quantitative Indicators of the Rule of Law", en BOTERO, J.C., JANSE, R. MULLER, S. y PRATT, C. (eds.) *Innovations In Rule of Law*, The Hague Institute for the Internationalisation of Law & The World Justice Project, The Hague/Washington DC, 2012.

que lucha por los derechos de los 3.000.000 de personas desplazadas al interior de Colombia, fue obtener hacer parte de la estadística como "desplazados internos por la violencia" y no como "pobres urbanos"³³. En el caso del desplazamiento forzado en Colombia, el activismo basado en indicadores trajo consigo no sólo subsidios y mayor bienestar para los desplazados, sino también (y quizás de manera más importante) la conciencia de que una tragedia humanitaria está teniendo lugar ante los ojos de una élite urbana que no siempre la reconoce.

3. LOS INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS UBICADOS EN LA HISTORIA DEL DERECHO Y DESARROLLO

Los indicadores de derechos humanos cumplen con varias de las características descritas anteriormente. Sin embargo, es importante resaltar que tales indicadores no son el resultado de un giro al interior del movimiento de los derechos humanos. Por el contrario, los indicadores de derechos humanos son en realidad una adaptación de herramientas cuantitativas desarrolladas en el contexto del análisis del desarrollo económico, y el papel desempeñado por las normas jurídicas en ese contexto. Por este motivo, para explorar las implicaciones del uso de indicadores en derechos humanos, resulta importante ubicar el surgimiento de los mismos en el contexto de las diferentes "fases" de pensamiento sobre la relación entre el derecho y el desarrollo económico. Ese contexto de origen nos permitirá entender de mejor forma la promesa y los desafíos del uso de indicadores de derechos humanos.

Ahora bien, la idea de medir la calidad de la administración pública ha ganado notoriedad en las últimas dos décadas, como lo muestra el uso de indicadores de derechos humanos, entre muchos otros. Si bien es difícil saber el número exacto de los indicadores de gobernabilidad actualmente utilizados (algunos

³³ URUEÑA, R. "Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance", Op. cit.

autores dicen que hay más de cien indicadores en uso³⁴), parece bastante claro que la dependencia en este tipo de tecnologías cuantitativas de medición es cada vez mayor, tanto a nivel nacional como internacional³⁵. Sin embargo, como Katharina Pistor ha demostrado, los indicadores de gobernabilidad no son algo nuevo, ni surgieron de la mano con los indicadores de derechos humanos en los años noventa. Desde principios de la década de 1970, las empresas privadas han elaborado indicadores de gobernabilidad con el fin de proporcionar a los inversionistas herramientas para la evaluación de riesgos en la toma de decisiones: por ejemplo, el Business Environment Risk Intelligence (BERI) fue compilado por primera vez en 1972, y la Guía Internacional de Riesgo País (ICRG) en 1980³⁶.

Hasta la década de 1990, estos indicadores eran en su mayoría indiferentes al sistema jurídico, y ciertamente ignoraban la problemática de los derechos humanos. Por supuesto, una parte crucial de proporcionar información sobre riesgo implica variables de "derecho y orden"; por ejemplo, el ICRG ha incluido desde su inicio indicadores de "tradición legal y orden" como parte de su política en la calificación de riesgo político.³⁷ Sin embargo, estas variables jurídicas no estaban destinadas específicamente a generar reformas legales o constitucionales. A pesar de que estos indicadores buscaban medir el ejercicio del poder público, los mismos no estaban destinados a ser utilizados como un ejercicio de poder público: la idea era ofrecer a los inversionistas extranjeros información complementaria a otras fuentes de datos sobre los países que tenían como objetivo de inversión³⁸.

³⁴ BOTERO J.C. Y OTROS, "The Rule of Law Measurement Revolution: Complementarity Between Official Statistics, Qualitative Assessments, and Quantitative Indicators of the Rule of Law", Op. cit. pp. 14.

³⁵ OMAN C. v ARNDT, C., *Uses and Abuses of Governance Indicators* (Paris: Development Centre of the OECD, 2006, pp 23.

³⁶ PISTOR, K. "Re-Construction of Private Indicators for Public Purposes", en Benedict Kingsbury, Kevin Davis, Sally Enle Merry, Angelina Fisher (eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 167.

³⁷ ICRG, "ICRG Methodology", fecha de consulta 1 noviembre 2012. Disponible en http://www.prsgroup.com/ICRG_Methodology.aspx Consultada el 11 de abril de 2013.

³⁸ PISTOR, K., "Re-Construction of Private Indicators for Public Purposes", Op. cit., pp. 169.

Los indicadores en el primer movimiento de derecho y desarrollo

¿Cómo emigramos desde ese punto a la actual expansión de la regla de los indicadores jurídicos, de los cuales los indicadores de derechos humanos son una especie? Para entender este cambio, parece útil comenzar por señalar que, al mismo tiempo que estos indicadores privados (destinados a inversionistas) estaban siendo producidos, un grupo diferente de personas estaban interesados en el papel del derecho y los derechos humanos en el mundo en desarrollo. Ese grupo de personas era la comunidad de académicos y practicantes estadounidenses interesados en la compleja relación entre el derecho y el desarrollo.

Como es bien sabido, la idea de que el derecho y el desarrollo están conectados cobró fuerza, y se convirtió en un "movimiento" en la década de 1960³⁹. El Movimiento del Derecho y Desarrollo surgió en la academia estadounidense, y fue adoptado con posterioridad en África y América Latina, a través de proyectos financiados por la Fundación Ford y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional ("USAID").⁴⁰ Esto es lo que Trubek y Santos llaman el "primer momento" del derecho y el desarrollo: el momento en que el derecho se entiende como un instrumento eficaz para la intervención estatal en la economía.⁴¹ Fue construido alrededor del sentido del intervencionismo del estado en la economía, el cual prescribía la sustitución de importaciones y el desarrollo de los mercados internos. Sin embargo para estos reformistas, el derecho en los países en vías de desarrollo no estaba a la altura de ser un instrumento útil para los políticos y sus reformas, ya que era demasiado "formalista" y por lo tanto incapaz de ofrecer soluciones prácticas para las personas que más lo

³⁹ MERRYMAN, J.H. "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, 3, 1977.

⁴⁰ Como ejemplo de la dinámica específica de los proyectos véase: MERRYMAN, "Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program", *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000.

⁴¹ SANTOS, A. y. TRUBEK, D.M. "The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice", en SANTOS, A. y. TRUBEK, D.M. (eds.) *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

necesitaban.⁴² La respuesta fue la generación de un cambio en la "cultura jurídica" de los países, lo que significaba en la práctica que un componente importante de este programa fue la transformación de la educación jurídica en los países en desarrollo, en particular mediante la financiación de la formación de los profesionales legales locales.⁴³

Los indicadores de jurídicos y de derechos humanos eran de poca utilidad en este contexto. Por un lado, no había datos disponibles y las prioridades de financiación parecían estar dirigidas a programas de transformación de la educación jurídica. Más importante aún era que el movimiento de derecho y desarrollo tuvo un enfoque instrumental del derecho, por lo que los datos cuantitativos sobre cuestiones jurídicas no eran particularmente relevantes. Si había algo que valía la pena medir, eran los resultados de las normas jurídicas, tales como el crecimiento económico, la reducción de la pobreza y similares. Por supuesto, no se trataba de que los reformistas del derecho y el desarrollo fueran indiferentes a la importancia del "estado de derecho" en el sentido de proporcionar igualdad de acceso a la justicia, democracia o derechos humanos. Lo que se tenía era una fe implícita del efecto de cascada desde "un derecho económico eficaz e instrumental, a unos valores democráticos como el acceso a la justicia y la protección de los derechos civiles".⁴⁴

Más aún, en la década de 1960 la medición cuantitativa en los países en desarrollo era percibida como un espacio reservado para economistas y expertos en estadística, y no para los abogados y los activistas en derechos humanos. Parte de la agenda de desarrollo de la década de 1950 en América Latina fue la creación de institutos especializados en estadística, propuesta por primera vez por el Instituto Interamericano de Estadística (IASI) (establecido en 1940, una década después del Censo de las

⁴² TRUBEK, D.M, "The «Rule of Law» in Development Assistance: Past, Present, and Future", en David M Trubek, Alvaro Santos (eds.) *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp 76-77.

⁴³ Véase PRADO, M.M., y TREBILCOCK, M., *What makes poor countries poor? Institutional determinants of development*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2011. pp. 44 – 47.

⁴⁴ TRUBEK, D.M, "The «Rule of Law» in Development Assistance: Past, Present, and Future", Op. cit. pp. 77.

Américas) y luego por la Conferencia Interamericana de Estadística (establecido en 1950 por la Organización de los Estados Americanos).⁴⁵ A esta tendencia se unió en sus primeros años el Banco Mundial, enviando misiones especiales a la región con el fin de brindar asesoramiento en la creación y el mantenimiento de los servicios nacionales de estadística; siendo estas enteramente dirigidas por economistas y estadistas, no abogados.⁴⁶

Esta primera ola de financiamiento y reforma duró poco tiempo. Su enfoque fue criticado como el "modelo de legalismo liberal" por algunos de los académicos que originalmente lo propusieron.⁴⁷ Los que participaron en este primer momento enfrentaron dos tipos de fracasos. Uno de ellos fue un fracaso definido en términos instrumentalistas: incluso cuando tuvieron éxito en lograr que los países en desarrollo adoptaran reformas legales, dichas reformas a menudo no encontraron arraigo y se quedaron en letra muerta.⁴⁸ El segundo fue un fracaso definido en términos políticos. Incluso en los pocos casos en que las reformas encontraron el arraigo necesario y fueron implementadas, las mismas eran susceptibles de ser cooptadas por las élites nacionales y el efecto cascada deseado, según el cual las transformaciones en el derecho económico llevaría a transformaciones en términos de derechos humanos y mayor democracia, pocas veces ocurrió. Tal fue el caso del "Proyecto Ley de Chile" de 1965 de la Fundación Ford, que fue capturado por las

⁴⁵ CEPAL, *Informe sobre el desarrollo de las estadísticas oficiales en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Bogotá, 2009. 18 – 22.

⁴⁶ Por ejemplo la misión del Banco (1949 – 1953) denominada Misión Currie (nombrada después del economista canadiense Lauchlin Currie) asentó las bases para la creación del Departamento Nacional de Estadística (DANE) en 1953. Sobre la misión Currie, véase ALACEVICH, M., *The political economy of the World Bank: The early years*, Stanford University Press / World Bank, Stanford, 2009, pp. 11 – 63. En conexión con la estadística, véase ADELMAN, J. "Observando a Colombia: Albert O. Hirschman y la Economía del Desarrollo", *Desarrollo y Sociedad*, 62, 2008, fecha de consulta 29 noviembre 2012, . Por su papel en la dirección del gobierno colombiano hacia la opinión del Banco de Desarrollo, véase MALAGÓN M., y MOTTA, D. 'Laureano Gómez, La Misión Currie y El Proyecto De Reforma Constitucional De 1952', *Criterio Jurídico* 9, no. 2, 2011, 7–pp. 33.

⁴⁷ Véase TRUBEK D.M., y GALANTER, M. 'Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States', *Wisconsin Law Review* 1974 , pp. 1062.

⁴⁸ TRUBEK, D.M, "The «Rule of Law» in Development Assistance: Past, Present, and Future", Op. cit. pp. 82.

élites conservadoras y como fue evidente en la década de 1970, tuvo muy poco impacto en la transformación del país.⁴⁹ Por lo tanto, en palabras de Trubek, "[Los] reformistas escarmentados enfrentaron la posibilidad aterradora de que el legalismo, el instrumentalismo y el autoritarismo formaran una dura amalgama mediante la cual sus esfuerzos para mejorar la legislación económica y la abogacía podrían fortalecer un régimen autoritario".⁵⁰ En última instancia, el primer movimiento del Derecho y Desarrollo nunca tuvo un impacto en la producción de políticas públicas principales, generando que el régimen jurídico cayeran fuera del radar de los reformistas y de la comunidad del desarrollo en las siguientes dos décadas.

Los indicadores en el segundo movimiento de Derecho y Desarrollo: "Doing Business"

Todo esto habría de cambiar en la década de 1990. Como es bien sabido, el Consenso de Washington provocó un nuevo "sentido común" en términos de desarrollo económico, que favorecía la liberalización y se basaba en soluciones de mercado.⁵¹ En este contexto, el ordenamiento jurídico jugaba dos papeles diferentes. Por un lado, el derecho era parte de las instituciones de la sociedad que, junto con "las limitaciones normales de la economía (...) definen el set de posibilidades que determinan los costos de transacción y de producción, y por lo tanto la rentabilidad y la viabilidad de la participación en la actividad económica".⁵² Así, de una manera cercana a la visión instrumental

⁴⁹ Sobre el "Proyecto Ley de Chile" v su captura Véase DEZALAY Y., v GARTH, B.G., *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, The Chicago Series in Law and Society (Chicago: University of Chicago Press, 2002, pp- 116 – 117. Para una vision menos critica véase MERRYMAN, J.H., "Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program", Op. cit. pp. 483 – 490.

⁵⁰ TRUBEK, D.M, "The «Rule of Law» in Development Assistance: Past, Present, and Future", Op. cit. pp. 79.

⁵¹ Sobre la transformacion del Consenso de una politica economica a una plataforma de desarrollo para America Latina Véase WILLIAMSON, J. 'The Washington Consensus as Policy Prescription for Development', en *Development Challenges in the 1990s: Leading Policymakers Speak from Experience*, ed. Tim Besley y N. Roberto Zaghera, Washington, D.C., World Bank Publications, 2005, pp. 33–53.

⁵² NORTH, D.C. "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, 1, 1991. 97. En material general Véase D. C. NORTH, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

del primer movimiento de Derecho y Desarrollo, esta perspectiva percibe a las normas jurídicas como un medio para alcanzar el desarrollo económico, esta vez, al mantenerse fuera del camino de los inversionistas y de las transacciones privadas, y obligando al Estado a hacer lo mismo.⁵³

Desde este punto de vista, habría una conexión entre los obstáculos que tendrían que enfrentar los empresarios al establecer sus negocios y el desarrollo económico. El economista peruano Hernando de Soto se hizo famoso en su momento, argumentando que la burocracia y la tramitología en el Sur Global llevaron a la informalidad, y que la falta de títulos y de contratos ejecutables conduce al subdesarrollo.⁵⁴ Para De Soto, como para todos los que defendían el sentido común del desarrollo neo-liberal en ese entonces, "las instituciones importan", por lo que el desarrollo podría lograrse a través de reformas (jurídicas) institucionales.

Este enfoque llegó a ser influyente en las instituciones financieras multilaterales. Sin embargo, como Davis y Trebilcock han argumentado, los escépticos eran tan numerosos como los optimistas en el debate generado en torno a si las reformas jurídicas podrían fomentar el desarrollo.⁵⁵ Y, sin embargo, los optimistas tenían un elemento crucial que a los escépticos le faltaba: los indicadores.⁵⁶ En efecto, la noción de que el ordenamiento jurídico era relevante para el desarrollo fue esta vez sustentado por una gran cantidad de investigaciones, mediante las cuales se analizaba las correlaciones entre el Estado de Derecho y el desarrollo económico, o entre este y algunas características de los sistemas jurídicos (por ejemplo, su tradición jurídica o el tiempo necesario para ejecutar el cumplimiento de un contrato, etc).

⁵³ Véase KENNEDY, D., 'The "Rule of Law," Political Choices, and Development Common Sense', en *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. TRUBEK, D.M y SANTOS, A., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 95-173.

⁵⁴ DE SOTO, H., *The other path: the invisible revolution in the Third World*, 1st, Harper & Row, New York, 1989.

⁵⁵ DAVIS, K.E. y TREBILCOCK, M., 'The Relationship Between Law and Development: Optimists Versus Skeptics', *American Journal of Comparative Law* 56, no. 4, 2008, pp. 895-946.

⁵⁶ DAVIS, K.E., "What can the rule of law variable tell us about rule of law reform?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2004, pp. 143 - 145

Estos estudios eran metodológicamente sofisticados ante los ojos de los no-especialistas, y lograron acumular una gran cantidad de variables innovadoras para medir conceptos abstractos tales como el estado de derecho. A partir de ese momento, los indicadores parecen ser el siguiente paso lógico: si las variables se han generado y los datos se han obtenido, se requería de un esfuerzo marginal para organizar la información y presentar los resultados en forma de indicadores.

“Doing Business” (DB) es un buen ejemplo del papel que desempeñan los indicadores en esta visión instrumentalista de la conexión entre el derecho y el desarrollo. DB es un producto de la Corporación Financiera Internacional (IFC), que forma parte del Grupo del Banco Mundial, y busca medir el costo para las empresas de la regulación empresarial local. Actualmente, mide a 185 países de todo el mundo.⁵⁷ El primer informe de DB se publicó en el 2004⁵⁸ y fue un reflejo de muchas de las opiniones de De Soto. DB utilizó los indicadores para argumentar una relación inversa entre la burocracia y el desarrollo, ya que “los países pobres tienden a regular en mayor proporción la actividad empresarial”⁵⁹ y “la existencia de más regulación está generalmente asociada con más ineficiencia de las instituciones públicas, demoras más prolongadas y mayores costos [...] así como más personas desempleadas, corrupción, menos productividad e inversión, pero no necesariamente una mejor calidad de los bienes públicos o privados”.⁶⁰ Desde este punto de vista, las reformas legales fueron fundamentales para el desarrollo, sobre todo bajo la forma de la desregulación.

Revelando su importancia política, el análisis efectuado por DB fue criticado desde diferentes frentes. Un ejemplo es la controversia generada en torno al índice de DB sobre la regulación

⁵⁷ WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, World Bank Group, Washington, D.C., 2013, pp. 185.

⁵⁸ WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2004: Understanding Regulation*, Washington, D.C.: World Bank y Oxford University Press, 2004.

⁵⁹ *Ibidem.* viii.

⁶⁰ *Ibidem.* xiv.

del mercado laboral, conocido como "Employing Workers".⁶¹ Este indicador fue impugnado en una campaña de un grupo transnacional de los representantes de los trabajadores (por iniciativa de la Confederación Sindical Internacional), junto con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y varios académicos, quienes argumentaban que los países que cuentan con legislación laboral menos protectora de los trabajadores obtienen mejores resultados en el índice, vulnerando así los convenios de la OIT⁶² y alentando a la desregulación del mercado laboral; particularmente si el índice es utilizado como una guía para determinar los préstamos de instituciones financieras internacionales.⁶³ Frente a estas críticas, el Banco Mundial - IFC adoptó algunos cambios en el indicador en el informe de 2010 (publicado en 2009), mediante la convocatoria de un "Grupo Consultivo de Trabajadores"⁶⁴ y en última instancia, suspendiendo el uso del indicador en su informe 2013.

Gran parte de las críticas dirigidas hacia DB eran de hecho, un síntoma del ambiente general que estaba emergiendo en ese momento, dada la evidencia ante las fallas del Consenso de Washington en diferentes contextos.⁶⁵ A medida que la controversia con DB aumentó, el Banco - IFC solicitó una evaluación independiente del proyecto, la cual fue publicada en el año 2008.⁶⁶ El informe de dicha evaluación trata en detalle con

⁶¹ Como evidencia del impacto de la política de "Employing Workers", y como resumen de sus principales críticas véase LEE, S., MCCANN, D, y TORM, N. 'The World Bank's "Employing Workers" Index: Findings and Critiques - A Review of Recent Evidence', *International Labour Review* 147, no. 4, 2008, pp. 416-432.

⁶² Véase comentarios de José Manuel Salazar, Director Ejecutivo, Employment Sector, ILO at the launch of the 2009 Doing Business Report in Geneva, Lunes 22 de septiembre de 2008. Citado en: BAKVIS, P, "The World Bank's Doing Business Report: A last fling for the Washington Consensus?", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 15, 3-4, 2009, pp. 432, fecha de consulta 20 diciembre 2012.

⁶³ Véase BERG, J., y CAZES, S., *The Doing Business Indicators: Measurement Issues and Political Implications*, vol. 6, Geneva, ILO, 2007.

⁶⁴ Véase Doing Business Employing Workers Consultative Group, 'Final Report', abril 2011, www.doingbusiness.org/data/~/~/~/Final-EWICG-April-2011.doc.

⁶⁵ Véase KENNEDY, D., "The «rule of law,» political choices, and development common sense", Op. cit. pp. 150 - 158.

⁶⁶ WORLD BANK INDEPENDENT EVALUATION GROUP, *Doing Business: An Independent Evaluation/Taking the Measure of the World Bank-IFC Doing Business Indicators*, World Bank Group, Washington, D.C., 2008.

varios de los retos en la metodología utilizada por DB; sin embargo el punto central del reporte es bastante claro: siguiendo de cerca el consenso instrumental del segundo movimiento del Derecho y Desarrollo, la metodología del Banco – IFC presupone que menos regulación es mejor que una mayor regulación, en cada caso, en todas partes. Esta premisa, concluye el informe, oculta el hecho de que alguna regulación sea apropiada, es decir, "DB mide los costos, pero no los beneficios de la regulación".⁶⁷ Como puede verse, el informe adopta una visión instrumentalista del derecho, y se adhiere a la idea de que la menor cantidad de regulación empresarial se asocia con un mejor desempeño del sector privado⁶⁸; no obstante, parece rechazar el estricto punto de vista neoliberal de DB y reconoce algunas virtudes a la regulación.

La evaluación independiente es un ejemplo de cómo los indicadores de gobernabilidad son capaces de superar su cuna neo-liberal y seguir siendo influyentes en los círculos de desarrollo, aun cuando el sentido común estrictamente neo-liberal del mismo ha cambiado. Esta es una importante lección para entender los indicadores de derechos humanos: la tecnología cuantitativa, de cuna claramente neo-liberal, es adoptada por otras agendas (como por ejemplo, el activismo de derechos humanos), que difieren de la ideología que originó el uso de indicadores. El discurso del derecho internacional de los derechos humanos aprende, así, a usar herramientas desarrolladas por el más ortodoxo consenso neo-liberal.

Así, como las premisas originales subyacentes de DB fueron objeto de crítica, la evaluación independiente provocó un cambio en la retórica que rodea el Índice. De hecho, en el año 2013, el Banco Mundial - IFC estaba hablando de "regulación inteligente": "las economías que logran una mejor calificación en DB no son aquellas que carecen de una regulación, sino en las cuales los gobiernos han logrado crear reglas que facilitar la interacción en el mercado sin que innecesariamente obstaculicen el desarrollo del sector privado. En esencia, hacer negocios se trata de hacer regulaciones empresariales inteligentes y no necesariamente hacer

⁶⁷ *Ibidem.* xvii.

⁶⁸ *Ibidem.* 51.

menos regulaciones".⁶⁹ Esto no quiere decir que la actual metodología de DB haya realmente cambiado en el sentido sugerido por esta declaración⁷⁰, sin embargo demuestra que DB se encuentra tratando de responder a un nuevo sentido de común el desarrollo económico, donde las visiones de De Soto no se dan por sentado y donde no es cierto que menos regulación es siempre mejor.

4. LOS INDICADORES EN EL TERCER MOVIMIENTO DE DERECHO Y DESARROLLO: INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS

La transformación de DB se puede leer como una transición hacia lo que se ha llamado el tercer movimiento de Derecho y Desarrollo. Mientras que el Estado de Derecho sigue siendo visto como un instrumento para el desarrollo, un nuevo punto de vista parece estar emergiendo, según el cual las instituciones jurídicas son parte del desarrollo *per se*: el derecho es, en este contexto, un objetivo de desarrollo en sí mismo.⁷¹ Y, siguiendo las lecciones aprendidas en el uso de indicadores en la visión instrumental del derecho, se hizo evidente que los indicadores también podrían ser usados como una plataforma para poner en práctica este nuevo sentido común en el desarrollo; esto es, otras ideologías donde el estado de derecho puede ser medido como un valor, sin importar su impacto directo sobre otras variables de desarrollo.

El derecho internacional de los derechos humanos es crucial en este aspecto. Ya a comienzos de los años 90, cuando el neoliberalismo se encontraba en su apogeo, se podían vislumbrar

⁶⁹ WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, cit. 16.

⁷⁰ Desde la evaluación independiente, la metodología no ha sido revisada para sugerir que las premisas básicas que rodean al índice (menos regulación es mejor) han cambiado. Sin embargo, ajustes marginales han sido aplicados a los siguientes componentes: (a) "employing workers", en 2010 y 2011, (b) obteniendo un crédito y manejando licencias de construcción, en 2012; y (c) pagando impuestos, en 2012 y 2013 (Fuentes: WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2010: Regulating Through Difficult Times*, World Bank and Palgrave MacMillan, Washington, D.C., 2009. 78; WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2011: Making a Difference for Entrepreneurs*, World Bank and IFC, Washington, D.C., 2010. 110; WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2012: Doing Business in a more Transparent World*, World Bank and IFC, Washington, D.C., 2011. 42; WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, cit. 108).

⁷¹ Véase SANTOS, D. y TRUBEK, A. *The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006 pp.6 - 9.

nuevos cambios en el discurso y la práctica del desarrollo. Los mayores actores en este campo, como el Banco Mundial y otras agencias para el desarrollo, comenzaron a incorporar el discurso de los derechos humanos en su mandato.⁷² Sin embargo, esta primera aproximación en la década de los 90 entre los derechos humanos y el desarrollo fue meramente retórica. En otras palabras, no se produjo un cambio palpable en la práctica de los actores del desarrollo – simplemente, las diferentes agencias de cooperación internacional cambiaron su discurso para argumentar que su trabajo contribuía a la mejora de los derechos humanos.⁷³

Sin embargo, el empuje por incluir los derechos humanos en el desarrollo no terminó ahí. Poco a poco el ambiente se ha ido moviendo hacia una la idea del desarrollo basado en los derechos humanos, y su equivalente funcional en términos legalistas, el derecho al desarrollo económico⁷⁴. Estos cambios fueron posibles gracias a cambios propios del contexto político y académico del momento. Por un lado, los programas de ajuste estructural, que habían sido la bandera del desarrollo durante la década de los ochenta, no lograron cumplir con sus objetivos, por lo que se produjo un movimiento crítico que presionó por la inclusión de programas para el buen gobierno, los cuales incluyen los derechos humanos. De otra parte, los especialistas del desarrollo económico que continuaban siendo críticos al predominio que tiene el ideal único del crecimiento económico en la teoría del desarrollo, continuaron luchando por alcanzar una definición más holística del desarrollo, que en muchos casos incorporó nociones de los derechos humanos.⁷⁵

En efecto, a finales de la década de los 90 y comienzos del 2000 surgió un nuevo paradigma en el ámbito del desarrollo, conocido como la aproximación de los derechos al desarrollo o desarrollo humano, que se caracteriza por una mayor nivel de

⁷² ULVIN P., "From the right to development to the rights-based approach: how 'human rights' entered development", 17(4-5) *Development in Practice* 597-606, 2007 pp. 599.

⁷³ ULVIN P., *Human Rights and Development*. Bloomfield, Kumarian Press, 2004 pp.50-51.

⁷⁴ Véase, SEPPÄNEN, S. *Possibilities and Challenges of the Human Rights-Based Approach to Development*, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights/Hakapaino Oy, Helsinki, 2005.

⁷⁵ ULVIN P. *Human Rights and Development*. Bloomfield, Kumarian Press, 2004, pp.49.

integración entre derechos humanos y desarrollo.⁷⁶ Los fundamentos teóricos de esta nueva aproximación fueron creados por Amartya Sen a través de su teoría denominada “desarrollo como libertad”, en la que el desarrollo es entendido como el proceso a través del cual se extienden las libertades de las personas. Para el autor el “desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertades: la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas y las privaciones sociales sistemáticas, el abandono en que pueden encontrarse los servicios públicos y la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”.⁷⁷

Amartya Sen aduce dos razones fundamentales para expandir la definición del desarrollo a través de la noción de libertad: la razón de la evaluación y la razón de la eficacia. La razón de la evaluación es una respuesta a la obsesión de la comunidad del desarrollo por medir y compara los diferentes niveles de progreso que se alcanzan en los países a través principalmente de indicadores de crecimiento económico. Según Sen “el progreso ha de evaluarse principalmente en función del aumento que hayan experimentado o no las libertades de los individuos”.⁷⁸

A pesar de estos avances la inclusión de los derechos humanos en el desarrollo no ha sido absoluta y, como reconocen Peter Ulvin y James D. Wolfsohn, todavía existe mucha reticencia por parte de los principales actores en la comunidad del desarrollo para permitir una mayor homogenización de las dos disciplinas.⁷⁹ Si bien existe un consenso sobre la necesidad de ampliar la definición del desarrollo, todavía continúa el debate sobre la forma en la se deben integrar los derechos humanos en esta concepción

⁷⁶ *Ibidem*, pp.122.

⁷⁷ Véase, SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Bogotá, Editorial Planeta, 2000, pp. 20-21.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 20.

⁷⁹ Véase, ULVIN P. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, 2004, pp. 47; WOFENSOHN, J. D., “Some Reflections on Human Rights and Development”, en ALSTON AND ROBINSON (eds.) *Human Rights and Development Towards Mutual Reinforcement*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

más holística.⁸⁰ Así, como se verá a continuación, el uso de mecanismos de medición, como los indicadores, ha sido usado como un medio para promover una teoría del desarrollo basada en derechos.

La primera agencia en reconocer la necesidad de integrar los derechos humanos y el desarrollo fue el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). A través de este programa Mahbub ul Haq promovió la creación del *Human Development Index*, un indicador compuesto que tiene como objetivo medir el desarrollo humano a través de tres variables: los niveles esperanza de vida y de alfabetización, y el PIB per cápita.⁸¹ Estas tres variables buscan representar tres elementos esenciales de la vida humana, los niveles de longevidad, conocimiento y los estándares de vida digna.⁸² Este indicador fue criticado por Amartya Sen por sólo incluir tres elementos para representar los niveles de desarrollo humano de un país; a esto respondió Mahbub ul Haq diciendo lo siguiente: “necesitamos una medida (...) del mismo nivel de vulgaridad que el PIB – sólo un número – pero una medida que no sea tan ciega a los aspectos sociales de la vida humana como lo es el PIB”.⁸³ En otras palabras, lo que Mahbub ul Haq estaba reconociendo es el poder de gobernanza de mecanismos cuantitativos de los indicadores, y la necesidad de utilizar los mismos mecanismos para poder desplazar las teorías económicas que hasta el momento han predominado en el desarrollo.

Según el PNUD el desarrollo humano y los derechos humanos comparten el mismo objetivo, “asegurar la libertad, el bienestar y la dignidad de las personas en todas partes”⁸⁴. Si bien el *Human Development Index* busca integrar nociones de derechos humanos a la medición del desarrollo, no puede ser visto como un indicador de derechos humanos ya que no responde a las

⁸⁰ MCINERNEY-LANKFORD, S. y SANO, H., *World Bank Study: Human Rights Indicators in Development an Introduction*. Washington, World Bank, 2010 pp.4.

⁸¹ UNITED NATIONS DEVELOPMENT *Human Development Report 1990: Concept and Measurement of human development*, Oxford, Oxford University Press, 1990 pp. 12.

⁸² *Ibidem*, pp. 12.

⁸³ Op Cit. DAVIS, KINGSBURY AND MERRY, 2012, pp. 97 (traducción del autor).

⁸⁴ Op. Cit. United Nations Development Program, 1990.

necesidades de medición del derecho internacional de los derechos humanos. Hoy en día es reconocido que los indicadores desarrollo, incluyendo los que miden nociones más amplias de desarrollo humano, tienen una naturaleza diferente a los indicadores de derechos humanos. Una particularidad de los indicadores de derechos humanos es que estos, contrario a los indicadores de desarrollo, se enfocan en medir los procesos y las conductas, y no en los resultados⁸⁵. Como se verá en los siguientes ejemplos, el uso específico de indicadores de derechos humanos por los actores del desarrollo genera una demanda muy alta de experticia, ya que para establecer su nivel de cumplimiento es necesario incluir un gran número de variables que cubran todos los elementos del derecho.

En 1997 las Naciones Unidas incluyó un componente de derechos humanos en dos de sus mecanismos que buscan evaluar la situación de desarrollo de los países: la Evaluación General de Países y en sus Directrices para el Marco de Asistencia al Desarrollo.⁸⁶ Sin embargo, como se reconoció en la Guía, “aproximarse al desarrollo desde una perspectiva de derechos humanos crea una demanda particular por datos que no se puede satisfacer con el sólo uso de indicadores socio-económicos tradicionales. Por ejemplo, se requiere que los elementos del derecho esté integrado en los indicadores al identificar (i) estándares explícitos y puntos de referencia en contra de los cuales se mide el desempeño; (ii) actores e instituciones específicas responsables del desempeño; (iii) los titulares de los derechos a los que se les debe la responsabilidad y; (iv) mecanismos para la entrega, responsabilidad y reparación. Adicionalmente, se prevé la medición de ciertos elementos subjetivos, como los niveles de confianza pública en las instituciones del gobierno, incluyendo entre grupos vulnerables y marginalizados”⁸⁷.

⁸⁵ Op Cit., MCINERNEY-LANKFORD S y SANO, H. pp. 17.

⁸⁶ LANDMAN, T., “Map-Making and Analysis of the Main International Initiatives on Developing Indicators on Democracy and Good Governance”, Final Report University of Essex – Human Rights Centre, 2003 pp. 18 Disponible en <http://chenry.webhost.utexas.edu/global/coursemats/2006/about%20indicators/GovIndicatorsEssx2003.pdf>, Consultada el 11 de abril de 2013.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 18-19

A pesar de estas dificultades adicionales otros actores en los campos del desarrollo y de los derechos humanos continúan intentando integrar los discursos y procesos de las dos comunidades a través de métodos cuantitativos de medición. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos aprobó en una Guía para una aproximación de derechos humanos a las estrategias de reducción de la pobreza. En este documento se identifican los derechos más relevantes para la eliminación de la pobreza, se establecen objetivos para la realización de cada derecho y se establecen los indicadores necesarios para medir el nivel de éxito de cada objetivo.⁸⁸ Por ejemplo, el derecho a la salud tiene 7 objetivos diferentes, y requiere de 23 indicadores para medir su cumplimiento.⁸⁹ Así mismo, el Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) también ha reconocido la utilidad de los indicadores para alcanzar mayores niveles de integración entre los derechos humanos y el desarrollo.⁹⁰

El uso de indicadores del desarrollo con un énfasis en derechos humanos ha hecho un mayor énfasis en los derechos económicos y sociales, dejando a un lado los derechos civiles y políticos. El énfasis en los derechos económicos y sociales en el uso de indicadores no sólo se ha producido en el campo del desarrollo, esfuerzos por crear indicadores para monitorear el cumplimiento de las normas de derechos humanos también sufren de ese prejuicio.⁹¹ Estos esfuerzos comenzaron a tomar forma a finales de 1990s, antes de esto muchos activistas de derechos humanos se oponían al uso de estos mecanismos porque eran vistos como simplificaciones excesivas y porque eran percibidos como un

⁸⁸ ACNUR Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Draft Guidelines: a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies", 10 September 2002, Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8298544.html> Consultada el 11 de abril de 2013.

⁸⁹ *Ibidem.*, pp. 24-25.

⁹⁰ DAC (2007), "Action-Oriented Policy Paper on Human Rights and Development", disponible en: <http://www.oecd.org/development/governance-development/39350774.pdf>.

⁹¹ Véase, ROSGA A. y SATTERTHWAITTE M. "The Trust in Indicators: Measuring Human Rights", 27 Berkeley J. Int'l Law 253-315, 2009.

mecanismo lleno de prejuicios.⁹² Antes de la creación de indicadores específicos de derechos humanos, se utilizaban los indicadores económicos y sociales creados por el Banco Mundial en su base de datos “Worldwide Governance Indicators” o por el PNUD en el Human Development Index para medir los niveles de cumplimiento con los derechos económicos, sociales y culturales.⁹³ Según Sally Merry el aumento de indicadores en el campo de los derechos humanos evidencia una migración de estos mecanismos del campo de desarrollo económico al del cumplimiento de los derechos humanos.⁹⁴ Sin embargo esta migración no es completamente pacífica, ya que los indicadores son una tecnología de conocimiento del campo económico cuyo trasplante a este nuevo campo de los derechos humanos ha tenido sus dificultades.⁹⁵

El punto cúlpe en la integración entre derechos humanos y desarrollo fue la creación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Si bien en los objetivos especiales no se incluye en su totalidad el marco normativo internacional de los derechos humanos, éste sí hace parte del marco conceptual de la Declaración del Milenio.⁹⁶ El PNUD estableció en su Reporte sobre Desarrollo Humano en el 2003 que los Objetivos del Milenio, el desarrollo humano y los derechos humanos comparten la misma motivación.⁹⁷ Adicionalmente, según el mismo reporte, cada uno de los objetivos puede ser conectado con alguno de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos de derechos humanos.⁹⁸ Los Objetivos del Milenio contienen 8 objetivos específicos que los

⁹² ENGLE MERRY, S “Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance: with CA comment by John M. Conleyp”, 52(3) Current Anthropology 83-95, 2011 pp. 87.

⁹³ *Ibíd*em

⁹⁴ *Ibíd*em.

⁹⁵ *Ibíd*em, pp.88.

⁹⁶ ALSTON, P. “Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals”, 27 Hum. Rts. Q. 755-829, 2005, pp. 757.

⁹⁷ *Op.Cit.* United Nations Development Program, pp. 27

⁹⁸ El reporte menciona específicamente los siguientes derechos en la Declaración Universal de Derechos Humanos: derecho a la seguridad social (art. 22), derecho al ocio (art. 24), derecho a la salud y al bienestar (art. 25), y el derecho a la educación (art. 26). *Ibíd*em, pp. 28.

gobiernos acordaron alcanzar para el año 2015: I) erradicar la pobreza extrema y el hambre; ii) alcanzar la enseñanza primaria universal; iii) promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; iv) reducir la mortalidad infantil; v) mejorar la salud materna; vi) combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; vii) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, y viii) fomentar una asociación mundial para el desarrollo⁹⁹.

Los Objetivos del Milenio han sido adoptados por todas las agencias de ayuda internacional incluyendo el Banco Mundial, el cual desde el 2003 dedica todo un capítulo de su reporte sobre *World Development Indicators* al progreso en cada uno de los objetivos.¹⁰⁰ Esto es un avance muy grande para aquellos que promueven una aproximación de los desarrollos basada en los derechos ya que el Banco Mundial ha sido una de las instituciones más reticentes a integrar el discurso de los derechos humanos, en parte porque, como lo explica Mac Darrow, dentro de la institución se encuentran un gran número de barreras institucionales y culturales que han impedido la integración entre desarrollo y derechos humanos.¹⁰¹ El uso de mecanismos típicos de las ciencias económicas, como son los objetivos cuantitativos y los indicadores, han jugado un rol muy importante en permitir la integración de estas dos disciplinas que, como ya se describió, históricamente se encontraban aisladas.

La nueva tendencia hacia los objetivos cuantificables en el desarrollo ha producido una mayor demanda por el uso de mecanismos de medición como los indicadores. Especialmente a través de la creación de los Objetivos del Milenio, que incluyen fines más complejos y comprensivos, ha sido necesario crear indicadores compuestos más completos. Es por eso que para medir los ocho Objetivos del Milenio las Naciones Unidas tuvo que crear un Grupo Especial sobre Indicadores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (*the Inter-Agency and Expert Group on MDG*

⁹⁹ EASTERLY, W., *The White Man's Burden*. New York: Penguin Books, 2006 pp. 9.

¹⁰⁰ WORLD BANK World Development Report 2003: Sustainable Development in a Dynamic World. Washington D.C, World Bank, 2003, pp. 232

¹⁰¹ Op Cit. DARROW, 2006, pp. 197-201.

Indicators”), el cual produjo más de 60 indicadores para poder capturar la complejidad de cada objetivo.¹⁰² Como reconoce Malcolm Langford, algunos de los objetivos incorporan la necesidad de medir la calidad de los servicios (como en la salud), mientras otros solamente se enfocan en el acceso a los mismos (como en la educación y el agua).¹⁰³

A pesar de los avances que los Objetivos del Milenio han traído a la integración de los derechos humanos en el desarrollo, a través de una aproximación al desarrollo basada en los derechos, estos han sido ampliamente criticados tanto por la comunidad de los derechos humanos como por los críticos dentro de la comunidad del desarrollo. Los defensores de derechos humanos argumentan que estos objetivos no son adecuados porque excluyen los derechos civiles y políticos, y porque su aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales es muy limitada.¹⁰⁴ Por otro lado, economistas como William Easterly critican este mecanismo porque perpetúa la aproximación desde arriba desarrollo: la creación de objetivos universales y grandes planes que finalmente no cumplen con su propósito porque están siendo impuestos desde arriba y no promueven el desarrollo desde abajo.¹⁰⁵

¹⁰²United Nations *The Millennium Development Goals Report 2011*, 2001, pp. 6 Documento disponible en [http://mdqs.un.org/unsd/mdq/Resources/Static/Products/Progress2011/11-31339%20\(E\)%20MDG%20Report%202011_Book%20LR.pdf](http://mdqs.un.org/unsd/mdq/Resources/Static/Products/Progress2011/11-31339%20(E)%20MDG%20Report%202011_Book%20LR.pdf) Consultada el 5 de enero de 2014.

¹⁰³ LANGFORD, M. “The Art of the Impossible: Measurement Choices and the Post-2015 Development Agenda”, Background Paper for Governance and human rights: Criteria and measurement proposals for a post-2015 development agenda, OHCHR/UNDP Expert Consultation, New York, 13-14 November 2012, pp. 5.

¹⁰⁴ ALSTON, P., 2005, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals*, Op. Cit. pp. 760

¹⁰⁵ EASTERLY, W. *The White Man’s Burden*. New York: Penguin Books, 2006 pp. 11 y 197

5. ¿QUIÉN GANA Y QUIEN PIERDE CON EL USO DE INDICADORES? UN ANÁLISIS DE LIS INDICADORES DE DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

Como puede verse, el surgimiento de los indicadores en el contexto de derechos humanos obedece a un complejo proceso de interacción entre el sentido común del desarrollo económico, el papel preponderante jugado por ciertas instituciones internacionales y la renovada relevancia que disfruta el derecho internacional de los derechos humanos en el marco de la agenda para el desarrollo en América Latina. En últimas, la sección anterior nos enseña que los indicadores no son neutros: son una tecnología de ejercicio de poder que transforma la experiencia de estar sometido al mismo.

El uso de indicadores tiene, en tal medida, implicaciones importantes de redistribución de poder. La presente sección busca explorar de manera más detallada quien gana y quién pierde con el uso de indicadores en un contexto específico. Para hacerlo, se centrará en el uso de indicadores de desplazamiento forzado en Colombia. ¿Por qué centrarse en un estudio de caso? Por dos razones: en primer lugar, los estudios tradicionales sobre indicadores se centran únicamente en la descripción de sus variables y la forma en que los mismos son construidos. Por lo tanto, obvian los aspectos políticos y estratégicos que son el foco de este ensayo. De otra parte, es muy difícil percibir el proceso de redistribución de poder generado por los indicadores en abstracto – solamente cuando se consideran actores concretos en dinámicas concretas, podremos identificar de manera clara quien gana y quien pierde con este giro hacia los métodos cuantitativos de gobernanza.

Ahora bien, como se sabe, Colombia constituye actualmente el país con mayor número de desplazados internos del mundo, muy por delante de los cuatro siguientes: Irak, Sudán, la República Democrática del Congo y Somalia. Las fuentes oficiales reconocen más de tres millones y medio de personas en situación de éxodo

forzado¹⁰⁶, mientras las ONGs sitúan la cifra más allá de los cinco millones¹⁰⁷. La magnitud de este fenómeno, unida al hecho de que las autoridades nacionales han desarrollado una sofisticada política para su atención, basada en las directrices elaboradas por Naciones Unidas, lo han convertido en objeto de la atención de la comunidad académica nacional e internacional¹⁰⁸.

Gran parte del debate respecto a indicadores y desplazamiento forzado en Colombia origina en el problema central sobre quién puede ser contado como desplazado por el conflicto armado interno, y quien es simplemente una persona de escasos recursos económicos que se mueve dentro del país para escapar de áreas con violencia (donde la situación económica es mala) y ubicarse en áreas de país donde hay paz y, en consecuencia, la situación económica es menos mala. En general, entonces, un problema central al que se ha visto tradicionalmente enfrentada la política para reaccionar al desplazamiento forzado en Colombia es, precisamente, la precariedad de la información cuantitativa sobre el tamaño y las características del problema.

Entra entonces la Corte Constitucional colombiana. En el año 2004, la Corte Constitucional adoptó una importante sentencia, de enormes ambiciones, declarando que la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado en Colombia era un “estado de cosas inconstitucionales”¹⁰⁹. En este marco, la Corte decidió seguir de cerca el cumplimiento de su sentencia, y como parte de tal proceso ordenó a las diferentes instituciones gubernamentales el desarrollo de indicadores de “goce efectivo” de los derechos humanos de la población desplazada. Este proceso, que duró varios años, generó una importante dinámica de creación e implementación de indicadores de derechos humanos, la cual nos permite analizar las

¹⁰⁶ De acuerdo con el RUPD, gestionado por la AS, a 31 de marzo de 2011 la cifra de persona desplazadas asciende a 3.700.381. Cifra tomada de la página web <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=383&conID=556>

¹⁰⁷ La cifra exacta que señala CODHES, es de 5.195.620, si bien considera que podría ser superior.

¹⁰⁸ Véase CEPEDA, M. “The Constitutional Protection of IDPs in Colombia” en ARANGO R (Ed.) *Judicial Protection of Internally Displaced persons: The Colombian Experience*, 2009.

¹⁰⁹ La literatura sobre la sentencia de la Corte Constitucional y sus implicaciones es amplia. Para una buena introducción, véase: RODRIGUEZ C. y RODRIGUEZ, D. “El Contexto: El Desplazamiento Forzado y la Intervención de la Corte Constitucional” en RODRIGUEZ C. (ed.), *Más Allá del Desplazamiento*, 2009, pp.19.

implicaciones políticas del uso de indicadores. En este caso, realizaremos tal análisis alrededor en referencia a tres ejes: (a) indicadores de derechos humanos y medios de comunicación; (b) indicadores de derechos humanos y movilización social; y, finalmente, (c) indicadores de derechos humanos ya la interacciones entre las diferentes ramas del poder público.

Indicadores de derechos humanos y medios de comunicación

El poder de los indicadores de derechos humanos está íntimamente vinculado a los medios de comunicación. ¿Qué tipo de indicador es interesante para los medios de comunicación? Los medios están interesados en los indicadores de derechos humanos que son “vergonzosos” para el gobierno, ya sea porque muestran una administración sin corazón que no hace nada por las víctimas del conflicto, o una administración que ha sido puesta en evidencia por un actor internacional, o que muestra, en fin, un gobierno inepto incapaz de tener cifras confiables en la difícil situación de las víctimas del conflicto armado¹¹⁰.

Es interesante anotar, sin embargo, que los indicadores de derechos humanos son poco utilizados por los medios de comunicación como descripciones de la crisis humanitaria. Por el contrario, son utilizados como instrumentos para dar notoriedad a un tema que es difícil entendimiento – en este caso, el desplazamiento forzado. Así, mientras que los indicadores han sido útiles en Colombia para dar forma y notoriedad a la crisis de desplazamiento interno en la agenda política del gobierno y los principales medios de comunicación, el interés de éstos últimos a menudo parece estar mediado por el uso de indicadores por parte de funcionarios públicos. Esto es: los medios se interesan en los indicadores de derechos humanos si éstos sirven para decir algo sobre un funcionario público. De lo contrario, la situación descrita por el indicador no será, en sí misma, de interés de los medios.

Esta no es, por supuesto, no es una regla absoluta. Como veremos en la siguiente sección, los indicadores se han convertido también en una plataforma para la movilización social – muy a pesar de las presiones gubernamentales. Sin embargo, la mayor

¹¹⁰ Véase, URUEÑA, R., “Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance”, Op. cit.

parte de la cobertura de noticias sobre indicadores de derechos humanos en Colombia no parece estar interesada en sí mismo, sino en el uso dado a éstos por los funcionarios públicos -- quienes mantienen, en última instancia, el control de la agenda.

La conexión entre indicadores de derechos humanos y los medios de comunicación es crucial para entender el papel de los primeros como tecnología de gobernanza global. Los indicadores se vuelven relevantes e influyentes cuando los medios de comunicación comienzan a citarlos y utilizarlos como evidencia de una realidad social. Sin duda, este movimiento empodera y aumenta la producción de indicadores. Por otra parte, el papel de la prensa parece también subrayar la dinámica del uso local del indicador de derechos humanos. El impacto doméstico de indicadores internacionales se relaciona con su protagonismo en la prensa nacional. Esta conclusión, sin embargo, debe contextualizarse, ya que supone que los medios de comunicación no están siendo controlados por el gobierno de turno, o por un interés económico específico. ¿Qué pasa si ese es el caso? El proceso por el cual los indicadores se transforman en tecnologías de gobernanza global en contextos en los cuales no existe una prensa libre es una importante línea de investigación, que no se ha desarrollado aun.

Indicadores de derechos humanos y movilización social

Los indicadores de derechos humanos se han convertido en un instrumento valioso para las organizaciones de la sociedad civil que tienen un interés en la política del desplazamiento forzado. Los indicadores de derechos humanos son útiles para poner el problema del desplazamiento interno en la agenda de los medios de comunicación, al intentar transmitir una sensación de urgencia que parece útil en los esfuerzos de cabildeo. Por otra parte, los índices ofrecen un estándar claro para poder presionar a los gobiernos nacionales en el tratamiento de la situación de desplazamiento interno.

Con todo, más allá de estos aspectos, los indicadores de derechos humanos parecen ser más que una herramienta para la movilización. Parecen ser un proceso de movilización social, en sí y por sí mismos. Investigando para este artículo, fui a menudo

referido a la Consultoría de Derechos Humanos y Desplazamiento ("CODHES"), una ONG que informa "que no representa ni a la población desplazada, ni a las organizaciones de desplazados internos."¹¹¹ Más bien, CODHES busca "prevenir la causas del desplazamiento", "evidenciar el fenómeno del desplazamiento", "analizar las formas de intervención institucional en el desplazamiento", etc.¹¹² En definitiva, en lugar de ser una ONG activista, CODHES trata de mostrarse a sí misma como un instituto de investigación y una fuente técnica de conocimientos sobre el desplazamiento interno.

CODHES es una de las fuentes más importantes de indicadores de desplazamiento interno en Colombia. Como una organización privada, no gubernamental, CODHES ha estado recopilando información para la creación de indicadores desde el año 1992, a través de su sistema de información sobre Derechos Humanos y Desplazamiento Forzado, el cual recopila datos mediante "un ejercicio sistemático y continuo de estimación estadística de fuentes contrastadas."¹¹³ CODHES crea los indicadores que luego son recogidos por el UNHCR y otras organizaciones internacionales, y que son luego remitidos a los medios de comunicación colombianos, convirtiéndose en un argumento crucial en el debate nacional sobre los desplazados internos.

En este papel, CODHES tiene una agenda bastante activista. La organización no es tímida en tomar una posición en contra de los actores armados y del gobierno colombiano en materia de derechos humanos, uniendo fuerzas con otras ONG de derechos humanos. La mayor parte de su trabajo es de hecho, relacionado con el activismo por los derechos humanos.¹¹⁴ En el contexto de esta difícil situación, CODHES utiliza recursos valiosos en la producción de todo tipo de indicadores. ¿Por qué hace eso? Porque

¹¹¹ Véase:

http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=5&Itemid=32

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ CODHES, *Cifras e Indicadores del Desplazamiento Forzado y Derechos Humanos en Colombia*, Documentos CODHES No. 3 (2005). 67.

¹¹⁴ Para una mirada de sus publicaciones más representativas, disponible en http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=32&Itemid=46

este es el lenguaje que estructura su movilización. Y su estrategia es sin duda eficaz, si entendemos la eficacia como el incremento marginal de la influencia de la ONG.

En su fallo histórico mencionado anteriormente, la Corte Constitucional solicitó la creación de una Comisión de Seguimiento de la Política Pública de Desplazamiento Forzado para comprobar la ejecución de la política sobre los desplazamientos internos -- Comisión de la cual CODHES es miembro.¹¹⁵ A través de su intervención en los indicadores de derechos humanos, esta organización ha tenido acceso y ha ganado influencia como un experto en la medición de la situación de los índices de desplazamientos internos, una experiencia altamente valorada por la Corte Constitucional, como ya se vio anteriormente.

De esta manera, CODHES ha ido más allá en la producción de datos cuantitativos para el uso de otros activistas. CODHES hace activismo con la producción de los indicadores, alimentándolos con datos de diferentes fuentes (incluido la suya propia), y luego confrontando al gobierno nacional con las grandes discrepancias entre los distintos indicadores.¹¹⁶

Sin embargo, paradójicamente, esta estrategia podría a su vez tener efectos de desmovilización. En el caso colombiano, la Corte Constitucional generó espacios para la participación ciudadana en la formulación de políticas de desplazamiento interno. Mientras que varias organizaciones no gubernamentales aprovecharon esta oportunidad, la complejidad misma en los términos en que se ha enmarcado dicha cuestión (entre otras razones) puede haber dejado a la mayor parte de la población desplazada fuera del debate. De acuerdo con la Comisión de Seguimiento de la Política Pública de Desplazamiento Forzado, menos de un tercio de las organizaciones de desplazados se encuentran en contacto con la mesa nacional, lugar en donde los debates políticos están teniendo lugar. A su vez, sólo el 32 por

¹¹⁵ Véase COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Primer Informe de Verificación Presentado a la Corte Constitucional*, 2008, pp. 14.

¹¹⁶ Esto puede ser visto con el cubrimiento periodístico del debate público generado después de que CODHES reportara la estadística de al menos más del doble de personas desplazadas internamente, que el reporte del Gobierno. Véase "Agarrón por las cifras del desplazamiento," *El Tiempo*, Septiembre 3, 2004, pp. 3A.

ciento de todos los desplazados internos pertenecen a una organización.¹¹⁷ Así, los indicadores como movilización social pueden, en últimas, no implicar necesariamente la movilización de los excluidos, sino más bien una estrategia de alto impacto de las ONG que poseen conocimientos técnicos específicos.

Finalmente, más allá de la influencia de una ONG en particular, un estándar diferente de efectividad se refiere al impacto de los indicadores de derechos humanos, en términos de lograr un cambio en la política social. En este caso, es difícil evaluar el impacto de CODHES como un actor independiente, ya que su impacto está íntimamente ligado a la importancia concedida por la Corte Constitucional a los indicadores de derechos humanos, actuando como caja de resonancia – en especial, en consideración del modo particular de movilización adoptado por la ONG. Los indicadores de derechos humanos no son la única causa detrás de reformas políticas, sino una parte importante de una narrativa más general de movilización social que provoca dichos cambios. Este proceso, sin embargo, no se produce en el vacío, sino que influye y es influido por las estructuras institucionales. La siguiente sección explora el papel de los indicadores en la interacción entre las tres ramas del poder en Colombia: ¿Quién gana y quién pierde cuando los indicadores se implementan?

Indicadores de derechos humanos y la interacción entre las diferentes ramas de poder

El papel de los indicadores de derechos humanos en la economía política del diseño institucional en Colombia puede ser entendido en referencia a dos debates más amplios sobre la gobernanza en América Latina. El primer debate es el del activismo judicial. Como se ha señalado, la decisión de la Corte Constitucional en Colombia implica una serie de órdenes estructurales, que estaban obligadas a tener un impacto profundo en la sociedad colombiana. Este hecho, sin embargo, dejó la puerta abierta a la crítica estándar del activismo judicial: ¿Es antidemocrático tener una Corte que toma este tipo de decisiones

¹¹⁷ COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Primer Informe de Verificación Presentado a la Corte Constitucional*, 2008, pp. 49.

estructurales?¹¹⁸ ¿Son las Cortes el actor más deseable para impulsar el cambio social?¹¹⁹ ¿Se necesita tener un proceso deliberativo (idealmente a través del Congreso)?¹²⁰ ¿La Corte tiene el músculo institucional para hacer cumplir este tipo de orden estructural?¹²¹ Esta discusión excede el alcance de este artículo. Sin embargo, la Corte se enfrenta claramente a graves desafíos para justificar su ambiciosa intervención. Hay un problema subyacente de legitimidad que no puede ser ignorado.¹²²

En efecto, no se trata de que simplemente la Corte de una orden, y todas las burocracias colombianas se sometan felizmente a sus decisiones. Muy por el contrario, el Tribunal se enfrenta con inercia burocrática, batallas de competencia y falta de voluntad. Si bien a lo largo del 2004, en las decisiones (y el proceso de seguimiento), se nota la preocupación constante de la Corte por el respeto de la esfera de acción de las instituciones involucradas con la política de los desplazamiento interno; el hecho es que el alcance global de las órdenes estaba destinado a crear una cierta reacción de la administración.

Ahora bien, esta no es la primera vez que una de las decisiones de la Corte genera un intenso debate sobre la legitimidad de sus órdenes de largo alcance.¹²³ Mientras que el

¹¹⁸ Véase WALDRON, J., "The Core Case Against Judicial Review," *Yale Law Journal* 115, 2006, pp. 1346.

¹¹⁹ Véase HIRSCHL, R., *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA and London, Harvard Press University, 2004 pp. 169.

¹²⁰ La noción de derecho constitucional en TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, United Kingdom, Princeton University Press, 1999, pp., 177.

¹²¹ Para un resumen de este argumento (v contra argumento) en el contexto Surafricano Véase TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2008, pp. 196.

¹²² El termino de legitimidad es usado aqui en un sentido normativo, como respuesta a: por qué la intervención estructural debe ser ejecutada y obedecida? En términos weberianos, la intervención de la Corte necesita obediencia sin coaccion. Para ese efecto y como veremos, los indicadores son útiles. Desde un aspecto normativo/empírico de la legitimidad de la gobernanza global Véase GEORGIEV, D. "Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law," *European Journal of International Law* 4, 1993, pp. 12ff.

¹²³ Ante un "estado de cosas inconstitucional" incluida la situación de la financiación pública de la educación (Decisión SU-559 de 1997), las condiciones inhumanas en las cárceles colombianas (Sentencia T-153 de 1998) y la vulnerabilidad general de los activistas de derechos humanos (Sentencia T -590 de 1998). Las decisiones más polémicas, sin embarco, han sido las que se perciben que tienen un impacto profundo en la economía del país. Por ejemplo, la legitimidad de la Corte fue cuestionada con ocasión de la Decisión C-700 de 1999, en la que decidió que el sistema

objetivo de la Corte parece haber sido el de poner en marcha las burocracias letárgicas, llevándolas a hablar el lenguaje de los derechos, la decisión nos muestra una cierta moderación que puede ser entendida como respeto a las otras ramas del poder. Existe una constante necesidad, por parte del Tribunal, de legitimar (y re-legitimar) la decisión estructural adoptada por un juez, a diferencia de la misma decisión tomada en el Congreso. En este marco de debate, los indicadores de derechos humanos le proporcionan a la Corte al menos cuatro activos valiosos en su búsqueda de legitimidad:

1. En primer lugar, le proporciona criterios objetivos para describir las razones detrás de la intervención estructural de la Corte. Los indicadores de derechos humanos proporcionan cierta racionalidad a la intervención de la Corte, que pueda ser percibida en algunos casos como aleatoria e impredecible.
2. En segundo lugar, los indicadores de derechos humanos dotan de transparencia la intervención estructural de la Corte. Mientras que la toma de decisiones dentro de la Corte puede ser percibida como poco transparente, los indicadores establecen (o al menos, dan la impresión de establecer) ciertas pautas para que las decisiones sean abiertas y conocidas por todos.
3. En tercer lugar, los indicadores de derechos humanos proporcionan estándares para evaluar si la intervención estructural de la Corte es necesaria o no. En última instancia, una vez que el " efecto inicial" se ha desvanecido, entre más tiempo la Corte se mantiene involucrada en una situación como la crisis

hipotecario y la financiación eran contrarias a la Constitución. La controversia también se desató cuando la Corte decidió que el aumento salarial anual de los funcionarios públicos debe ser equivalente, como mínimo, al índice de precios al consumidor (Decisiones C-1433 de 2001, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003) , y cuando la Corte decidió que el aumento anual del salario mínimo debe ser equivalente, como mínimo, a la tasa de inflación (Decisión C-815 de 1999). Para una crítica de la última decisión de la perspectiva económica, véase HOFSTETTER, M. "Política Monetaria y la Corte Constitucional: El Caso del Salario Mínimo", Documento CEDE 2005-36.

de desplazados internos en Colombia, tiene menos legitimidad. Los indicadores son útiles en este contexto, ya que proporcionan estratégicamente una salida razonable a la Corte, una vez que su intervención se ha desgastado.

4. Finalmente, el uso de indicadores de derechos humanos por parte de la Corte ha fomentado un proceso de debate público que subraya su legitimidad. Como hemos visto, la Corte convoca (con diversos grados de éxito) a las diferentes organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas, para proponer y evaluar los indicadores de desplazamiento interno. La dinámica política provocada por la convocatoria, y las prácticas discursivas que inspira, parecen útiles para seguir avanzando en la legitimidad de la intervención estructural de la Corte.

Esto sugiere un ángulo diferente para la comprensión de la relación entre los indicadores de derechos humanos y la legitimidad. Una preocupación constante del uso de indicadores es que, recurriendo a datos cuantitativos, pueden dificultar la toma de decisiones democrática, empoderando a expertos y tecnócratas. Sin embargo, la Corte colombiana trata de fomentar la movilización social de las organizaciones invitando a crear y a criticar los indicadores de derechos humanos, lo que a su vez amplía el apoyo popular a una intervención judicial que seguro generara controversia. En este caso, entonces, en lugar de un agudo contraste con la legitimidad democrática, el giro de la Corte a una construcción dialéctica de indicadores de derechos puede ser leído como una medida para aumentar (de nuevo, con más o menos éxito) la legitimidad de la decisión.

La combinación de estas cuatro variables contribuye a una justificación más convincente de las intervenciones estructurales de la Corte en el caso de los desplazados internos. Cabe señalar que la decisión de los desplazamientos fue una de las primeras decisiones en que la Corte hizo hincapié en los indicadores de los derechos humanos. Desde entonces, las metodologías cuantitativas se han convertido en un elemento central cuando una decisión

estructural de gran alcance se encuentra sobre la mesa. Un ejemplo de ello es la reciente decisión sobre la estructura y la estabilidad financiera de la atención de la salud en Colombia.¹²⁴ Quizás inspirada por su experiencia tras la decisión de los desplazamientos, la Corte impartió órdenes estructurales para todas las instituciones involucradas con el sistema de salud, e implementó un proceso de seguimiento basado en autos. Una vez más, la Corte sostuvo la necesidad de creación de un indicador sobre el "ejercicio efectivo" del derecho a la salud,¹²⁵ y formuló el seguimiento mediante autos, en los que los indicadores juegan un papel importante.¹²⁶

Así, en este último precedente relacionado con salud, la Corte formó un comité de expertos integrado por los decanos de las facultades de medicina, abogados y epidemiológicos. El grupo tuvo la tarea de identificar parámetros para la creación de indicadores, con el fin de evaluar el cumplimiento del gobierno con el derecho a la salud en Colombia. En esta misión, el grupo de expertos basó su tarea en las normas y directrices de la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de la Salud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en literatura de académicos. En octubre de 2011, la Corte Constitucional adoptó un Auto en el que se estableció el marco para su interacción con el Congreso, los reguladores gubernamentales e independientes de servicios de salud. Los indicadores de derechos humanos fueron el núcleo del enfoque de la Corte. Inspirados por estudios recientes sobre indicadores como tecnologías de gobernanza, la Corte desarrolló parámetros cuantitativos a seguir por los reguladores y el Congreso, siendo la misma Corte quien supervisará su actuación.¹²⁷ En este sentido, el giro hacia los indicadores encaja perfectamente en el debate general existente sobre el activismo judicial. Cuando una intervención estructural está avanzada, el

¹²⁴ Véase Sentencia T-760 de 2008.

¹²⁵ Véase Sentencia T-760 de 2008, Sección 9.

¹²⁶ Véase e.g. Auto Julio 13 de 2009 (sin número), relacionado a la implementación de la Orden 20 de la Sentencia T-760 de 2008.

¹²⁷ Véase Auto 226 de Octubre 21 de 2011

énfasis en los indicadores ofrece una plataforma útil para que el poder judicial pueda reforzar la legitimidad de esa intervención.

De otra parte, el papel de los indicadores de desplazamiento interno en la economía política del diseño institucional en Colombia puede ser también entendido desde una segunda perspectiva: la tendencia general hacia la racionalización de la acción administrativa. En efecto, la evolución del derecho administrativo colombiano puede ser entendida como una búsqueda interminable por lograr burocracias eficientes, donde los tecnócratas sean abundantes en la administración y ejerciten el poder de una manera racional y predecible.

Esta idea de sacar a los políticos y su racionalidad política de la administración ha sido útilmente etiquetada como el "sueño weberiano" del derecho administrativo colombiano.¹²⁸ El giro a los indicadores de derechos humanos en las decisión de la Corte parecen ser otra expresión de ese sueño. La Corte Constitucional alimenta el uso de indicadores, ya que quiere empoderar a las burocracias racionales que puedan ser objeto de seguimiento, y que aceptan la legitimidad de los métodos cuantitativos. Sin duda, este enfoque en los indicadores beneficia la relación entre la Corte y el Poder Ejecutivo. El Congreso queda en un papel accesorio, un invitado cuya dinámica interna de deliberación no se ajusta de manera correcta al idioma cuantitativo de los indicadores de derechos humanos.

Por supuesto, los indicadores *fueron* parte del contexto del debate Parlamentario sobre desplazamiento forzado, pero los debates parlamentarios no se basaron en última instancia en ellos. Incluso, aún si datos cuantitativos eran introducidos en los debates, el Congreso no estaba interesado en los indicadores de derechos humanos. Esto puede ser contrario a la intuición, ya que se podría esperar que el Congreso esté interesado en limitar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo para hacer frente a la situación de los desplazados. Sin embargo, los indicadores pueden ser percibidos como una ciencia que debe ser manejada

¹²⁸ Véase LOPEZ-MEDINA, D. "El Sueño Weberiano: Claves para una Comprensión Constitucional de la Estructura Administrativa del Estado Colombiano," *Revista de Derecho Público-Universidad de Los Andes* , 2007, pp. 1.

principalmente por agencias ejecutivas. Por lo tanto, es posible interpretar el rechazo sistemático del Congreso al uso de indicadores de derechos humanos como una forma de mantener control sobre la agenda de la política del desplazamiento interno en Colombia (y, por supuesto sobre el presupuesto que tal agenda representa).

Por el contrario, la Corte Constitucional parece claramente interesada en aumentar el uso de indicadores de derechos humanos. Los indicadores pueden interpretarse como parte de una agenda de buen gobierno, dado que son percibidos como una forma de aumentar la rendición de cuentas, la transparencia y la racionalidad. El uso de indicadores de derechos humanos, por un lado, empodera a los expertos técnicos, que tienen conocimiento sobre los mismos, y por otro le resta poder al Congreso, que a su vez también perdería el mismo poder si el "sueño weberiano" se convirtiera en una realidad. En el caso colombiano, la Corte Constitucional parecía encontrarse del lado de los tecnócratas, ya que tal vez esta medida también faculte a la Corte a controlar el debate sobre la política del desplazamiento interno, enmarcándola como un asunto de indicadores de derechos humanos y monitoreo, y no como un problema de redistribución de la riqueza, lo que requeriría un debate más amplio en el Congreso.

Paradójicamente, pese a sus tensas relaciones con las burocracias latentes, el poder judicial se ha venido acercado a las agencias ejecutivas, debido a este giro al uso de indicadores de derechos humanos. Los indicadores funcionan como un lenguaje común entre los tecnócratas en el gobierno y los abogados la Corte, lo que permite una comunicación segura que sería de otra manera imposible. A través de este lenguaje común, y en particular a través del concepto de indicadores del "uso efectivo de los derechos", la Corte se involucra en la lógica de la gobernanza y de opciones distributivas. Los burócratas, a su vez, participan en la lógica de los derechos que acepta la racionalidad contramayoritaria de la decisión judicial. Este proceso, por su parte, tiene una característica final interesante: El giro en el uso de indicadores parecen crear un terreno común entre los abogados y economistas, donde las lealtades disciplinarias de cada uno puede

ser fructíferamente negociado.¹²⁹ Como tal, entonces, los indicadores pueden ser entendidos como una tecnología de gobernanza que cruza tanto la frontera nacional como la disciplinaria. Y el Congreso parece estar, en cualquier caso, al margen de la fiesta.

5. CONCLUSIÓN

Los indicadores de derechos humanos están aquí para quedarse. Esta realidad abre ciertas oportunidades y desafíos, que serán explorados brevemente en esta conclusión. El primer desafío es la política. El uso de indicadores de derechos humanos se deriva de su posición a-política. Desde luego, siempre habrá cuestionamientos acerca de uno u otro indicador, por lo general de un funcionario público del Estado que es criticado por obtener malos rankings de derechos humanos. Los indicadores de derechos humanos, sin embargo, deben ser generalmente percibidos como no-políticos por la mayoría de los actores sujetos a su medición y todos los otros actores interesados (Cortes, ONG's organizaciones internacionales, etc). De lo contrario, perderían la mayor parte de su atractivo.

Sin embargo, para que tengan sentido, los indicadores de derechos humanos requieren la simplificación de fenómenos sociales complejos, un proceso que será necesariamente influido por algunas decisiones políticas. El Índice de Estado de Derecho es un ejemplo de ello: claramente la definición del Estado de Derecho no es una cuestión puramente técnica y neutral. ¿Cómo refleja (o no refleja) el Índice de Estado el debate académico sobre el Estado de Derecho? ¿Puede conectarse la definición del índice con un enfoque teórico particular de Estado de Derecho?

Ahora bien: estos son los problemas del "qué medir" y "cómo medir" que se ha discutido en las ciencias sociales por mucho tiempo, y que han sido invocados recientemente por Tom Ginsburg en el debate sobre indicadores de gobernabilidad Este punto va un

¹²⁹ Para implicaciones mas amplias sobre la lucha entre abogados y economistas en America Latina Véase, DEZALAY, Y., y GARTH, B., *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin-American States*, Chicago y London, The University of Chicago Press, 2002.

poco más allá¹³⁰. La simplificación requerida por los indicadores de derechos humanos puede terminar favoreciendo una visión del mundo sobre las demás. Y esto, a su vez, tiene el potencial de sesgar la realidad que es descrita por los indicadores de derechos humanos.

Hay una segunda forma en que la política entra en la ecuación. Una vez los indicadores de derechos humanos son creados, creados, publicados y discutidos, éstos adoptan una vida propia. Son, si se quiere, como la creación del Doctor Frankenstein. Y esta vida es en la práctica completamente política. Por lo tanto, incluso si el equipo de expertos que desarrollan los indicadores de derechos humanos defiende su creación como una empresa técnicamente neutral, es imposible evitar que sus números sean utilizados políticamente en contra o a favor de un gobierno, o de una política pública específica. Y sería un sinsentido intentar evitar que los indicadores de derechos humanos sean utilizados de esa forma. El éxito de un indicador de derechos humanos deriva del hecho de que el mismo sea utilizado por los políticos, de otra manera, los indicadores de derechos humanos serían simplemente un pie de página en una revista académica, sin influencia en el mundo real.

No obstante, involucrarse en el complicado mundo de la política significa que los indicadores de derechos humanos son instrumentalizados políticamente. Así, los indicadores pueden terminar apoyando agendas políticas que son diferentes a las aprobadas por el creador del indicador. Si los indicadores de derechos humanos son ya una tecnología de gobernanza global, ¿cómo evitar que los se conviertan en instrumentos para aspiraciones hegemónicas de una visión particular del mundo, por muy buena que esta nos parezca?

¹³⁰ GINSBURG, T., "Pitfalls of Measuring the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 3, 02, 2011.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista Sur*, vol. 6, n.º 11, 2009, pp. 7-40.
- ADELMAN, J., "Observando a Colombia: Albert O. Hirschman y la Economía del Desarrollo", *Desarrollo y Sociedad*, n.º 62, 2008, pp. 01-40, fecha de consulta 29 noviembre 2012.
- ADLER, M. D., *Well-being and fair distribution: beyond cost-benefit analysis*, Oxford University Press, New York, 2012.
- ALACEVICH, M., *The political economy of the World Bank: The early years*, Stanford University Press / World Bank, Stanford, 2009.
- ALEXY, R., "Constitutional rights, balancing, and rationality", *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 2, 2003, pp. 131-140.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Indicadores de derechos humanos: Guía para la medición y la aplicación*, United Nations, New York and Geneva, 2012.
- ARNDT, C., "The Politics of Governance Ratings", *International Public Management Journal*, vol. 11, n.º 3, 2008, pp. 275-297, fecha de consulta 19 diciembre 2012.
- BAKVIS, P., "The World Bank's Doing Business Report: A last fling for the Washington Consensus?", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 15, n.º 3-4, 2009, pp. 419-438, fecha de consulta 20 diciembre 2012.
- BERG, J.; CAZES, S., *The Doing Business Indicators: Measurement issues and political implications*, vol. 6, ILO, Geneva, 2007.
- BOTERO, J. C.; PONCE, A.; PRATT, C., "The Rule of Law Measurement Revolution: Complementarity Between Official Statistics, Qualitative Assessments, and Quantitative Indicators of the Rule of Law", en Juan Carlos Botero, Ronald Janse, Sam Muller, Christine Pratt (eds.) *Innovations In Rule of Law*, The Hague Institute for the Internationalisation of Law & The World Justice Project, The Hague/Washington DC, 2012.
- CASSESE, S.; CASINI, L., "Public Regulation of Global Indicators", en Benedict Kingsbury, Kevin Davis, Sally Engle Merry, Angelina Fisher (eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 465-474.
- CEPAL, *Informe sobre el desarrollo de las estadísticas oficiales en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Bogotá, 2009.
- DAVIS, K. E., "What can the rule of law variable tell us about rule of law reform?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2004, pp. 141-161.

- DAVIS, K. E.; TREBILCOCK, M. J., "The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics", *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, n.º 4, 2008, pp. 895-946.
- DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS; OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *United Nations Rule of Law Indicators: Implementation Guide and Project Tools*, United Nations, New York and Geneva, 2011.
- DEZALAY, Y.; GARTH, B. G., *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*, University of Chicago Press, Chicago, 2002.
- DOING BUSINESS EMPLOYING WORKERS CONSULTATIVE GROUP, "Final Report", fecha de consulta 20 diciembre 2012, en www.doingbusiness.org/data/.../~/~/~Final-EWICG-April-2011.doc.
- DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- GINSBURG, T., "Pitfalls of Measuring the Rule of Law", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 3, n.º 02, 2011, pp. 269-280.
- ICRG, "ICRG Methodology", fecha de consulta 1 noviembre 2012, en www.prsgroup.com/ICRG_Methodology.aspx.
- KENNEDY, D., "The «rule of law,» political choices, and development common sense", en David M Trubek, Alvaro Santos (eds.) *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 95-173.
- LEE, S.; MCCANN, D.; TORM, N., "The World Bank's «Employing Workers» index: Findings and critiques – A review of recent evidence", *International Labour Review*, vol. 147, n.º 4, 2008, pp. 416-432, fecha de consulta 19 diciembre 2012.
- LLEWELLYN, K. N., "Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, 1930, p. 1222.
- MALAGÓN PINZÓN, M.; PARDO MOTTA, D., "Laureano Gómez, la Misión Currie y el proyecto de reforma constitucional de 1952", *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 2, 2011, pp. 7-33, fecha de consulta 29 noviembre 2012.
- MERRYMAN, J. H., "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, n.º 3, 1977, p. 457, fecha de consulta 26 noviembre 2012.
- MERRYMAN, J. H., "Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program", *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, p. 481.
- NORTH, D. C., "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n.º 1, 1991, pp. 97 - 112.

- NORTH, D. C., *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- OMAN, C.; ARNDT, C., *Uses and abuses of governance indicators*, Development Centre of the OECD, Paris, 2006.
- PARSON, J.; THORNTON, M.; BANG, H. E. (APRIL); ESTEP, B.; WILLIAMS, K.; WEINER, N., *Developing Indicators to Measure the Rule of Law: A Global Approach. A Report to the World Justice Project*, Vera Institute of Justice, New York, 2008.
- PEREZ, L. E., "¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos?", en Pilar Arcidiácono, Cesar Rodríguez Garavito, Nicolás Espejo Yaksic (eds.) *Derechos sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 2010.
- PISTOR, K., "Re-Construction of Private Indicators for Public Purposes", en Benedict Kingsbury, Kevin Davis, Sally Engle Merry, Angelina Fisher (eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 165-179.
- PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M., *What makes poor countries poor? Institutional determinants of development*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2011.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., "Towards a sociology of the global rule of law field: neoliberalism, neoconstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America", en Yves Dezalay, Bryant Garth (eds.) *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, New York, 2011, pp. 155 - 181.
- SANO, H.-O.; MCINERNEY-LANKFORD, S. A., *Human rights indicators in development: an introduction*, World Bank, Washington, D.C., 2010.
- SANTOS, A.; TRUBEK, D. M., "The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice", en David M Trubek, Alvaro Santos (eds.) *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1-18.
- SEPPÄNEN, S., *Possibilities and Challenges of the Human Rights-Based Approach to Development*, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights / Hakapaino Oy, Helsinki, 2005.
- SIKKINK, K., "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America", en Rachel Sieder, Line Schjolden, Alan Angell (eds.) *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 263-292.
- SIKKINK, K.; KECK, M., *Activists beyond borders*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y, 1998.

- DE SOTO, H., *The other path: the invisible revolution in the Third World*, 1st, Harper & Row, New York, 1989.
- TRUBEK, D. M., "The «Rule of Law» in Development Assistance: Past, Present, and Future", en David M Trubek, Alvaro Santos (eds.) *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 74-94.
- TRUBEK, D. M.; COUTINHO, D.; SCHAPIRO, M., "Towards a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions", *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n.º 1207, 2012, pp. 1-31.
- TRUBEK, D. M.; GALANTER, M., "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*, vol. 1974, 1974, p. 1062.
- URUENA, R., "Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance", en Benedict Kingsbury, Kevin Davis, Sally Engle Merry, Angelina Fisher (eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 249-280.
- WILLIAMSON, J., "The Washington Consensus as policy prescription for development", en Tim Besley, N. Roberto Zaghera (eds.) *Development Challenges in the 1990s: Leading Policymakers Speak from Experience*, World Bank Publications, Washington, D.C., 2005, pp. 33-53.
- WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2004: Understanding Regulation*, World Bank and Oxford University Press, Washington, D.C., 2004.
- WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2010: Regulating Through Difficult Times*, World Bank and Palgrave MacMillan, Washington, D.C., 2009.
- WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2011: Making a Difference for Entrepreneurs*, World Bank and IFC, Washington, D.C., 2010.
- WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2012: Doing Business in a more Transparent World*, World Bank and IFC, Washington, D.C., 2011.
- WORLD BANK - IFC, *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, World Bank Group, Washington, D.C., 2013.
- WORLD BANK INDEPENDENT EVALUATION GROUP, *Doing Business: An Independent Evaluation/Taking the Measure of the World Bank-IFC Doing Business Indicators*, World Bank Group, Washington, D.C., 2008.

4

MIDIENDO LO DIFUSO: INDICADORES CUANTITATIVOS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DERIVADAS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Nicolás Montoya Céspedes
Universidad Paris I

RESUMEN

Los conceptos jurídicos suelen ser categorías abstractas que no se prestan a ser convertidos en funciones o ecuaciones matemáticas. Sin embargo, el discurso jurídico se beneficiaría enormemente de la introducción de indicadores cuantitativos. En este documento se analiza la posibilidad de incluir este tipo de indicadores en el análisis del cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto es así puesto que la jurisprudencia interamericana en la materia está basada en conceptos y nociones que suelen ser vagos y abstractos (indicadores cualitativos). En ese sentido, los indicadores cuantitativos, como los que se señalan en el presente documento, podrían ayudar a esclarecer cuándo los Estados están incumpliendo sus obligaciones convencionales.

1. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones positivas son una parte esencial de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH o Corte de San José). Los pocos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (en adelante, Convención Americana o Pacto de San José) que

han sido interpretados en el sentido de no implicar obligaciones positivas son, en su mayoría, aquellos sobre los cuales la CorteIDH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse². Esto es solamente la demostración de la consolidación de un cambio de paradigma sobre las implicaciones de los tratados regionales de derechos humanos.

En efecto, al momento en el que las convenciones regionales, y la convención universal, fueron redactadas, el entendimiento clásico³ relativo a los derechos civiles y políticos, consistía en afirmar que los Estados se obligaban a abstenerse de violar los derechos reconocidos dichos cuerpos normativos. Este entendimiento constituye el aspecto negativo de las obligaciones que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos. Como consecuencia de este enfoque los Estados deben, por ejemplo, abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción⁴ y de limitar la libertad de expresión por mecanismos como la censura⁵.

No obstante, en la actualidad, particularmente debido a la labor de las jurisdicciones regionales de Derechos Humanos, como

¹ El Pacto de San José fue adoptado el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor en 1978. Actualmente, la mayoría de los Estados del continente Americano han ratificado la Convención. Sólo Venezuela y Trinidad y Tobago la han denunciado. El texto de la Convención puede ser descargado fácilmente en el sitio web de la Organización de Estados Americanos (www.oas.org).

² Al momento en el que se escriben estas líneas, (noviembre de 2013) la CorteIDH no ha interpretado o aplicado el derecho a la compensación (artículo 10 del Pacto de San José) la libertad de reunión (artículo 15 del mismo cuerpo normativo) en ninguno de sus fallos, contenciosos o consultivos. Por su parte, el derecho a la rectificación, consagrado por el artículo 14 del Pacto de San José no ha sido aplicado a casos contenciosos pero fue objeto de una Opinión Consultiva (CorteIDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, 29 de agosto de 1986, Opinión Consultiva OC-7/86, solicitada por el Gobierno de Costa Rica). Finalmente, la libertad de conciencia y religión, consagrada por el artículo 12 del Pacto de San José, aunque interpretada y aplicada en varios fallos, no implica obligaciones positivas en cabeza de los Estados. Vale la pena anotar que la jurisprudencia de la CorteIDH que se encuentra citada a lo largo de este escrito se puede consultar en el sitio web de la CorteIDH (www.corteidh.or.cr), razón por la cual se omiten los demás datos de publicación.

³ Véase, SUDRE, F., "Les 'obligations positives' dans la jurisprudence Européenne des Droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1995. p. 363.

⁴ Véase, Artículo 4 de la Convención Americana y artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General ONU, Res. 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

⁵ Reconocida, principalmente en los mismos términos por el artículo 13 de la Convención Americana, el artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades fundamentales (firmada en Roma en 1950) y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

la CorteIDH y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶, el aspecto negativo de las obligaciones ya no es suficiente para determinar si un Estado cumple o no con lo que se espera de él a la luz de una Convención de derechos humanos. Así, los Estados no sólo deben abstenerse de violar los derechos humanos, sino que también deben garantizar su efectividad. Esto implica que los Estados deben “actuar”⁷. Es allí donde surge el aspecto positivo de los derechos convencionales.

Ahora bien, el aspecto positivo no reemplaza el entendimiento clásico de las obligaciones convencionales, ya que estas dos visiones son complementarias. Esta complementariedad puede encontrarse fácilmente en la jurisprudencia de la CorteIDH. Por ejemplo, en varios fallos, la Corte de San José ha afirmado que *“las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, presuponen que nadie sea privado de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y, además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requieren que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”*⁸.

La complementariedad de las obligaciones es, al parecer, aceptada de manera general y la jurisprudencia de la CorteIDH es prueba de ello. No obstante, se debe reconocer que el aspecto

⁶ Al respecto véase SUDRE, F., “Les ‘obligations positives’ dans la jurisprudence Européenne des Droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995 y AKANDJI-KOMBE, J-F., *Les obligations positives en vertu de la Convention Européenne des Droits de l’Homme: Un guide pour la mise en œuvre de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Direction Générale des Droits de l’Homme, Conseil de l’Europe, Précis sur les Droits de l’Homme No. 7, 2006.

⁷ Esta es la forma en la que el Juez Martens resumió las implicaciones de las obligaciones positivas en su Voto Disidente en el fallo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gul vs. Suiza*, 19 de febrero de 1996. (Aplicación No. 23218/94, p. 7.) Este fallo y el voto particular del juez Martens puede ser consultado en la base de datos de fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (<http://hudoc.echr.coe.int>).

⁸ CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012, p. 244, (En adelante, CorteIDH, *Kichwa*). Véase también, CorteIDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 25 de octubre de 2012 p. 145, (En adelante, CorteIDH, *El Mozote*) y CorteIDH, *Castillo González y otros vs. Venezuela*, 27 de noviembre de 2012p. 122, (En adelante, CorteIDH, *Castillo González*).

positivo de las obligaciones convencionales es relativamente reciente y, en consecuencia, aún no se ha terminado de consolidar.

Una de las razones por las cuales el aspecto positivo de las convenciones de derechos humanos no se ha consolidado todavía es su falta de concreción. Esto es particularmente cierto en lo que se refiere a la jurisprudencia de la CorteIDH. En efecto, como se verá más adelante, la formulación de la mayoría de las obligaciones positivas en la jurisprudencia interamericana es etérea. Por ello, los Estados no suelen contar con indicadores concretos para poder determinar si están cumpliendo o no con las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana.

Por el contrario, existe una gran variedad de indicadores que pueden determinar si los Estados cumplen o no con las obligaciones negativas que se derivan del Pacto de San José. Así, por ejemplo, se cuenta con tasas de homicidios⁹ o datos sobre el hostigamiento o de violencia contra periodistas¹⁰. Estos indicadores permiten afirmar con certeza cuándo un Estado ha desconocido los derechos a la vida y la libertad de expresión, respectivamente.

Sin embargo, hay que reconocer que la noción de indicadores cuantitativos es usualmente extraña al discurso jurídico y más precisamente en el ámbito de los derechos humanos. En efecto, un jurista tradicional no suele expresarse en términos de indicadores *cuantitativos* sino en términos de indicadores *cualitativos*. Esta

⁹ El Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA posee un banco de datos en el cual se calculan, entre otros, la tasa de homicidios por cada 100.000 habitantes de cada uno de los Estados. De acuerdo a dicha información, que puede ser consultada en el sitio web (<http://www.oas.org/dsp/Observatorio/database/indicators.aspx?lang=es>) Consultado el 28 de noviembre de 2013), se tiene que la tasa más alta de homicidios de la región la tiene Honduras (83.83) y la más baja tasa la tiene Canadá (1.55).

¹⁰ La organización Reporteros Sin Fronteras publica anualmente la clasificación mundial de la libertad de prensa. Una de las variables de dicha clasificación es justamente la violencia contra periodistas. La información sobre la clasificación del año 2013 se puede encontrar en <http://es.rsf.org/press-freedom-index-2013,1054.html> Consultada el 28 de noviembre de 2013). Para el caso colombiano, la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) realiza seguimiento a la violencia contra los periodistas desde 2006. En sus indicadores, la FLIP tiene en cuenta las agresiones, las amenazas, los asesinatos, los atentados, la obstrucción al trabajo periodístico y la violencia sexual, entre otras, como variables de la violencia contra los periodistas. Para más datos se puede consultar directamente la página web de la Fundación (<http://flip.org.co/es/cifras-indicadores>) Consultada el 28 de noviembre de 2013.

realidad, al parecer, está cambiando¹¹. Esto se debe, en parte, a los derechos humanos y su relación con las políticas públicas.

En efecto, como dice Calvo García, *“la realización del derecho útil o regulativo solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores objetivos e intereses sociales”*¹². Esto significa que *“los derechos humanos son el objeto mismo de las políticas públicas en la medida en que éstas se dirigen a la concreción, protección o defensa de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración [de] derechos humanos”*¹³.

Ahora bien, no se puede olvidar que las políticas públicas suelen ser evaluadas a través de diversos tipos de indicadores entre los que se encuentran los cuantitativos. En ese sentido, teniendo en cuenta la estrecha relación entre políticas públicas y derechos humanos que se acaba de señalar, valdría la pena preguntarse si este tipo de indicadores pueden ser desarrollados para evaluar el cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana, tal y como ha sido interpretada por la CorteIDH. Esto es, si las categorías de análisis, usualmente subjetivas, que suelen acompañar la doctrina de las obligaciones positivas de la Corte de San José pueden también ser medidas de manera objetiva. Este es, pues, el objetivo de esta contribución¹⁴.

Con el objetivo citado en mente, esta contribución se encuentra dividida en dos partes. En la primera parte, se presenta de manera detallada cuáles son las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana, según la interpretación que ha realizado la CorteIDH. En la segunda parte, se analizan tanto

¹¹ Véase, por ejemplo, GREEN, M., “What we talk about when we talk about indicators: current approaches to human rights measurement”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, 2001, pp. 1062 – 1097 y CANDLER, J., HOLDER, H., HOSALI, S., PAYNE, A., TSANG, T., y VIZARD, P., *Human Rights Measurement Framework: Prototype panels, indicator set and evidence base*, Equality and Human Rights Commission, Research Report 81, 2011.

¹² Manuel García Calvo, citado por JIMENEZ BENITEZ, W., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Civilizar*, No. 12, 2007, pp.. 40.

¹³ *Ibíd*em, pp. 40

¹⁴ A lo largo de este escrito se utilizarán como ejemplos indicadores cuantitativos que se han desarrollado para el caso colombiano. Lo que no significa que no hayan otros indicadores que hayan sido desarrollados en otros países que pueden ser potencialmente pertinentes.

las consideraciones generales que sustentarían la adopción de indicadores cuantitativos en la jurisprudencia interamericana así como algunos ejemplos de ellos que ya han sido desarrollados en otros contextos. Posteriormente se presentan algunas consideraciones finales.

Antes de analizar la posibilidad del establecimiento de indicadores para medir el cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana, resulta necesario saber qué es lo que se piensa medir. Es decir, cuáles son, concretamente, las obligaciones positivas según la jurisprudencia de la CorteIDH.

2. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTEIDH

Desde su primer fallo contencioso, el famoso caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*¹⁵, la CorteIDH ha señalado la existencia de la dimensión positiva en la interpretación del Pacto de San José. En el citado fallo, la CorteIDH fijó los fundamentos generales de lo que se ha convertido en la doctrina de las obligaciones positivas en el marco de la Convención Americana. Según lo afirmado por la Corte de San José, del artículo 1.1 de la Convención¹⁶ se desprenden dos obligaciones diferentes: de una parte, la obligación de respeto, y, de otra, la obligación de garantía¹⁷.

Según la Corte de San José, la obligación de garantía implica que los Estados están obligados a *“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal*

¹⁵ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de Julio de 1988, (En adelante, CorteIDH, *Velásquez Rodríguez*).

¹⁶ El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁷ Debe señalarse que la Corte de San José ha, ocasionalmente, hecho referencia a la “obligación positiva de respeto y garantía”. Esto podría significar que la diferencia clara entre las dos, que se encuentra en el fallo *Velásquez Rodríguez*, ha evolucionado. Véase, por ejemplo, CorteIDH, *Servellón García y otros vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 108 (En adelante, CorteIDH, *Servellón García*).

que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁸. Esto quiere decir que la efectividad de los derechos humanos está ligada a la obligación de garantía.

Sin embargo, se debe señalar que esta obligación no es el único fundamento jurídico que la CorteIDH ha encontrado para desarrollar su doctrina de las obligaciones positivas. De hecho, esta doctrina se ha visto directamente enriquecida y beneficiada por la Convención misma, puesto que algunos de sus artículos fijan de manera clara la existencia de ese tipo de obligaciones. Ejemplos de ello son los artículos 2 y 19 de la Convención Americana. El primero de ellos obliga a los Estados a adoptar las medidas que fueren necesarias para acomodar el derecho interno a las obligaciones que se derivan de la Convención Americana¹⁹ y el segundo de ellos ordena a los Estados a asegurar la existencia de medidas de protección a favor de los niños²⁰.

Lo anterior muestra que, en el contexto interamericano, los fundamentos para la doctrina de las obligaciones positivas son de dos tipos. De un lado, se derivan de la obligación de garantía que se encuentra en el artículo 1.1. Al respecto, hay que señalar que debido a la manera en la que la CorteIDH razona – de acuerdo con la cual toda violación de los derechos convencionales se encuentra ligada a una violación del artículo 1 de la Convención interamericana – esta obligación de garantía ha permeado todos los derechos sobre los cuales la CorteIDH se ha pronunciado. En consecuencia, puesto que la obligación de garantía permea toda la Convención, la Corte de San José ha desarrollado obligaciones

¹⁸ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez*, párr. 166. Recientemente, la Corte ha ratificado esta formulación general, Véase, CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, 30 de noviembre de 2013, p.189, (En adelante, CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo*); CorteIDH, *El Mozote*, párr. 144 y CorteIDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, 24 de noviembre de 2011, párr. 47 (En adelante, CorteIDH, *Familia Barrios*).

¹⁹ Para una presentación clara de las implicaciones del artículo 2 y los debates iniciales al respecto, Véase, MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana; Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Universidad de Chile, 2003, pp. 21- 26.

²⁰ El artículo 19 del Pacto de San José establece: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Las obligaciones positivas que se derivan de este artículo serán exploradas más adelante.

positivas relativas a otros derechos distintos a los ya citados. De otro lado, las obligaciones positivas también se derivan de artículos puntuales de la Convención Americana.

Más allá de sus fundamentos jurídicos, la CorteIDH ha desarrollado dos tipos de obligaciones positivas: las transversales y las específicas.

2.1. Transversales

Para los fines de esta contribución se tiene que una obligación positiva es transversal cuando es compartida por al menos tres derechos convencionales o de otros tratados que hagan parte del *corpus juris* interamericano²¹. En términos generales, en la jurisprudencia de la CorteIDH se pueden distinguir cinco obligaciones positivas de este tipo: *i*) La obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación de los derechos humanos; *ii*) la obligación de efectuar el denominado “control de convencionalidad”; *iii*) las obligaciones positivas a favor de los niños; *iv*) la obligación de adoptar medidas en el ordenamiento jurídico interno que se deriva del artículo 2 del Pacto de San José y, *v*) la prohibición de la discriminación. Por razones de espacio en este escrito sólo se tratarán las tres primeras.²²

La Corte de San José ha tenido muchas oportunidades para desarrollar las implicaciones que se derivan de la obligación de investigación, sanción y reparación. Los orígenes de esta obligación se encuentran en los casos de desaparición forzada contra Honduras, particularmente en el caso *Velásquez Rodríguez*. En dicho fallo, la CorteIDH determinó que, como consecuencia de la

²¹ Se debe reconocer que el número de derechos que hemos determinado como criterio para determinar la existencia de una obligación positiva transversal es arbitrario. Sin embargo, esto se puede explicar puesto es común que dos artículos tengan temas comunes. Hay tres ejemplos de esto: los artículos 8 y 25, los artículos 4 y 5 y los artículos 13 y 14. Como tal, la existencia de una obligación positiva común a dos derechos no resulta en sí mismo llamativa. Por el contrario, lo que constituye una obligación positiva transversal es el hecho de que una obligación sea compartida por derechos que, de entrada, no tienen mucho en común.

²² Para una presentación general de lo que implica el artículo 2 de la Convención Americana y de cómo la CorteIDH lo ha interpretado, véase BURGORGUE-LARSEN, L.; UBEDA DE TORRES, A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2008, pp. 278 – 303. Del mismo modo, para una presentación de la jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación véase DULITZKY, A., “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 3, 2007, pp. 15-32.

obligación de garantía del artículo 1, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²³. Este extracto es evidencia de la amplitud de los términos en los que la Corte de San José tiende a formular las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana. Sin embargo, dicha amplitud, hay que admitirlo, ha permitido a la CorteIDH extender esta obligación a otros derechos y así hacerla una parte esencial de su jurisprudencia²⁴.

Sin embargo, al extender esta obligación positiva a otros derechos reconocidos por el Pacto de San José, la CorteIDH no ha sido consistente en los fundamentos jurídicos sobre los cuales se sustenta esta obligación. De hecho, son dos tipos de fundamentos los que la Corte de San José ha presentado para esta obligación en particular. En un comienzo, como ya se anotó, la CorteIDH consideró que la obligación se derivaba del deber de garantía que se encuentra en el artículo 1.1 de la Convención Americana en relación con un derecho en particular, concretamente el derecho a la vida. En la práctica esto significaba que, para la CorteIDH, los derechos convencionales tenían dos facetas: una substancial y otra procedimental. Entonces, por ejemplo, si un Estado privaba arbitrariamente de la vida a una persona, se presentaba una violación a la faceta substancial de artículo 4. Pero, de manera adicional, si el mismo Estado no había tomado las medidas necesarias para investigar y, eventualmente, sancionar a los responsables de la muerte de la víctima, se presentaba una violación de la faceta procedimental del artículo 4.

²³ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez*, párr. 166.

²⁴ Para una crítica interesante de esta obligación positiva desde una perspectiva del derecho penal, Véase, BASCH, F., “The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding States’ duty to punish human rights violations and its dangers”, *American University International Law Review*, vol. 23, 2007 – 2008, pp. 195 – 229. En un punto de su argumentación, Basch afirma que “la obligación de sancionar propuesta por la Corte Interamericana promueve la violación de la igualdad y la presunción de inocencia de las personas. También permite la violación del derecho a la defensa y a un juicio justo” (Traducción Libre, p. 228).

Por otra parte, el segundo tipo de fundamento a la obligación positiva de investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos se encuentra en los artículos 8 y 25²⁵. Esto es comprensible dada la importancia del aspecto investigativo de esta obligación positiva transversal. Así, cuando la CorteIDH se decanta por este tipo de fundamento, tiende a analizar aspectos de la investigación judicial como la diligencia de los investigadores²⁶ y la razonabilidad del tiempo que se han tomado para realizarla²⁷.

Esta inconsistencia en los fundamentos no ha significado un obstáculo para el desarrollo de esta obligación positiva transversal. De hecho, dada su transversalidad, no resulta extraño que en la jurisprudencia se encuentre una multiplicidad de fundamentos de la misma. Estos fundamentos han llevado a la aplicación de esta obligación positiva con relación a varios derechos como lo son el derecho a la vida²⁸ y la libertad de asociación²⁹, sólo para citar un par³⁰.

²⁵ Un ejemplo de esto puede encontrarse en: CorteIDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1 de septiembre de 2010, párr. 164, (En adelante, CorteIDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*).

²⁶ Usualmente, cuando la Corte de San José adopta este tipo de razonamiento se concentra en las fallas de la investigación. Tradicionalmente, la CorteIDH ha encontrado que las investigaciones no contaban con suficiente sustento probatorio (por ejemplo, CorteIDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, párr.168) o que los investigadores no persiguieron todas las líneas de investigación posible, sólo para nombrar un par de ellas.

²⁷ La CorteIDH ha sido consistente al analizar cuatro criterios para determinar la razonabilidad del plazo de las investigaciones: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal de la parte interesada; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y, iv) el resultado adverso de la duración de los procedimientos en la situación judicial de la persona involucrada en ella. Respecto de los tres primeros criterios, véase, CorteIDH, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, 1 de marzo de 2005, párr. 67. Para el último criterio véase CorteIDH, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 27 de noviembre de 2008 párr. 155 (En adelante, CorteIDH, *Valle Jaramillo*). Para una crítica de este mismo criterio véase el voto particular del Juez García Ramírez al fallo *Valle Jaramillo*.

²⁸ Véase, por ejemplo, CorteIDH, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 de Mayo de 2010 p. 116 (En adelante, CorteIDH, *Manuel Cepeda Vargas*).

²⁹ CorteIDH, *Huilca Tecse vs. Perú*, 3 de marzo de 2005, (En adelante, CorteIDH, *Huilca Tecse*).

³⁰ En *Gudiel Álvarez y otros* (CorteIDH, *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, 20 de noviembre de 2012 (En adelante, CorteIDH, *Gudiel Álvarez*)) la CorteIDH determinó que la falta de investigación de una denuncia de violación sexual, que vulnera el derecho a la privacidad que se desprende del artículo 11 de la Convención Americana, "implica un incumplimiento del deber de garantizar la integridad personal así como la protección a la vida sexual, incluida en el artículo 11 de la Convención" (párr. 276). De igual forma, la falta de una investigación efectiva de las denuncias de intimidación a periodistas también ha sido fundamental para la existencia de la violación del artículo 13, véase, CorteIDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, 28 de enero de 2009.

Adicionalmente, como la CorteIDH suele señalarlo, esta obligación se vio reforzada por la aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³¹ y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³² puesto que ambas convenciones obligan al Estado a investigar toda denuncia de tortura y toda denuncia desaparición forzada que se presente en su jurisdicción.

Finalmente, debe señalarse que la importancia de esta obligación positiva transversal ha llevado a la CorteIDH a considerar su vulneración como un agravante, a favor de la víctima y sus familiares, de la violación del artículo 5³³.

Otro aspecto que evidencia la importancia de esta obligación positiva transversal, y de la inconsistencia con la que la Corte de San José la ha desarrollado, puede encontrarse en varios fallos. Esto es así puesto que la investigación, sanción y reparación también ha sido tratada por la CorteIDH como una medida de reparación³⁴. Esta duplicidad entre obligación positiva y medida de

³¹ Adoptada en Cartagena (Colombia) el 9 de diciembre de 1985. Esta convención entró en vigor el 28 de febrero de 1987. Los artículos 1, 6 y 8 han sido particularmente importantes para la jurisprudencia de la CorteIDH. Al respecto, véase, entre otros fallos: CorteIDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010 párr. 126 y CorteIDH, *Mendoza y otros vs. Argentina*, 14 de mayo de 2013 párr. 233. (En adelante, CorteIDH, *Mendoza y otros*).

³² Adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994. Esta convención entró en vigor el 28 de marzo de 1996. El Literal B del artículo I de esta convención prevé la obligación de sancionar a los culpables de desapariciones forzadas. Para la aplicación jurisdiccional de dicho artículo, véase, entre muchos otros fallos, CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 117 – 137. (En adelante, CorteIDH, *Gelman*) y CorteIDH, *García y familiares vs. Guatemala*, 29 de noviembre de 2012, párr. 128 – 155.

³³ CorteIDH, *Hermanas Serrano Cruz*, párr. 113; CorteIDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, 15 de junio de 2005, párr. 94. (En adelante CorteIDH, *Comunidad Moiwana*) y CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, párr. 145, (En adelante, CorteIDH, *Masacre de Mapiripán*).

³⁴ De hecho en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la CorteIDH condenar al Estado a llevar a cabo una investigación exhaustiva de la desaparición forzada del Señor Velásquez Rodríguez, lo que la Corte de San José hizo. Desde entonces, cada vez que la Corte ha hallado una violación a esta obligación positiva, condena al Estado a investigar exhaustivamente. En lo que se refiere a las investigaciones por desapariciones forzadas véase, por ejemplo, CorteIDH, *Contreras y otros vs. El Salvador*, 31 de agosto de 2011, párr. 250, (En adelante, CorteIDH, *Contreras*). En relación con los derechos reconocidos en los artículos 4, 5 y 7 véase, CorteIDH, *Bulacio vs. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 162, (En adelante, CorteIDH, *Bulacio*). En lo que respecta a la investigaciones de torturas y de tratos inhumanos y degradantes, véase, CorteIDH, *Fernández Ortega vs. México*, 30 de agosto de 2010, párr. 308.

reparación no parece lógica puesto que es usual que haya una distinción entre unas y otras. A pesar de las inconsistencias señaladas, no hay duda que esta la investigación, prevención y reparación por la violación de los derechos humanos es un punto esencial de la jurisprudencia de la Corte de San José, que la ha empleado con la intención de reducir los altos niveles de impunidad que suelen existir en el hemisferio³⁵.

Ahora bien, como ya se señaló, esta no es la única obligación positiva transversal que se desprende de la jurisprudencia de la Corte de San José. Esto se debe, entre otras, a la existencia de lo que se ha denominado “control de convencionalidad”. Esta noción implica que los jueces nacionales hacen parte del sistema judicial convencional³⁶ aunque, siguiendo lo previsto por el principio de subsidiariedad, tal rol no se encuentra expresamente previsto por el Pacto de San José.

La primera vez que la Corte de San José desarrolló la noción de “control difuso de convencionalidad” fue en el fallo *Almonacid Arellano y otros*³⁷. Para hacerlo, la Corte se basó en cuatro argumentos: *i)* la obligación de respeto que se encuentra en el artículo 1 del Pacto de San José; *ii)* la obligación de adopción de medidas en el derecho interno que se encuentra consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana; *iii)* los principios generales de la responsabilidad internacional del Estado y, *iv)*, el principio de *Pacta Sunt Servanda*. Con fundamento en estos argumentos, la Corte de San José afirmó que los jueces nacionales están en la obligación de abstenerse de aplicar la legislación nacional que no esté de acuerdo a las obligaciones que se derivan de la Convención Americana.

Visto de manera superficial, el “control difuso de convencionalidad” es aparentemente una obligación negativa, en la

³⁵ TITTEMORE, B., “Ending impunity in the Americas: the role of the Inter-American Human Rights System in advancing accountability for serious crimes under international law”, *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, Vol. 12, 2005-2006, pp. 429 – 475.

³⁶ Para un análisis del impacto del control de convencionalidad en el diálogo judicial entre jueces nacionales y la Corte de San José véase HUNEEUS, A. “Courts resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s to enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011. 493 – 533.

³⁷ CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006

cual el juez sólo debe abstenerse de hacer algo que podría significar una violación de los derechos humanos. Sin embargo, hay varios elementos de esta obligación que muestran que en realidad es una mezcla interesante de obligaciones positivas y de obligaciones negativas. Esto es así puesto que en el fallo *Trabajadores cesados del Congreso* la Corte de San José determinó que los jueces nacionales están llamados a hacer un control de convencionalidad, incluso cuando las partes no hayan invocado una inconsistencia entre la legislación nacional y las obligaciones convencionales. Esto significa que el juez nacional debe efectuar el control de convencionalidad de oficio³⁸.

Como si lo anterior no fuese suficiente, la CorteIDH también determinó que los jueces nacionales deben tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte de San José cuando efectúan el control de convencionalidad. Esto significa que los jueces nacionales deben mantenerse al tanto de los desarrollos jurisprudenciales que se producen en Costa Rica. Además de reforzar la importancia de su jurisprudencia, con el control de convencionalidad la CorteIDH incita a los jueces nacionales a interpretar el derecho nacional a la luz de las obligaciones contraídas por el Estado bajo la convención. Sin duda alguna, entonces, el control de convencionalidad constituye una obligación positiva de gran envergadura.

Este no es el lugar para desarrollar de manera detallada el control de convencionalidad, sus límites³⁹, su potencial⁴⁰ o sus implicaciones⁴¹. Sin embargo, desde la perspectiva de las obligaciones positivas sí hay un aspecto que vale la pena resaltar. Usualmente, las obligaciones positivas incumben al ejecutivo o al legislativo de un Estado. No obstante, el control de

³⁸ CorteIDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006.

³⁹ RUIZ-CHIRIBOGA, O. "The Conventionality Control: examples of (un)successful experiences in Latin America", *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, 2010, No. 1-2, pp. 200 – 219.

⁴⁰ Véase, BAZAN, V., "Control de Convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos", En: VON BOGDANDY, A, PIOVESAN, F., MOREALES ANTONIAZZI, M. (Coords), *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*, El Sevier, 2013, pp. 590 – 616 y el Voto Particular del Juez Ad-Hoc FERRER MAC-GREGOR en el fallo CorteIDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010).

⁴¹ GARCIA-RAMIREZ, S., "El control judicial interno de convencionalidad", En: VON BOGDANDY, A, PIOVESAN, F., y MOREALES ANTONIAZZI, M., (Coords), *Op. Cit.*, pp. 557 – 589.

convencionalidad, tal y como la CorteIDH lo ha desarrollado, involucra a la rama judicial de los Estados, no como objeto de sus críticas como cuando los cuestiona por la falta de investigación, sino como un factor esencial de la efectividad de los derechos humanos en la región. Sin duda alguna un importante componente de dicha efectividad se encuentra en las obligaciones positivas específicas que serán desarrolladas en la siguiente sección.

Finalmente, no se pueden dejar de mencionar las medidas de protección a favor de los niños como obligaciones positivas. Como ya se dijo, el artículo 19 de la Convención Americana, que reconoce los derechos de los niños, implica obligaciones positivas. Sin embargo, el artículo citado no detalla cuáles son esas medidas de protección a favor de los niños que se esperan del Estado. Por ende, ha sido la jurisprudencia de la CorteIDH la que ha aclarado el tema.

En el fallo *“Niños de la Calle”* la Corte interpretó el artículo 19 del Pacto de San José a la luz de la Convención sobre los derechos del Niño⁴², particularmente los artículos 2, 3, 6, 20, 27, 37, 38 y 39⁴³. En consecuencia, son varias las obligaciones positivas que se derivan del artículo 19. *“Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”*⁴⁴. No obstante, debe señalarse que la CorteIDH ha aumentado esas obligaciones positivas en otros temas relativos a: torturas⁴⁵, condiciones de detención⁴⁶, desaparición forzada⁴⁷, procedimientos judiciales⁴⁸ y unidad familiar⁴⁹.

⁴² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

⁴³ Los artículos 38 y 39 no fueron interpretados en el fallo *Niños de la Calle*. Sin embargo, fueron particularmente importante en el fallo CorteIDH, *Masacre de Mapiripán*, párr. 154.

⁴⁴ CorteIDH, *Niños de la Calle*, párr. 196.

⁴⁵ CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr. 168.

⁴⁶ *Ibidem*. Véase también, CorteIDH, *Uzcátequi y otros vs. Venezuela*, 3 de septiembre de 2012 párr. 152 y, más recientemente, CorteIDH, *Mendoza y otros*, párr. 162.

⁴⁷ En el famoso fallo *Campo Algodonero* (CorteIDH, *Campo Algodonero vs. México*, 16 de noviembre de 2009 (En adelante, CorteIDH, *Campo Algodonero*)) la Corte de San José determinó que *“el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias*

Igualmente, no puede dejar de señalarse que, según la Corte de San José, la obligación de promover y proteger los derechos de los niños indígenas a vivir de acuerdo a su propia cultura, religión y lenguaje también constituye una obligación positiva que se deriva del artículo 19, en relación con el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño⁵⁰. Esta interpretación ha sido subsecuentemente ratificada por la jurisprudencia interamericana en el fallo *Xákmok*⁵¹.

2.2. Específicas

Si bien la jurisprudencia respecto al deber de investigar, sancionar y reparar la violación de los derechos humanos es un pilar esencial de la CorteIDH, ésta no es la única jurisprudencia en la que se refleja la dimensión positiva de las obligaciones que se derivan de la Convención Americana. Esto es así puesto que en la jurisprudencia interamericana se encuentran muchas obligaciones positivas más. Estas se encuentran claramente vinculadas a un derecho en particular y no se prestan a ser aplicadas de manera transversal. A continuación se presenta una rápida enunciación de todas las obligaciones positivas específicas que se encuentran en la jurisprudencia de la Corte de San José.

La primera de las obligaciones positivas específicas a la que se hará referencia está vinculada al derecho a la personalidad jurídica, reconocido por el artículo 3 del Pacto de San José. Este derecho ha encontrado un desarrollo importante en la jurisprudencia relativa a la desaparición forzada de personas, puesto que se considera que es uno de los derechos que se encuentran vulnerados por dicho fenómeno. No obstante, también se debe señalar que de manera autónoma la Corte ha interpretado

para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas. En concreto, el Estado tenía el deber de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad, una vez los familiares reportaron su ausencia, especialmente debido a que el Estado tenía conocimiento de la existencia de un contexto específico en el que niñas estaban siendo desaparecidas". (párr. 409).

⁴⁸ CorteIDH, *Rosendo Cantú vs. México*, 31 de agosto de 2010, párr. 201, (En adelante, CorteIDH, *Rosendo Cantú*).

⁴⁹ CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009) párr. 190 (En adelante, CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres*). Véase también, CorteIDH, *Contreras*, párr. 107.

⁵⁰ CorteIDH, *Chitay Nech vs. Guatemala*, 25 de mayo de 2010), párr. 167.

⁵¹ CorteIDH, *Xákmok Kásek*, párr. 262.

este derecho al afirmar que “es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares”⁵². En el caso *Sawhoyamaxa*, con fundamento en las consideraciones citadas, la Corte determinó que el Estado había violado este aspecto del artículo 3 del Pacto de San José y, en consecuencia, le condenó a realizar, en el plazo de un año, un programa de registro y documentación de los miembros de la Comunidad Indígena en cuestión⁵³.

En la jurisprudencia relativa al artículo 4 de la Convención Americana, que reconoce el derecho a la vida, la Corte de San José ha desarrollado varias obligaciones positivas. En efecto, de manera general, el juez interamericano ha afirmado que los Estados deben garantizar la existencia de ciertas condiciones para proteger la efectividad del derecho a la vida. Una de dichas condiciones es el cumplimiento de la obligación transversal de investigación, sanción y reparación⁵⁴ detallada en la sección precedente. Esto significa que los Estados deben asegurarse de establecer un sistema judicial efectivo que sea capaz de cumplir con dicha obligación⁵⁵. Otra de las condiciones que protegen la efectividad del derecho a la vida es

⁵² CorteIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 29 de marzo de 2006, (En adelante, CorteIDH, *Sawhoyamaxa*). párr. 189. Esta interpretación fue ratificada en CorteIDH, *Pueblo Samaraka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007) párr. 167 (En adelante, CorteIDH, *Pueblo Samaraka*); CorteIDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, 22 de septiembre de 2009, párr. 88; CorteIDH, *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de Noviembre de 2009, párr. 156 y CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 de agosto de 2010, párr. 249 (En adelante CorteIDH, *Xákmok Kásek*).

⁵³ En la supervisión de cumplimiento de la sentencia, se encuentra que el Estado ha cumplido parcialmente con esta condena puesto que funcionarios del Instituto Nacional de Identificación visitaron tres veces la comunidad y lograron el registro e identificación de cerca del 95% de la población. Véase, CorteIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 8 de febrero de 2008, Resolución Supervisión de Cumplimiento, párr. 43.

⁵⁴ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez*, párr. 188; CorteIDH, *Servellón García*, párr. 119; CorteIDH, *Ximenes Lopes*, párr. 147; CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello*, párr. 148; CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 8 de julio de 2004, párr. 129 (En adelante, *Hermanos Gómez Paquiyauri*); CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez*, párr. 110; CorteIDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, 5 de julio de 2004 párr. 153; CorteIDH, *Huilca Tecse*, párr. 66; CorteIDH, *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, 4 de julio de 2007, párr. 109 (En adelante, CorteIDH, *Zambrano Vélez*) y CorteIDH, *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, 10 de julio de 2007 párr. 100.

⁵⁵ CorteIDH, *Zambrano Vélez*, párr. 81; CorteIDH, *Baldeón García*, párr. 91; CorteIDH *Vargas Areco vs. Paraguay*, 26 de Septiembre de 2006, párr. 84 y CorteIDH, *Escué Zapata*, párr. 42.

la existencia de legislación que disuada las violaciones de este derecho⁵⁶.

Además, en la jurisprudencia interamericana se pueden encontrar otras áreas en las que se ha adoptado la perspectiva de las obligaciones positivas en lo que respecta al derecho a la vida. Así, la Corte de San José ha afirmado que los Estados deben proteger la vida de aquellos que sabe⁵⁷, o debería saber, que están en riesgo de que este derecho sea vulnerado⁵⁸, particularmente si dicho riesgo fue, por lo menos en parte, creado por el Estado mismo⁵⁹. En esa misma línea, también se encuentran fallos en los que se ha afirmado que los Estados: *i*) no pueden tolerar que sus agentes sean responsables de la violación del derecho a la vida⁶⁰ y *ii*) deben garantizar la protección de la vida de los que se encuentran privados de la libertad⁶¹, de los líderes sindicales⁶² y de los defensores de derechos humanos⁶³.

⁵⁶ CorteIDH, *Montero Aranquren*, párr. 66; CorteIDH, *El mozote*, párr. 146; CorteIDH, *Masacre de Ituango*, párr. 131 y CorteIDH, *Sawhoyamaxa*, párr. 153.

⁵⁷ En el fallo *Castillo González*, la Corte de San José determinó que el Estado no había sido responsable de la muerte de la víctima puesto que ésta nunca notificó el riesgo que corría, Véase CorteIDH, *Castillo González*, párr. 131. Para un pronunciamiento reciente respecto de la notificación del riesgo, CorteIDH, *Luna López vs. Honduras*, 10 de octubre de 2013 pp. 121 – 139. (En adelante, CorteIDH, *Luna López*).

⁵⁸ CorteIDH, *Valle Jaramillo* párr. 105; CorteIDH, *Castillo González*, párr. 124; CorteIDH, *Kichwa*, párr. 245; CorteIDH, *Xákmok Kásek*, párr. 188; CorteIDH, *Sawhoyamaxa*, párr. 155 y CorteIDH, *Familia Barrios*, párr. 124.

⁵⁹ CorteIDH, *Masacre de Ituango*, párr. 134.

⁶⁰ CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo* párr. 190; Véase también, CorteIDH, *Castillo González*, párr. 122; CorteIDH, *Servellón García*, párr. 103; CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, 7 de junio de 2003, párr. 110 (En adelante, CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez*); CorteIDH, *Montero Aranquren v otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 de Julio de 2006 (párr. 64 (En adelante, CorteIDH, *Montero Aranquren*); CorteIDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 de Julio de 2006 , párr. 125 (En adelante, CorteIDH, *Ximenes Lopes*); CorteIDH, *Escué Zapata vs. Colombia*, 4 de julio de 2007 párr. 40 (En adelante, CorteIDH, *Escué Zapata*); CorteIDH, *Penal Miquel Castro Castro vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006 párr. 237 (En adelante, CorteIDH, *Penal Miquel Castro Castro*). CorteIDH, *Masacre de Ituango vs. Colombia*, 1 de julio de 2006, , párr. 129. (En adelante, CorteIDH, *Masacre de Ituango*) CorteIDH, *Baldeón García vs. Perú*, 6 de abril de 2006 párr. 83 (En adelante, CorteIDH, *Baldeón García*); CorteIDH, *Sawhoyamaxa* párr. 151; CorteIDH, *Myrna Mack Chanq vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párr. 152 (En adelante, CorteIDH, *Myrna Mack*) y, CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31 de enero de 2006, , párr. 120 (En adelante, CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello*).

⁶¹ Esta obligación también se encuentra basada parcialmente en el artículo 5 del Pacto de San José. Véase, CorteIDH, *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, 27 de abril de 2012 párr. 63, (En adelante, CorteIDH, *Pacheco Teruel*); CorteIDH, *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, 2 de septiembre de 2004 párr. 151 (En adelante, CorteIDH *Instituto de Reeducación*

Ahora bien, uno de los campos en los que se evidencia la dimensión positiva del artículo 4 del Pacto de San José se refiere al uso legítimo de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Para ello, la CorteIDH ha afirmado que los Estados deben: *i)* contar con la legislación que indique claramente las condiciones del uso de la fuerza⁶⁴; *ii)* garantizar que toda acción en la que se pueda emplear el uso excesivo de la fuerza sea precedida por un plan de acción⁶⁵ ya que estos tienden a limitar el número de muertes, y, *(iii)* investigar cada vez que, por el accionar de los agentes del Estado se pierde una vida⁶⁶.

De otra parte, esta dimensión también se hace evidente en la jurisprudencia interamericana respecto de las connotaciones especiales del derecho a la vida, particularmente de los grupos vulnerables como las personas con discapacidad⁶⁷, los miembros de comunidades indígenas⁶⁸, los prisioneros⁶⁹ y los “niños de la calle”⁷⁰. Esto es así puesto que en distintos fallos se ha afirmado que dichos grupos tienen derecho a una “vida digna”.

del Menor); CorteIDH *Juan Humberto Sánchez*, párr. 111; CorteIDH, *Bulacio*, párr. 38 and CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr. 124.

⁶² CorteIDH, *Huilca Tecse*, párr. 77.

⁶³ CorteIDH, *Kawas Fernández vs. Honduras*, 3 de abril de 2009, párr. 144, CorteIDH, *Gudiel Álvarez*, párr. 314.

⁶⁴ CorteIDH, *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012 párr. 82 (En adelante, CorteIDH, *Nadège Dorzema*); CorteIDH, *Montero Aranguren*, párr. 75 y CorteIDH, *Zambrano Vélez*, párr. 86.

⁶⁵ CorteIDH, *Nadège Dorzema*, párr. 84

⁶⁶ CorteIDH, *Myrna Mack*, párr. 157.

⁶⁷ CorteIDH, *Ximenes Lopes*, párr. 138.

⁶⁸ En el fallo de la *Comunidad Indígena Yakye Axa* (CorteIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005, (En adelante, CorteIDH *Comunidad Indígena Yakye Axa*), la Corte de San José consideró que las medidas que el Estado había adoptado para proteger a la comunidad indígena (alimentación, salud y educación) eran insuficientes para cumplir con las obligaciones convencionales Véase, CorteIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 169. Esto fue posteriormente ratificado en el fallo CorteIDH, *Xákmok Kásek*, Ppárr. 194 - 217.

⁶⁹ Esta obligación está estrechamente relacionada con las condiciones de detención en las prisiones de acuerdo al artículo 5 del Pacto de San José, que será desarrollada con más detalle más adelante, por el momento, véase CorteIDH *Instituto de Reeducción del Menor*, párr. 152.

⁷⁰ CorteIDH, *“Niños de la Calle” vs. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999 párr. 191. (En adelante, CorteIDH, *Niños de la Calle*).

Finalmente, en los fallos *Ximenes Lopes*⁷¹ y *Suárez Peralta*⁷² la CorteIDH determinó que los Estados deben regular y supervisar las instituciones prestadoras de servicios de salud, ya que ésta se encuentra estrechamente ligada a los derechos a la vida y a la integridad personal.

En la jurisprudencia relativa al artículo 5, que reconoce justamente el derecho a la integridad personal, la Corte de San José ha afirmado que los Estados son garantes del trato al que se somete a los que se encuentran bajo su jurisdicción, particularmente aquellos que se encuentran en prisiones o en institutos de salud mental. De dicho rol de garantes se deriva que los Estados son responsables de las condiciones de detención⁷³, por ello, se ha declarado la violación de los derechos humanos en casos de hacinamiento⁷⁴ e incomunicación⁷⁵ principalmente.

Por otra parte, en lo que atañe al artículo 6 de la Convención Americana, que consagra la prohibición de la esclavitud, hay que decir que afortunadamente la CorteIDH no ha tenido muchas

⁷¹ CorteIDH, *Ximenes Lopes*, párr. 141.

⁷² CorteIDH, *Suarez Peralta vs. Ecuador*, 21 de mayo de 2013, p 153.

⁷³ Hay bastantes ejemplos de esto en la jurisprudencia de la Corte de San José. Véase, entre muchos otros ejemplos, CorteIDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiquez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007 párr. 171, (En adelante, CorteIDH, *Chaparro Álvarez*); CorteIDH, *Boyce y otros vs. Barbados*, 20 de noviembre de 2007, párr. 86; CorteIDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, 18 de agosto de 2000 párr. 81 (En adelante, CorteIDH, *Cantoral Benavides*); CorteIDH, *De la Cruz Flores vs. Perú*, 18 de noviembre de 2004, párr. 124; CorteIDH, *Díaz Peña vs. Venezuela*, 26 de junio de 2012, párr. 135; CorteIDH, *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, 24 de noviembre de 2004, párr. 99 (En adelante, CorteIDH, *Lori Berenson*); CorteIDH, *Pacheco Teruel* párr. 60 y CorteIDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 91.

⁷⁴ CorteIDH, *Yvon Neptune vs. Haití*, 6 de mayo de 2008, párr. 131 (En adelante, CorteIDH, *Yvon Neptune*); CorteIDH, *Vélez Loo vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 203 (En adelante, CorteIDH, *Vélez Loo*); CorteIDH, *Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 150 (En adelante, CorteIDH, *Tibi*); CorteIDH, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, 15 de septiembre de 2005, párr. 95; CorteIDH, *Penal Miquel Castro Castro* párr. 315; CorteIDH, *Pacheco Teruel*, párr. 65; CorteIDH, *Montero Aranquén*, párr. 88; CorteIDH, *Lori Berenson Mejía*, párr. 102; CorteIDH, *López Álvarez vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 108 (En adelante, CorteIDH, *López Álvarez*); CorteIDH *Instituto de Reeducación del Menor* párr. 165; CorteIDH, *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25 de noviembre de 2005, párr. 221 (En adelante, CorteIDH, *García Asto*); CorteIDH, *Fleury y otros vs. Haití*, 23 de noviembre de 2011, párr. 85 y CorteIDH, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, 20 de junio de 2005, párr. 118.

⁷⁵ CorteIDH, *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, 30 de mayo de 2005, párr. 192 (En adelante, CorteIDH, *Castillo Petrucci*); CorteIDH, *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, 26 de agosto de 2011, párr. 103; CorteIDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, párr. 58 y CorteIDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párr. 58.

oportunidades para pronunciarse al respecto. Sin embargo, si vale la pena referirse brevemente al fallo *Masacre de Rio Negro vs. Guatemala*, ya que en dicho fallo, a través de un *obiter dictum*, la Corte de San José determinó, siguiendo el fallo *Barcelona Traction* de la Corte Internacional de Justicia, que “*el derecho internacional contemporáneo la protección contra la esclavitud, y contra la discriminación racial, es una obligación internacional erga omnes*”⁷⁶.

No obstante, en su fallo, el juez convencional no se detuvo en analizar de manera precisa lo que dicha protección implicaba. No obstante, vinculó la obligación a trabajar de algunas de las víctimas de la Masacre a la violación a la integridad psíquica de niños y adultos, razón por la cual no se puede hablar de una interpretación autónoma del artículo 6 del Pacto de San José por parte del juez interamericano.

Pasando al derecho a la libertad, la Corte de San José ha determinado que “[l]a Convención Americana en sus numerales 4, 5 y 6 del artículo 7 establece obligaciones de carácter positivo que imponen exigencias específicas o particulares tanto a agentes del Estado como a terceros que actúen con su tolerancia o anuencia y que sean responsables de una detención”⁷⁷. Desde esta perspectiva general, se debe notar que el juez interamericano se ha enfocado en las obligaciones positivas que se derivan del control judicial de las detenciones⁷⁸ y en la obligación de informar al detenido las razones de su arresto.

En lo que respecta a la primera, CorteIDH ha sido consistente en afirmar que los Estados deben asegurar que aquellos que sean

⁷⁶ CorteIDH, *Masacres de Rio Negro vs. Guatemala*, 4 de septiembre de 2012, , párr. 141 (En adelante, CorteIDH, *Masacres de Rio Negro*).

⁷⁷ CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez*, párr. 81; CorteIDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 27 de noviembre de 2003 párr. 71 (En adelante, CorteIDH, *Maritza Urrutia*); CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyaury*, párr. 91 y CorteIDH, *Tibi*, párr. 108.

⁷⁸ Véase, entre otras, CorteIDH, *Castillo Petruzzi*, párr. 108; CorteIDH, *Niños de la Calle*, párr. 135; CorteIDH, *Durand y Uqarte vs. Perú*, 16 de agosto de 2000, párr. 91; CorteIDH, *Yvon Neptune*, párr. 107; CorteIDH, *López Álvarez*, párr. 87; CorteIDH, *García Asto*, párr. 109; CorteIDH, *Tibi*, párr. 115 y, específicamente en lo que se refiere a extranjeros, CorteIDH, *Vélez Loor*, párr. 108.

detenidos sean llevados, sin mayores demoras, ante un juez⁷⁹. En lo que se refiere a la información de las razones de la detención, se ha determinado que esta obligación no se satisface con la simple notificación del fundamento legal de la detención, puesto que el detenido tiene derecho a que se le informe de la forma más simple (esto es, sin tecnicismos) las razones por las cuales está siendo arrestado⁸⁰.

En esta materia, debe resaltarse que en el fallo *Tibi* la Corte de San José determinó que, según el artículo 7, todos los detenidos tienen el derecho de ser informados de la posibilidad de contactar a un abogado - y de reunirse en privado con él - o a un familiar para informarles de la ocurrencia del arresto⁸¹.

Finalmente, no se puede dejar de lado que, en el marco de las violaciones múltiples que se derivan de las desapariciones forzadas, la Corte de San José ha determinado que los Estados deben llevar un registro de las detenciones realizadas⁸², en el cual se debe contar, por lo menos, con la siguiente información: las razones del arresto, el agente que lo realizó y la hora en la que se realizó, entre otros. Estas medidas serían necesarias para limitar el riesgo de desapariciones forzadas.

De otra parte, en la serie de casos contra el Perú, en lo que se refiere a las dificultades para diferenciar entre los delitos de traición a la patria, terrorismo y terrorismo agravado, el juez convencional determinó que el artículo 9 del Pacto de San José obliga a los Estados a clasificar y describir los delitos de una manera precisa y sin ambigüedades⁸³. Esto quiere decir que no solo la ley debe obedecer al principio de legalidad, según el cual las conductas sancionables deben ser previstas por la ley con

⁷⁹ Debe señalarse que en el fallo *Chaparro Álvarez*, la Corte de San José no aceptó la presencia del juez al momento del arresto como una forma de cumplir la obligación de control judicial. Véase, CorteIDH, *Chaparro Álvarez*, párr. 85.

⁸⁰ CorteIDH, *Yvon Neptune*, párr. 106; CorteIDH, *López Álvarez* párr. 84; CorteIDH, *Chaparro Álvarez*, párr. 71 y CorteIDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009, párr. 147.

⁸¹ CorteIDH, *Tibi*, párr. 112.

⁸² CorteIDH, *Gudiel Álvarez*, párr. 197.

⁸³ CorteIDH, *Castillo Petruzzi y otros*. párr. 121, CorteIDH, *Cantoral Benavides*, párr. 155 y CorteIDH, *Lori Berenson*, párr. 117.

anterioridad a su comisión, sino que también dichas conductas deben ser claramente diferenciables entre sí⁸⁴.

En lo que se refiere a la libertad de expresión, reconocida por el artículo 13 del Pacto de San José, la CorteIDH ha desarrollado dos obligaciones positivas diferentes. De una parte, en lo que respecta al acceso a la información pública, reconocido por el mismo artículo 13, implica que los Estados deben proporcionar, a quien lo solicite, la información pública que tienen en su poder, siempre que al hacerlo no se vulnere la seguridad nacional⁸⁵. De otra parte, y de manera tímida, el juez convencional ha determinado que los Estados tienen una obligación de promover el pluralismo informativo⁸⁶. No obstante, en el fallo no se encuentra una definición de esta noción.

Una situación similar se presenta en lo relativo a derechos de la familia, previstos por el artículo 17 del Pacto de San José. En efecto, el juez interamericano ha afirmado que “[d]ada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁸⁷. No obstante, más allá de que para la época la jurisprudencia convencional ya reconociese que la noción de núcleo familiar se extendía a parejas del mismo sexo⁸⁸, la CorteIDH no desarrolló qué es lo que hace que un núcleo familiar sea considerado como fuerte.

En relación con el derecho al nombre, reconocido por el artículo 18 de la Convención Americana, la CorteIDH ha afirmado que los Estados “*tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento*”⁸⁹. Esta obligación está claramente ligada a la

⁸⁴ CorteIDH, *García Asto*, párr. 188.

⁸⁵ CorteIDH, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párr. 77, CorteIDH, *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010 párr. 230.

⁸⁶ CorteIDH, *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, 29 de noviembre de 2011, párr. 45 y CorteIDH, *Ríos y otros vs. Venezuela*, 28 de enero de 2009, párr. 106.

⁸⁷ CorteIDH, *Masacres de Rio Negro*, párr. 145.

⁸⁸ CorteIDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2002, párr. 177.

⁸⁹ CorteIDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005, párr. 183 (En adelante, CorteIDH, *Yean y Bosico*).

obligación que se deriva del artículo 3 puesto que el registro de las personas es un prerrequisito al reconocimiento de la personalidad jurídica. En relación a este aspecto, también se debe señalar que los Estados están obligados a facilitar los cambios en el registro y en los documentos de identificación personal, particularmente si tales cambios son necesarios para que la persona recupere su verdadera identidad personal⁹⁰.

Por otra parte, el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención Americana, también comporta obligaciones positivas puesto que los Estados deben “*dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones*”⁹¹. Sin lugar a dudas, esta obligación positiva está claramente influenciada, y delimitada, por el derecho internacional clásico, pero no tiene mayor desarrollo en la jurisprudencia contenciosa de la Corte de San José.

En lo que respecta a la interesante jurisprudencia sobre la propiedad comunal indígena⁹², la cual se encuentra protegida por el artículo 21 de la Convención Americana, también se encuentran algunas obligaciones positivas. Desde el primer caso en la materia, *Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni*, la CorteIDH ha determinado que este derecho incluye la delimitación, demarcación y titulación de dicho derecho a favor de las comunidades indígenas⁹³. Incluso, cuando el Estado tiene problemas en la devolución de territorios tradicionales a las comunidades indígenas, la jurisprudencia interamericana ha afirmado que se deben “*entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que*

⁹⁰ Esta obligación positiva fue desarrollada en el fallo *Contreras* de la Corte de San José. El caso se refiere a la desaparición forzada de tres niños a manos de miembros de unidades militares en el marco de “operaciones de contra insurgencia” durante el conflicto armado de El Salvador. En muchos casos, la desaparición forzada en este contexto implicaba la apropiación de niños y el registro bajo datos personales falsos. Según la Corte de San José, esta práctica constituye una forma de desaparición forzada y una vulneración del derecho a la identidad. Sobre el mismo tema, véase CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011 (En adelante, CorteIDH, *Gelman*).

⁹¹ CorteIDH, *Gelman*, párr. 128.

⁹² La jurisprudencia sobre la propiedad comunal indígena se encuentra en: CorteIDH, *Comunidad Mayaqna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001 (En adelante, CorteIDH, *Mayaana*); CorteIDH, *Comunidad Moiwana*; CorteIDH *Yakye Axa*; CorteIDH, *Sawhoyamaya*; CorteIDH, *Pueblo Samaraka* y CorteIDH, *Kichwa*.

⁹³ CorteIDH, *Mayagna*, párr. 153.

*serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión*⁹⁴. Dichas consultas, y más particularmente la distinción entre consulta y consentimiento, también se encuentran presentes en los casos de mega-proyectos que puedan afectar dichos territorios, como fue establecido en el fallo relativo al pueblo *Samaraka*⁹⁵.

En lo que se refiere al derecho a la libertad de movimiento y residencia, la jurisprudencia ha tratado principalmente el fenómeno del desplazamiento forzado provocado por conflictos armados internos. Dicho fenómeno explica, en parte, las obligaciones positivas que se derivan del artículo 22. La primera vez que la CorteIDH halló una violación de las obligaciones que derivan de la libertad de movimiento y residencia afirmó que *“el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales (...)*⁹⁶.

Posteriormente, en el fallo sobre la *Masacre de Mapiripán*, la Corte de San José refinó su interpretación del desplazamiento forzado al afirmar que el artículo 22 comprende el derecho a no ser desplazado forzosamente⁹⁷. Este derecho obliga al Estado a no tolerar la ocurrencia de dicho fenómeno, pero además *“a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-*

⁹⁴ CorteIDH, *Sawhoyamaya*, párr. 135.

⁹⁵ CorteIDH, *Pueblo Samaraka*, párr. 134.

⁹⁶ CorteIDH, *Comunidad Moiwana*, párr. 120. La comunidad Moiwana fue desplazada luego de una operación militar que se realizó el 29 de noviembre de 1986. Según la evidencia presentada ante la Corte de San José,

“El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana. Agentes del Estado y sus colaboradores mataron al menos a 39 miembros indefensos de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Asimismo, la operación quemó y destruyó la propiedad de la comunidad, y forzó a los sobrevivientes a huir” (CorteIDH, *Comunidad Moiwana*, párr. 86.15). La Corte determinó que el Estado no había investigado las denuncias de violaciones de los derechos humanos. Al hacerlo, la CorteIDH estableció la investigación efectiva, la sanción y reparación de las violaciones de derechos humanos como una condición previa para asegurar el regreso de los miembros de la comunidad a los territorios de los cuales fueron desplazados después de las acciones militares.

⁹⁷ CorteIDH, *Masacre de Mapiripán*, párr.188.

*vis las actuaciones y prácticas de terceros particulares*⁹⁸. Recientemente, en el caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, se determinó que la participación de las personas desplazadas en la planeación e implementación de los planes de regreso a sus tierras debe ser garantizado por el Estado⁹⁹.

Pasando a los derechos políticos, reconocidos por el artículo 23 del Pacto de San José, la jurisprudencia de la CorteIDH ha determinado que el citado artículo implica por lo menos dos obligaciones positivas. De una parte, en el fallo *YATAMA*, se determinó que, dada la necesidad de la legislación electoral en los regímenes democráticos, los Estados deben asegurar la existencia de dichas leyes, cerciorándose de que éstas propendan por *“la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo”*¹⁰⁰.

De otra parte, el artículo 23 también implica una obligación positiva en lo que se refiere a la oposición política. En el fallo *Manuel Cepeda Vargas*, se determinó que *“la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”*¹⁰¹.

Finalmente, en lo que atañe a la igualdad, reconocida por el artículo 24 de la Convención Americana, la jurisprudencia ha determinado que los Estados *“deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”*¹⁰². Evidentemente, esta es una obligación negativa.

⁹⁸ CorteIDH, *Masacres de Rio Negro*, párr. 174.

⁹⁹ CorteIDH, *El Mozote*, párr. 188.

¹⁰⁰ CorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párr. 207. (En adelante, CorteIDH, *YATAMA*)

¹⁰¹ CorteIDH, *Manuel Cepeda Vargas*, párr. 173.

¹⁰² CorteIDH, *Yean y Bosico*, párr. 141.

No obstante, la Corte de San José también ha determinado que la cláusula de igualdad obliga a los Estados a “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”¹⁰³. Estas tres obligaciones, que derivan directamente del artículo 24 de la Convención, claramente constituyen obligaciones positivas.

Antes de proceder con el resto del análisis vale la pena extraer algunas conclusiones de lo expuesto hasta aquí. Como se ha visto en esta sección, las obligaciones positivas, sean transversales o específicas, son una parte esencial de la jurisprudencia de la CorteIDH. No obstante, se debe señalar que, con contadas excepciones, la mayoría de las obligaciones positivas que se encuentran en la jurisprudencia de la Corte de San José han sido desarrolladas con fundamento en nociones ambiguas y etéreas o, lo que resulta más alarmante, han sido desarrolladas a través de *obiter dictum*.

La vaguedad de la doctrina de las obligaciones positivas propias de la jurisprudencia de la CorteIDH es un arma de doble filo. De una parte, permite el aumento de la protección convencional de los derechos que se encuentran cobijados por obligaciones positivas. Esto es así, al menos, por tres razones. Primero, esta doctrina refuerza la efectividad de los derechos convencionales al incluirles una dimensión positiva. Segundo, extiende la protección a situaciones que, al momento de la redacción de la Convención, eran insospechadas. Finalmente, extiende algunas obligaciones positivas a otros derechos, originalmente desprovistos de este tipo de dimensión.

No obstante, la vaguedad de la mayoría de las obligaciones positivas en la jurisprudencia de la CorteIDH también hace que sea virtualmente imposible que los Estados no las violen. De hecho, podría afirmarse que los Estados no tienen claridad respecto de la totalidad de las obligaciones convencionales a las que se han sometido. Por ejemplo, como ya se señaló, según la jurisprudencia

¹⁰³ CorteIDH, YATAMA, párr. 185.

relativa al artículo 21, ante el desplazamiento forzado, los Estados deben proveer los “medios y condiciones” necesarios para el regreso voluntario a sus tierras de los que fueron desplazados forzosamente. Sin embargo, no es del todo claro qué entiende la Corte por “medios y condiciones”. Del mismo modo, cuando la jurisprudencia convencional afirma que los Estados deben, en relación a los niños, favorecer el desarrollo y fortalecimiento de la unidad familiar, ¿A qué se refiere exactamente? ¿Cómo puede un Estado saber si está cumpliendo o no con sus obligaciones convencionales cuando las categorías de análisis desarrolladas en la jurisprudencia son etéreas?

Ahora bien, esto no quiere decir que la extensión de la protección convencional sea indeseable. Sin lugar a dudas, el rol de la CorteIDH, como órgano jurisdiccional del Pacto de San José, la lleva a propender por su correcta interpretación y aplicación. Sin embargo, la efectividad de los derechos convencionales podría mejorar si los Estados pueden tomar la jurisprudencia interamericana como una fuente clara y precisa del comportamiento, positivo y negativo, que se espera de ellos.

Finalmente, antes de proceder a la siguiente sección, debe notarse muy brevemente la importancia de la noción de vulnerabilidad en el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas en el contexto interamericano¹⁰⁴. Por ello, no resulta absurdo asumir que, según la Corte de San José, el simple hecho de encontrarse en una situación de vulnerabilidad, cualquiera que ella sea, desata una cantidad considerable de obligaciones positivas en cabeza del Estado. De hecho, una lectura cuidadosa de la jurisprudencia de la CorteIDH, a la luz de las obligaciones positivas, deja la impresión que si las víctimas no fuesen “vulnerables”, el desarrollo y alcance de la doctrina de las obligaciones positivas no hubiese sido el mismo.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en los fallos *Yean y Bosico* y *Rosendo Cantú*, la Corte de San José determinó que los niños son usualmente vulnerables. Adicionalmente, ante la existencia de un conflicto armado interno, como sucede en Colombia, el grado de vulnerabilidad de los niños incrementa exponencialmente (Véase CorteIDH, *Masacre de Mapiripán*, párr. 156; CorteIDH, *Masacre de Ituango*, párr. 245 y CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo*, párr. 241).

3. INDICADORES CUANTITATIVOS PARA MEDIR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS

Antes de comenzar esta sección resulta esencial reconocer que el siguiente es simplemente un principio de análisis de la materia. Por ello, las reflexiones que se presentan a continuación no pueden ser entendidas como una propuesta acabada de cómo se debería medir cuantitativamente el nivel de cumplimiento, por parte de los Estados, de las obligaciones positivas derivadas del Pacto de San José. Esto se debe, principalmente, a dos razones. En primer lugar, el espacio con el que se cuenta es limitado. En segundo lugar, y más importante aún, el objetivo fijado no es desarrollar un único modelo de medición o uno grupo fijo de indicadores. Por el contrario, el interés de esta sección es indagar si tales indicadores pueden ser (o han sido) desarrollados y cuáles serían.

En la sección precedente se enumeraron las distintas obligaciones positivas que se derivan de la jurisprudencia de la CorteIDH. Allí se vio cómo la formulación de las obligaciones positivas en la jurisprudencia interamericana tiene a realizarse en términos abstractos. Dichas formulaciones, ya se ha dicho, permiten a la Corte aumentar los estándares de protección de cada uno de los derechos convencionales, pero, al mismo tiempo, no se prestan para que los Estados tomen los fallos como criterio de referencia para determinar su grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales.

Ahora bien, la vaguedad de las formulaciones permite un amplio margen de apreciación a la Corte de San José, particularmente en los casos en los que la jurisprudencia no ha sido desarrollada ampliamente. Dicho margen de apreciación se fundamenta en criterios usualmente subjetivos, como la noción de “vida digna”¹⁰⁵ o “el interés superior del niño”, que pueden ser interpretados de manera diferente por los jueces, sean nacionales o regionales¹⁰⁶. En ese orden de ideas, una categoría abstracta, que

¹⁰⁵ CorteIDH, *Ximenes Lopes*, párr. 138.

¹⁰⁶ Al respecto el caso *Atala Riffo* es un ejemplo de cómo los jueces nacionales y los jueces regionales le pueden otorgar un significado divergente a una noción abstracta. En efecto, en el

permite al juez convencional introducir indicadores subjetivos de análisis, redundando en la imprevisibilidad de la decisión judicial.

En ese caso, aún cuando las categorías subjetivas hayan sido empleadas por la CorteIDH para aumentar los estándares de protección, sería importante introducir categorías objetivas de análisis que sirvan para balancear el razonamiento del juez interamericano. Es allí en donde la construcción de indicadores cuantitativos podría jugar un rol determinante para la precisión de la jurisprudencia.

Antes de adentrarse en determinar cuáles podrían ser algunos de los indicadores que evaluarían el cumplimiento de las obligaciones positivas en cabeza de los Estados de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la CorteIDH, resulta necesario hacer una serie de consideraciones preliminares respecto de la construcción de indicadores y la forma en la que éstos pueden implicar beneficios o limitaciones para este tipo de análisis.

Consideraciones preliminares

Se debe reconocer que vincular la lógica de la construcción de indicadores cualitativos al discurso de los derechos humanos no parece fácil. Esto es así puesto que, tradicionalmente, el discurso jurídico se ha construido a través de categorías o conceptos que no se prestan, *a priori*, a ser medidos cuantitativamente. En efecto, los conceptos jurídicos, como aquellos que han servido de fundamento para el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas, suelen ser más bien nociones de cualitativas. Por ende, los conceptos jurídicos, constituyen un tipo de indicador, pero no propiamente uno de tipo *cuantitativo*.

Ahora bien, ¿cómo pueden las nociones jurídicas, de contenido subjetivo, ser indicadores? Una definición simple de esta noción puede ayudar a esclarecer esta situación. Según el Departamento Nacional de Estadística (DANE) de Colombia, dicha noción se define como *“una expresión cualitativa o cuantitativa observable, que permite describir características, comportamientos o fenómenos de la realidad a través de la evolución de una variable*

citado fallo se muestra cómo los pronunciamientos internos se basaron en la noción de “interés superior del niño” para privar a las personas homosexuales de la tutela de menores. Véase, CorteIDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2002, párr. 55.

o el establecimiento de una relación entre variables, la que comparada con períodos anteriores, productos similares o una meta o compromiso, permite evaluar el desempeño y su evolución en el tiempo”¹⁰⁷. Esta definición incorpora distintos elementos a la noción que deben ser resaltados.

En primer lugar, tal y como lo muestra la Tabla 1, los indicadores pueden ser de dos tipos. De una parte, se cuenta con los *cuantitativos* y, de otra parte se cuenta con los *cualitativos*.

Así, siguiendo las categorías de la tabla 1, se puede afirmar que la jurisprudencia de la Corte de San José sobre las obligaciones positivas que derivan de la Convención Americana constituye un indicador *cualitativo-objetivo*. Sin embargo, se debe reconocer que, al mismo tiempo, la jurisprudencia y el texto mismo de la Convención constituyen el marco de referencia para saber lo que se espera de un Estado en materia de derechos humanos.

Más allá de la doble función de la jurisprudencia que se acaba de señalar, si la construcción de indicadores cuantitativos en derechos humanos es posible, un análisis basado en indicadores *cualitativos* es insuficiente. En ese orden de ideas, sería necesario complementar dicho análisis a través de la construcción de indicadores *cuantitativos-objetivos*.

¹⁰⁷ DANE (Colombia), *Guía para diseño, construcción e interpretación de indicadores*, Cuadernillo 2, Estrategia para el Fortalecimiento Estadístico Territorial, 2012, párr. 13. Una versión digital se encuentra disponible en: <http://www.dane.gov.co/files/sen/planificacion/cuadernillos/IntroduccionDisenoConstruccionInterpretacionIndicadoresWeb.pdf> (Última consulta: 28 de noviembre de 2013). En lo que respecta a los indicadores de derechos humanos se puede tener en cuenta la definición propuesta por Green. Para ella, “un indicador de derechos humanos es un pedazo de información usada para medir el grado en la cual un derecho legal está siendo satisfecho o disfrutado en una situación dada”. GREEN (M.), *Óp. Cit.*, pp. 1065.

Tabla 1. Categorías de indicadores utilizados para los derechos humanos¹⁰⁸

	OBJETIVO O BASADO EN HECHOS	SUBJETIVO O BASADO EN JUICIOS
CUANTITATIVO	∓Indicador articulado en forma cuantitativa y basado en información sobre objetos, hechos o acontecimientos que son, en principio, directamente observables y verificables. ∓	∓Indicador articulado en forma cuantitativa y basado en información que supone una percepción, opinión, valoración o juicio, utilizando, por ejemplo, escalas cardinales/ordinales. ∓
CUALITATIVO	∓Indicador articulado de forma descriptiva, en forma categórica y basado en información sobre objetos, hechos o acontecimientos que son, en principio, directamente observables y verificables. ∓	∓Indicador articulado de forma descriptiva, no necesariamente en forma categórica, y basado en información que supone una percepción, opinión, valoración o juicio. ∓

Un segundo aspecto que pone de relieve la definición del DANE que se ha citado anteriormente es que la construcción de indicadores cuantitativos está encaminada, necesariamente, a evaluar el comportamiento de un fenómeno a través de mecanismos objetivamente verificables, ya sea en un momento determinado o por el simple paso del tiempo. Como tal, con miras a analizar de manera completa una situación de derechos humanos, la construcción de indicadores para determinar el cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana parece, entonces, un complemento ideal de los análisis cualitativos que la CorteIDH ha realizado hasta el momento.

Esto es así puesto que el rol que desempeña la CorteIDH es justamente evaluar, y asegurar, el cumplimiento de las obligaciones convencionales de cada uno de los Estados que ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte de San José. En consecuencia, siendo uno de los principales objetivos de la

¹⁰⁸ Esta tabla ha sido tomada de: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Indicadores de derechos humanos – Guía para la medición y aplicación*, Nueva York – Ginebra, 2012, pp. 21. (Sólo se han omitido los ejemplos de cada uno de los tipos de indicadores según los cuadrantes).

construcción de los indicadores cuantitativos la evaluación de un fenómeno concreto, no se ven razones que impedirían que la labor de la Corte de San José se vea reforzada al incorporar este tipo de análisis.

En tercer lugar, los indicadores se construyen a partir de la determinación de un grupo de variables orientadas describir el fenómeno que se quiere medir. Sin embargo, puesto que los fenómenos a analizar o medir no cuentan todos con los mismos ingredientes, es necesario que aquellas que se han de tener en cuenta al momento de diseñar y construir los instrumentos de medición se ajusten de manera directa a las características concretas de cada fenómeno y sus particularidades. Por ello, la flexibilidad debe ser una característica esencial del diseño de las variables tendientes a analizar el nivel de cumplimiento de las obligaciones positivas, puesto que un grupo reducido de indicadores puede no medir con la misma precisión dos fenómenos – o mejor: dos obligaciones positivas - diferentes.

De manera paralela a los tres componentes de la definición de la noción que se acaban de evocar, existen otras nociones que sirven para delimitar los distintos tipos de indicadores que se podrían desarrollar para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho de los derechos humanos. Al respecto, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en una publicación reciente¹⁰⁹, ha señalado la importancia de tres tipos: estructurales, de proceso y de resultado.

Los indicadores estructurales son principalmente variables descriptivas, usualmente en términos cualitativos, del contexto en el que se enmarca el fenómeno a analizar. Así, la legislación nacional, la manera cómo ella incorpora el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, los mecanismos procesales de promoción y protección de los derechos humanos y, para el caso concreto, la jurisprudencia sobre obligaciones positivas que ha desarrollado la Corte de San José, son ejemplos

¹⁰⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Indicadores de derechos humanos – Guía para la medición y aplicación*, Nueva York – Ginebra, 2012.

de este tipo de indicadores. Resulta entonces evidente que éstos no se pueden cuantificar.

De otra parte, los indicadores de proceso *“miden los esfuerzos que están realizando los garantes de derechos para transformar sus compromisos en materia de derechos humanos en resultados deseados”*¹¹⁰. En otras palabras, los indicadores de proceso evalúan la relación entre la política pública relativa a un derecho en particular y sus efectos puntuales. Así, el desarrollo de indicadores de proceso es un primer paso en la búsqueda de una la transición entre los indicadores estructurales (de naturaleza cualitativa principalmente) y los indicadores de resultado (fundamentalmente cuantitativos).

Las nociones básicas que se acaban de resaltar permiten aclarar un poco la intención de esta sección. Sin embargo, dichas nociones no abordan todas las dificultades de incorporar el discurso cuantitativo al análisis de las violaciones de derechos humanos. Son varias las dificultades que persisten sobre las cuales se debe, por lo menos intentar, dar respuesta a algunas de ellas.

En primer lugar, *la fiabilidad de los indicadores*. Los indicadores *cuantitativos-objetivos* se construyen a partir de estadísticas usualmente producidas por el Estado. En ese sentido, la utilización tendenciosa de las cifras¹¹¹ presenta un problema para la fiabilidad de los indicadores. No es irracional pensar que los gobiernos, en el afán de presentar sus resultados de una manera positiva, *“maquillen”* las cifras para presentar una perspectiva alentadora, pero alejada de la realidad, de la ejecución de sus políticas públicas. En efecto, si el fundamento de un indicador se encuentra en cifras incorrectas, incompletas o apócrifas se tiene como consecuencia que el indicador será sesgado, pero que se utiliza como si no lo fuera.

No obstante, dichas dificultades no deben ser un obstáculo para incorporar indicadores cuantitativos al análisis de los derechos humanos. Estos es así puesto que no es necesario que el análisis con fundamento en indicadores reemplace el análisis jurídico y

¹¹⁰ *Ibíd*em, pp. 40.

¹¹¹ SELTZER, W. y ANDERSON, M., *“The dark side of the numbers: the role of population data systems in human rights abuses”*, *Social Research*, Vol. 68, No. 2, 2001, pp. 481-513.

cualitativo, sino que le resulte complementario. Adicionalmente, como se verá más adelante, la creación de cifras objetivamente verificables ya no es un trabajo que se deja exclusivamente en cabeza de los Estados o de sus agencias. En efecto, las organizaciones no gubernamentales también se han convertido en fuente de información relevante para los análisis cuantitativos y cualitativos. Así, las cifras oficiales y aquellas producidas por la sociedad civil, en caso de ser divergentes, pueden ser empleadas para contrastar la realidad presentada.

Segundo, *la ausencia de estadísticas y su desconocimiento*. Si bien es cada vez más común que los Estados, con miras a evaluar el desempeño de las políticas públicas que ha implementado, se interesen por el establecimiento de indicadores, éstos, cuando existen, no suelen ser de consumo público. En efecto, sólo un grupo reducido de personas suelen saber de la existencia o tener acceso a las estadísticas producidas por el Estado y/o las organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, el desconocimiento de la existencia de un indicador cuantitativo determinado no constituye en sí mismo un obstáculo para la incorporación de un análisis basado en indicadores sobre la situación de derechos humanos de un Estado en particular.

En ese sentido, la ausencia de información estadística sí presenta un desafío, puesto que implicaría más trabajo. Quizá un ejemplo permita aclarar la situación. Si se considera que la impunidad es una variable importante para analizar el cumplimiento de la obligación de investigar, sancionar y reparar por las violaciones de derechos humanos, lo primero que se debería determinar es qué se entiende por impunidad y cómo se puede medir. Digamos que, en su nivel más básico, la impunidad puede ser entendida como la correlación inversamente proporcional entre denuncias por un comportamiento sancionable y sanciones efectivamente impuestas por dicho comportamiento por parte de las autoridades competentes.

Ahora bien, una de las variables para la medición de la impunidad sería la relación entre la cantidad de denuncias y la cantidad sanciones que se hayan impuesto, en un determinado momento, por parte del Estado. Pero, ¿qué pasa si el Estado no

tiene una información centralizada, actualizada y fiable de una de las variables?

Esto no significaría que la variable escogida sea inapropiada. Lo que quiere decir es que quien se interese en la medición debe tener presente que deberá recolectar la información que considere relevante. En esta instancia es quien realiza la medición quien debe recolectar, organizar y analizar la información sobre la cual se basará su estudio. Pero no por ello se debe entender que no es posible un análisis cuantitativo de un fenómeno principalmente subjetivo.

Tercero, *el establecimiento de umbrales y su incompatibilidad en el discurso de los derechos humanos*. La evaluación de los fenómenos a través de indicadores reposa sobre la idea de gradación. Así, por ejemplo, se tiene la noción de la denominada “línea de pobreza”, mediante la cual se evalúa la situación de una persona, o un grupo de personas, en función de un determinado número de variables económicas. En ese orden de ideas, luego del análisis se concluye la situación de las personas en función a una serie de categorías objetivas, previamente establecidas, como la pobreza extrema, la pobreza, la clase media y la clase alta.

Por el contrario, el discurso de los derechos suele ser un discurso binario y por ende no sujeto a gradaciones. En efecto, el análisis netamente jurídico de una situación puntual sólo tendría dos resultados posibles: Violación o No violación del derecho. Bajo esta perspectiva, no pueden existir, ni ser medidos, grados de violación de los derechos humanos, puesto que cualquier grado es, de por sí, inaceptable.

Ahora bien, dicha imposibilidad es solamente aparente. Esto se debe a que, contrario a lo afirmado por Galdamez Zelada¹¹², las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana, tal y como han sido desarrolladas por la Corte de San José, han

¹¹² Véase, GALDEMEZ ZELADA, L., “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, No. 3, 2007, pp. 439 – 455. (Que afirma “la doctrina de las ‘obligaciones positivas’ creada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana con sus reiteradas condenas a los Estados por infracción de obligaciones de hacer, se vincula al hecho que los tribunales internacionales de derechos humanos, en general, examinan la responsabilidad de los Estados en base a (sic) resultados y no a medios”, pp. 451 – 452.)

sido construidas como obligaciones de medio¹¹³ y este tipo de obligaciones, a diferencia de las de resultado, se prestan a un análisis con fundamento en indicadores.

Esto es así puesto que *“al deudor [de una obligación de medio] se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. No existe un compromiso con el resultado, el deudor debe ser diligente en el intento por lograr dicho resultado o pretensión a favor del acreedor. En cambio, las obligaciones de resultado exigen al deudor la pretensión misma, sin miramientos a la diligencia que haya comprometido para obtenerla”*¹¹⁴. En ese orden de ideas, por ser formuladas e interpretadas en términos de obligaciones de medios, al evaluar el cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan del Pacto de San José se tiene, así sea en el trasfondo, la noción de diligencia. Ahora bien, esta noción también es binaria para efectos de la responsabilidad cuando se le mira en términos de diligencia/negligencia.

¹¹³ Son tres razones las que llevan a afirmar que las obligaciones positivas que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de San José son obligaciones de medio. En primer lugar, la Corte ha afirmado, en relación a casos relativos al derecho a la vida, que las obligaciones positivas no pueden significar “una carga imposible o desproporcionada” al Estado. (Esta consideración se puede encontrar en los fallos CorteIDH *Xákmok Kásek*, párr. 188, CorteIDH *Masacre de Pueblo Bello*, párr. 195 y CorteIDH *Sawhoyamaya* párr. 155). Este análisis de proporcionalidad de las obligaciones positivas que se desprenden del derecho a la vida, particularmente en lo relativo al riesgo, no es compatible con las obligaciones negativas. En efecto, no se puede encontrar una jurisprudencia en la cual la CorteIDH afirme que, por ejemplo, la obligación de abstenerse de torturar no puede significar una carga desproporcionada al Estado. En segundo lugar, la obligación positiva por excelencia de la Corte de San José – la obligación transversal de investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos – no ha sido formulada de forma tal que permita esperar un resultado concreto. Es más, cuando la Corte de San José analiza el cumplimiento de dicha obligación su razonamiento suele estar construido a partir de categorías de análisis que están más encaminadas a comprobar si el Estado fue o no negligente frente a la situación. Así, la recolección de las pruebas testimoniales y científicas necesarias y las actitudes de las autoridades en el curso de la investigación son criterios netamente basados en una lógica de medios y no de resultados. Es más, en uno de sus fallos más recientes, el fallo *Luna López*, la Corte de San José recuerda textualmente “el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares” (CorteIDH, *Luna López*, párr. 155). Esta concepción se remota al celebre caso *Velásquez Rodríguez* (párr. 177). Finalmente, y de manera más abstracta, las obligaciones de medio suelen ser formuladas de manera etérea, mientras que las obligaciones de resultado suelen ser precisas.

¹¹⁴ PIZZARO WILSON, C., “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 31, 2008, pp. 257 – 258.

No obstante, a diferencia de la aproximación propia las obligaciones de resultado y a las formas usuales de analizar las violaciones de derechos humanos, esta noción está mediada por la existencia de distintos grados de culpa que se relacionan con el comportamiento esperado de las partes (por ejemplo, para retomar la terminología común del derecho privado, culpa grave o levísima) siendo la obligación la que determina el comportamiento esperado. Por ello, entre la diligencia y la negligencia se establece un espectro de grados de culpa en el cual se puede clasificar el comportamiento de una de las partes. La existencia de dicho espectro de grados comportamiento hace que las obligaciones de medio acepten más fácilmente un análisis en función a indicadores *cuantitativos* a pesar de estar basados en categorías *cualitativas* como la culpa.

Finalmente, antes de avanzar a la enunciación de algunas de las posibles variables para la medición del cumplimiento de las obligaciones positivas por parte de los Estados, no se puede olvidar que “[l]os derechos humanos nunca pueden medirse por completo con estadísticas; los aspectos cualitativos son demasiado fundamentales. La conclusión, empero, no es que la comunidad de derecho humanos debe evitar el uso de datos cuantitativos, sino más bien que ha de aprender a utilizarlos”¹¹⁵.

3.1. Posibles indicadores para determinar el cumplimiento de las obligaciones positivas

Con fundamento en las consideraciones preliminares que se presentaron en la sección anterior, ahora sí se puede proceder a enlistar cuáles serían algunos de los indicadores cualitativos que se podrían construir para determinar el grado de cumplimiento de un Estado de las obligaciones positivas desarrolladas por la jurisprudencia de la CorteIDH.

¹¹⁵ HAMMARBERG, T., “Statistique publique et décideurs politiques” 5 de septiembre de 2000, discurso de Orientación ante la Conferencia de la Asociación Internacional por las Estadísticas Oficiales, celebrada en Montreux (Suiza) entre el 4 y 8 de septiembre de 2000. Citado en: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Indicadores de derechos humanos – Guía para la medición y aplicación*, Nueva York – Ginebra, 2012, pp. 31.

Sea lo primero decir que, por ser esta una primera aproximación en la materia, a continuación no se presentan indicadores para todas las obligaciones positivas que se señalaron en la primera parte. En efecto, la doctrina de las obligaciones positivas de la CorteIDH está compuesta de una amplia gama de ejemplos o manifestaciones que harían del desarrollo de indicadores para cada una de ellas una tarea titánica que, aunque valiosa, no es el momento de emprender. Por el contrario, sí sería útil hacer una selección de algunas de ellas, sólo como un ejercicio de reflexión sobre lo divergentes que pueden ser los indicadores que se podrían emplear y para evidenciar, al mismo tiempo, algunas de las dificultades a los que se expone esta medición.

Siendo así, las obligaciones positivas sobre las cuales se presentaran algunos de los posibles indicadores son: la obligación de investigar, sancionar y reparar la violación de los derechos humanos; las obligaciones positivas a favor de los niños; las obligaciones positivas relativas a los estándares electorales; y, la obligación de atenuar los efectos negativos del desplazamiento forzado.

Las razones por las cuáles se han seleccionado dichas obligaciones son simples. En primer lugar, las dos primeras son, tal vez, las obligaciones positivas respecto de las cuales la CorteIDH se ha pronunciado con mayor claridad y extensión a lo largo de su jurisprudencia. Esto quiere decir que, en principio, ya se cuenta con una amplia gama de indicadores *cualitativos*. En segundo lugar, en lo que se refiere a las obligaciones positivas respecto de los estándares electorales, se tiene que ya se han desarrollado metodologías de medición que merecen ser resaltadas. Finalmente, frente a la obligación de atenuar los efectos del desplazamiento forzado resulta interesante presentar el trabajo que ha realizado la Corte Constitucional colombiana en la materia, ya que ha incorporado indicadores cuantitativos al análisis de la política pública frente al desplazamiento forzado.

3.1.1. Investigar, sancionar y reparar la violación de los derechos humanos

La obligación positiva más representativa de la jurisprudencia de la CorteIDH engloba, en realidad, tres momentos diferentes de un procedimiento sancionatorio tradicional. Por ello, una medición cuantitativa de esta obligación requiere un análisis particular de la situación de cada uno de dichos momentos. Esto es así puesto que, al ser fenómenos diferentes, no pueden ser los mismos indicadores los que determinen la situación, por ejemplo, del aspecto investigativo o del aspecto reparativo de esta obligación.

Adicionalmente, dada su transversalidad, debe tenerse en cuenta que la medición de esta obligación debería atender las diferencias relativas a cada una de sus manifestaciones. En ese sentido, no pueden ser los mismos indicadores los que determinen cuál es su situación en relación con las desapariciones forzadas y aquellos que estén encaminados a realizar un análisis similar con respecto de las violaciones sexuales. Esto se debe a que, como ya se dijo, los indicadores deben adecuarse de manera concreta al fenómeno que pretenden medir. Sin embargo, esto no quiere decir que no existan variables comunes a varias manifestaciones.

Investigación

La Corte de San José ha dicho recientemente, *“la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos”*¹¹⁶. Evidentemente, las categorías empleadas para describir el aspecto investigativo de esta obligación positiva no son fácilmente traducibles en indicadores cuantitativos. A pesar de lo anterior, entre las enlistadas hay una noción que podría ser sujeta a un análisis de este tipo. Se trata de la efectividad.

El primer indicador cualitativo que viene a la mente al momento de indagar sobre la efectividad de las investigaciones por la violación de los derechos humanos se refiere a la cantidad de situaciones que se presentan en un determinado territorio y que,

¹¹⁶ CorteIDH, *Luna López vs. Honduras*, párr. 155. En dicho fallo la CorteIDH hace referencia a otros fallos como lo son: CorteIDH *Juan Humberto Sánchez*, párr. 127 y CorteIDH *Castillo González*, párr. 151.

eventualmente, llegan a conocimiento de las autoridades. Esto puede ser definido como la “tasa de litigiosidad”. Este indicador determina la cantidad de ingresos efectivos (dicho de otra forma, procesos judiciales que se inician en determinado período de tiempo) en función de la cantidad de habitantes de un territorio.

En Colombia, la Corporación Excelencia en la Justicia¹¹⁷ (en adelante, CEJ) ha calculado que, para 2012, la tasa general de litigiosidad fue de 4.260 por cada 100.000 habitantes. Al analizar más en detalle, teniendo en cuenta que hay un vínculo entre la investigación y el procedimiento penal, se tiene que la misma CEJ determinó que, en el mismo año, la citada tasa se ubicó en 614 por cada 100.000 habitantes, para procesos penales, y, en casos del sistema penal juvenil llegó a 72.

Ahora bien, no se puede perder de vista que, por lo menos en el sistema penal vigente en Colombia, la tasa de litigiosidad mide una etapa distinta al proceso de investigación. En efecto, en Colombia es la Fiscalía General de la Nación la encargada de investigar las presuntas conductas delictivas que se han cometido y, si lo estima conveniente y tiene suficientes evidencias, ejercer la acción penal ante los jueces de la República. En ese orden de ideas, antes de preocuparse por la tasa de litigiosidad, sería importante indagar sobre la situación de la Fiscalía General de la Nación.

En ese orden de ideas, el primer dato cualitativo que valdría la pena tener en cuenta al momento de analizar la efectividad de la investigación es la cantidad de denuncias o noticias criminales que se presentan por una conducta delictiva determinada. Así, tomando el ejemplo del derecho a la vida, el Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA¹¹⁸ afirma que en el año 2012 se presentaron en Colombia 14.672 muertes por homicidio doloso.

Ante esta cantidad de situaciones, que son potencialmente investigables por la Fiscalía General de la Nación, sería importante

¹¹⁷ Para más información sobre el trabajo de esta organización www.cej.org.co. Los indicadores que se citan a lo largo de este escrito se pueden consultar fácilmente en el menú “Indicadores de Justicia” de la página citada.

¹¹⁸ Los indicadores cuantitativos del Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA se encuentran en: www.oas.org/dsp/Observatorio/database/indicators.aspx?lang=es (Última consulta, 28 de noviembre de 2013).

determinar la capacidad institucional de la entidad para hacer frente a dicha cantidad de trabajo. Es allí en donde la “tasa de fiscales” se torna importante. Esta noción determina la relación entre funcionarios competentes para investigar y acusar por la comisión de delitos y la cantidad de habitantes presentes en un territorio.

La CEJ afirma que, para 2011, tasa de fiscales en Colombia era de 9.8. Entonces, de un lado se tiene que hay 9.8 fiscales por cada 100.000 habitantes y, del otro lado, se tiene que en 2012 se presentaron 14.672 muertes por homicidio doloso. Estos datos, junto con otros, ayudan a determinar la “carga de trabajo” de cada fiscal¹¹⁹.

Adicionalmente, la relación entre cantidad de fiscales y la cantidad de denuncias por un hecho determinado tiene, lógicamente, un efecto sobre la “tasa de productividad” de los fiscales, ya que esta mide la cantidad de egresos efectivos por fiscal¹²⁰.

Lo anterior quiere decir que existen indicadores que pueden medir de manera concreta si la investigación ha sido o no efectiva. En efecto, la relación entre la cantidad de denuncias por una conducta determinada, la tasa de fiscales que están asignados a dichas materias y la productividad de los fiscales podrían, por lo menos, indicar si un Estado está cumpliendo o no con el aspecto investigativo de esta obligación positiva transversal de la Convención Americana.

Ahora bien, debe reconocerse que la relación planteada en esos términos no tiene en cuenta el lugar de origen de las denuncias. Desglosar la información en este sentido resulta importante en la medida que si se presenta una concentración

¹¹⁹ En esta medición hay que tener en cuenta que la tasa de fiscales no se encuentra lo suficientemente desahogada como para determinar cuántos de dichos fiscales tienen competencia efectiva sobre investigaciones puntuales por el delito de homicidio. Adicionalmente, lo que resulta más interesante, los datos también permitirían analizar si se puede esperar de manera razonable que los fiscales produzcan resultados concretos - o en los términos de la Corte de San José: lleven a cabo investigaciones efectivas - cuando están sometidos a tal cantidad de trabajo.

¹²⁰ De la información que se pudo obtener de la CEJ no resulta claro qué se entiende por “egreso efectivo”. En este contexto un egreso efectivo puede ser el ejercicio de la acción penal ante los jueces de la República o las inhibiciones o preclusiones.

elevada de determinadas conductas en lugares específicos del territorio, sería necesario que la tasa de fiscales en dicho lugar sea más elevada que en otros. Esto puede ser aún más relevante en Estados federales en donde se presentan limitaciones territoriales de competencia.

Finalmente, un indicador que puede ser importante al momento de analizar la efectividad de las investigaciones es el que se refiere a los recursos con los que dispone el ente investigador para poder desarrollar sus actividades. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta que para cumplir completamente con el aspecto investigativo de esta obligación positiva de origen convencional se requiere de una entidad que tenga a su disposición bastantes recursos (no sólo humanos sino técnicos) valdría la pena determinar qué tantos recursos destina el Estado para financiar dicha entidad. Para el caso colombiano, la CEJ afirma que para el año 2013, el presupuesto de la Fiscalía General de la Nación representó el 1.10% del Presupuesto General de la Nación.

Este no es el lugar para determinar si el presupuesto de la Fiscalía General de la Nación colombiana le permite o no cumplir con sus funciones convencionales de manera adecuada o si la CorteIDH debería pronunciarse sobre la cantidad de presupuesto de las entidades encargadas de investigar las violaciones de los derechos humanos. Aquí solamente se señala que dicho indicador, a pesar de ser políticamente sensible, podría ser de interés para determinar si el Estado puede esperar de manera razonable que sus entidades estén a la altura de las expectativas.

Sanción

El aspecto represivo de la obligación positiva convencional de investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos parece estar estrechamente ligado con las sanciones penales que se impongan por la comisión de delitos conexos a los derechos reconocidos en el Pacto de San José. Más allá de lo que se puede pensar de esta relación, si lo que se pretende analizar es la efectividad de las sanciones, entonces valdría la pena indagar no

sobre las penas mismas que se imponen en caso de cometer las conductas sino si realmente dichas penas son impuestas¹²¹.

Para hacerlo habría que empezar por la “demanda de justicia formal”. Esta es una medición de la CEJ que determina la cantidad de ingresos, en número brutos, a la jurisdicción de interés. Así, se tiene que para el año 2012 ingresaron a la justicia penal colombiana un total de 286.133 casos, mientras que a la justicia penal adolescente llegaron 33.336 casos. Estos números representan solamente lo que ingresó a la jurisdicción en el curso de dicho año. Esto quiere decir que también habría que tener en cuenta la cantidad de procesos que la CEJ denomina “inventario”, que no es otra cosa que los casos pendientes de resolución que ingresaron en años precedentes. En ese sentido, se tiene que, siguiendo los indicadores de la CEJ, la cantidad procesos “inventario” de la jurisdicción penal colombiana, para el año 2012, ascendía a 101.892. La combinación de la “demanda de justicia formal” y el “inventario” determina, para la CEJ, la “carga de trabajo” de cada juez en Colombia.

Al igual a como se presentó para los fiscales, la “carga de trabajo” está mediada por la “tasa de jueces”. Para el caso colombiano, la CEJ ha evaluado la tasa de jueces permanentes y la tasa de jueces de descongestión. En efecto, para el 2012, el citado país contaba con una tasa de 10 jueces permanentes – sin distingo de especialidad – por cada 100.000 habitantes, mientras que contaba con una tasa de 2,57 – sin distingo de especialidad – por cada 100.000 habitantes.

La “carga de trabajo” y la “tasa de jueces” determinan la “tasa de productividad” de los jueces, medida a través del número de “egresos efectivos”. Para el año 2012, la CEJ determinó que la tasa de productividad de los jueces penales en Colombia era de 715 por cada 100.000 habitantes, mientras que la tasa de

¹²¹ Este raciocinio se basa en la visión de Gary S. Becker sobre la criminalidad. Al respecto, véase, BECKER, G., “The economic way of looking at life”, *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*, Ed. Torsten Persson, World Scientific Publishing Co., Singapur, 1997. Esta es una conferencia dictada el 9 de diciembre de 1992, en la aceptación del Premio Nobel de economía. Esta conferencia puede ser descargada en libremente en la página web del Premio Nobel (www.nobelprize.org) (Última consulta, 28 de noviembre de 2013).

productividad de los jueces del sistema penal adolescente era de 67 por cada 100.000 habitantes.

En términos generales, si la tasa de productividad de los jueces es baja, por las razones que sea, esto suele tener un efecto directo sobre la congestión judicial. Esta, a su vez, repercute sobre el tiempo que se toma para imponer las sanciones, en caso de que haya lugar a ellas. En ese sentido, la imposición efectiva de la sanción podría estar mediada por el tiempo que requiere a la justicia fallar. En este aspecto llama la atención que la CEJ no publique en sus indicadores la cantidad de días promedio – unidad de medida empleada – que toma un proceso penal en Colombia, mientras que sí lo hace para otras especialidades como lo son el derecho civil, derecho de familia, derecho laboral, entre otros.

Más allá de lo anterior, no se puede olvidar que la CorteIDH ha determinado que uno de los criterios que se deben tener en cuenta al momento de analizar la efectividad de la imposición de las sanciones es la complejidad del caso¹²². Entonces, un indicador como el promedio de días que toma a la jurisdicción llegar a un fallo puede no ser el más apropiado para determinar si se está cumpliendo o no con las obligaciones convencionales, puesto que la complejidad del caso podría implicar que se requiera más tiempo del que toma un proceso “promedio”.

De otra parte, al momento de analizar el aspecto represivo de la obligación positiva de investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos resulta necesario hacer un análisis de la impunidad. En este caso, hay que admitir que la determinación de la impunidad puede ser difícil de medir de manera concreta puesto que, por más que se defina la impunidad en sus términos más simples¹²³, se suele tener en cuenta como punto de partida esencial la cantidad de denuncias o noticias criminales que han efectivamente llegado a manos de los entes encargados de investigar la comisión de delitos¹²⁴.

¹²² Por ejemplo, CorteIDH, *Valle Jaramillo* párr. 155.

¹²³ Por ejemplo, Barreto Nieto y Rivera definen impunidad como “un delito sin castigo. Es el resultado que se obtiene cuando una conducta delictiva que merece sanción, no la recibe” (BARRETO NIETO, L. y RIVERA, S., *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio en Colombia*, Ministerio del Interior y de Justicia, Bogotá, 2009, pp. 24.)

¹²⁴ Ejemplo de esto es el análisis de Barreto Nieto y Rivera, *Ibidem*.

No obstante, este tipo de metodologías de medición parecen no tener en cuenta que es posible que la ocurrencia de hechos delictivos simplemente no sea denunciada. Quiere esto decir que en esos casos, partir de la cantidad de denuncias radicadas ante el ente investigador desconoce que, posiblemente, existe un sub-registro en dicha cifra. Más allá de la anterior anotación, hay que reconocer que este tipo de mediciones existen y se acercan, en la medida de lo posible, a medir un fenómeno bastante difícil de medir con cifras exactas.

Antes de continuar con los indicadores relativos al aspecto reparativo, resulta necesario hacer un par de aclaraciones en lo que se refiere al aspecto represivo de la obligación positiva transversal por excelencia del Pacto de San José. En primer lugar, el análisis cuantitativo, en este caso tanto de los aspectos investigativos y represivos de esta obligación positiva, no debe redundar en un análisis netamente estadístico, puesto que esto podría ser contraproducente. En efecto, es posible que un juez en particular tenga una “tasa de productividad” elevada. Pero que, al mismo tiempo, la calidad de sus fallos sea cuestionable, representada ella a partir de la cantidad de apelaciones o casaciones en las cuales sus fallos sean revocados. Esto muestra que no se puede preferir únicamente un enfoque cuantitativo o uno cualitativo al momento de analizar la actividad judicial y sus repercusiones en lo que respecta a las obligaciones convencionales a las cuales se ha sometido el Estado.

En segundo lugar, los indicadores que se enunciaron en lo relativo al aspecto represivo requerirían ser más desglosados, puesto que se requeriría saber de manera concreta criterios como la ubicación territorial, la tasa de productividad en determinado tipo de procesos penales (homicidios o torturas, por ejemplo). Solo de esta forma el indicador podría medir de manera real la efectividad en esos temas y no sería una cuestión genérica como la aquí presentada.

Reparación

La introducción de indicadores para la medición de la reparación puede dividirse en dos aspectos. De una parte, se tienen los aspectos para determinar la cuantía de la reparación. De

otra parte, se tienen los aspectos para determinar si dicha cuantía es o no realmente transferida a las víctimas.

En lo que respecta a la determinación de la cuantía existe un indicador cualitativo que ha sido desarrollado por la CorteIDH: el principio de la reparación integral¹²⁵. Según este principio, las víctimas deben ser reparadas de forma tal que se reviertan los efectos de la violación, y, en teoría, reproducir, en la medida de lo posible, la situación de la víctima al momento previo de la violación. Como consecuencia de ello se repara a las víctimas tanto por daños patrimoniales como por daños morales. Respecto de los primeros, tradicionalmente, se ha determinado que se debe reparar principalmente el daño emergente y el lucro cesante. Estos dos suelen ser cuantificados de manera más o menos objetiva.

Por el contrario, en lo que respecta a los daños morales se empiezan a evidenciar las dificultades. Esto es así puesto que esta categoría de daños es, sin duda alguna, subjetiva ya que la cuantificación del daño moral es supremamente difícil, por no decir imposible, de medir. Adicionalmente, existe otro ingrediente de la reparación que también es difícil de medir y se refiere a los mecanismos simbólicos de reparación como lo son, en el caso de la jurisprudencia de la Corte de San José, el reconocimiento público de la violación¹²⁶, la construcción de monumentos¹²⁷, la introducción de talleres de formación sobre derechos humanos en las fuerzas militares¹²⁸ o la “modificación del ordenamiento jurídico interno” – que en el celebre caso *La Ultima Tentación de Cristo*¹²⁹ llevó a la Corte de San José a condenar al Estado a reformar su Constitución -, sólo por nombrar algunos.

¹²⁵ Para un análisis detallado de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte de San José, véase, ANTKOWIAK, T., “Remedial approaches to Human Rights violations: the Inter-American Court of Human Rights and Beyond” *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, 2007-2008, pp. 351 – 419.

¹²⁶ Al respecto vale la pena referenciar, entre otros, los siguientes fallos: CorteIDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, 3 de diciembre de 2001 párr. 81; CorteIDH, *Myrna Mack*, párr. 278 y CorteIDH, *Comunidad Moiwana* párr. 216.

¹²⁷ Al respecto se pueden referenciar, entre otros, los siguientes fallos: CorteIDH, *Masacre de Mapiripan*, párr. 335; *Comunidad Moiwana* párr. 233 y CorteIDH, *Campo Algodonero* párr. 602.

¹²⁸ Al respecto, véase, CorteIDH, *El Caracazo vs. Venezuela*, 29 de agosto de 2002 (Reparaciones y Costas) párr. 127 y CorteIDH, *Rosendo Cantú*, párr. 295.

¹²⁹ CorteIDH, *La Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile*, 5 de febrero de 2001.

En ese orden de ideas, pareciera que no se pueden medir, a través de indicadores cuantitativos, la determinación de la cuantía de los daños a reparar y la determinación de otras medidas de reparación.

De otra parte, la determinación de la cuantía de los daños a reparar y de las otras medidas sólo determina un aspecto de lo que es la reparación. En ese sentido, concentrarse únicamente en este aspecto desconocería otro aspecto fundamental del mismo, a saber, si efectivamente dicho monto fue transferido a las víctimas o si las otras medidas de reparación fueron llevadas a cabo. En este sentido, este análisis se puede realizar en dos niveles. En primer lugar, a nivel convencional se tiene que un análisis de las resoluciones de seguimiento de la propia Corte ha mostrado que, en la mayor parte de los casos, los Estados suelen cumplir con las sanciones pecuniarias de manera más consistente de lo que lo hacen con las medidas de reparación simbólicas¹³⁰.

En segundo nivel, es decir a nivel nacional, desconociendo la existencia de estudios similares, se podrían tener en cuenta indicadores estructurales. Así, por ejemplo, en Colombia, el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³¹, determina los plazos que se deben respetar para el cumplimiento efectivo de las sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. El citado artículo prevé que en los casos en los que la condena no implique un pago en dinero, como sería el caso de las reparaciones simbólicas, se debe cumplir con lo estipulado por el fallo en un término inferior a los 30 días. Mientras que en los casos en los que se deba hacer una transferencia de dinero, el fallo se debe cumplir en un plazo máximo de 10 meses, contados a partir de la fecha de su ejecutoria.

¹³⁰ Véase HAWKINS, D. y JACOBY, W., "Partial compliance: a comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights." *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, 2010, pp. 35 – 85 y BALUARTE, D., "Strategizing for Compliance: The evolution of a compliance phase of Inter-American Court litigation and the strategic imperative for victims' representatives." *American University International Law Review*, Vol. 27, 2012, pp. 263-473.

¹³¹ Publicada en el Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011.

Ante esta disposición nacional, sería interesante construir un indicador cuantitativo tendiente a determinar si efectivamente, una vez transcurridos los 10 meses de los que trata el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, se efectúan los pagos y qué proporción de casos están pendientes de pago. Este aspecto es importante puesto que no resulta del todo irracional sospechar que si los Estados se muestran reticentes para cumplir los fallos condenatorios de la Corte de San José, puedan hacer lo mismo con los fallos de los jueces nacionales. De esta forma, si el Estado elude o retrasa el pago efectivo de los daños a los que ha sido condenado, sea a nivel regional o nivel interno, no se podría concluir que está cumpliendo con su obligación convencional de reparar por las violaciones de derechos humanos.

Finalmente no se puede dejar de señalar que la determinación del cumplimiento de la reparación, aunque difícil, resulta de actualidad. En efecto, hace pocos meses la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la CorteIDH el caso *Zulema Tarazona y Otros c. Perú* en dicho caso, la Comisión consideró que la reparación que se había efectuado al interior del Estado era insuficiente y, en consecuencia, aún habían daños por ser reparados¹³². Este caso lleva a preguntarse, ¿cuánto es “suficiente” para reparar un daño? Evidentemente, una respuesta a esta pregunta podría facilitar la cuantificación del daño y su análisis a través de indicadores cuantitativos. No obstante, por ahora, esta pregunta no tiene respuesta.

3.1.2. Las obligaciones positivas a favor de los niños

Al igual que sucede con la obligación de investigar, sancionar y prevenir la violación de derechos humanos, de acuerdo a lo determinado por la jurisprudencia de la CorteIDH, las obligaciones positivas a favor de los niños tienen múltiples manifestaciones. Por ende, el desarrollo de indicadores cuantitativos de medición de su

¹³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa No. 48/13 del 28 de junio de 2013. Este comunicado se puede consultar en (www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2013/048.asp) (Última consulta, 28 de noviembre de 2013).

grado de cumplimiento por parte del Estado debe variar de acuerdo a lo que concretamente se desea analizar.

En efecto, se requieren variables distintas para determinar el fenómeno de las medidas de protección a favor de los niños en el marco de conflicto armado, en el marco de las privaciones de la libertad o de las medidas a favor de los niños indígenas.

En lo que se refiere a los niños en el marco del conflicto armado, el Observatorio del Bienestar de la Niñez del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (entidad pública) ha venido empleando un grupo de indicadores para medir ciertos aspectos como el reclutamiento forzado por parte de grupos armados ilegales¹³³ y su desvinculación¹³⁴, así como la cantidad de niños que son víctimas de las minas antipersonales¹³⁵. De forma más general, el mismo observatorio también se ha interesado en medir la

¹³³ OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Vulnerabilidad, reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2012. Una versión digital de este Informe se puede consultar en la siguiente página web: www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/publicaciones?id=26 (Última consulta: 28 de noviembre de 2013). Para análisis de este mismo fenómeno pero desde un punto de vista más cualitativo véase, SPRINGER, N., *Como corderos entre lobos: Del uso y reclutamiento de niñas niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Bogotá, 2012, pp-167.

¹³⁴ El Observatorio del Bienestar de la Niñez hace seguimiento trimestral al Programa de Atención Especializado a niños, niñas y adolescentes que se desvinculan de grupos armados al margen de la ley. El más reciente de estos estudios se refiere al período entre abril y junio de 2013. Véase, OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Análisis de tendencias: Programa de Atención Especializado a Niños, Niñas y Adolescentes que se Desvinculan de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML); Abril – Junio 2013*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2013. Una copia de este informe se puede encontrar en la siguiente página web: www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/publicaciones?id=41 (Última consulta, 28 de noviembre de 2013).

¹³⁵ OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Un camino lleno de minas: niños y niñas víctimas de minas antipersonal*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Cuarta Edición, Bogotá, 2012. Una versión digital de este informe se puede consultar en la siguiente página web: www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/publicaciones?id=27 (Última consulta: 28 de noviembre de 2013).

situación de los niños frente a las muertes violentas¹³⁶, la violencia sexual¹³⁷ y el trabajo infantil¹³⁸.

En todos estos casos, el Observatorio del Bienestar de la Niñez tiene en cuenta estadísticas que dan cuenta de la situación que analiza y de los indicadores cualitativos derivados de la política pública nacional. Si bien la aproximación que se evidencia en los informes del Observatorio del Bienestar de la Niñez muestra de manera sencilla las estadísticas del fenómeno en particular, no suele mostrar de manera concreta cómo la actividad del Estado ha sido determinante para que se presenten cambios en las estadísticas presentadas. Más allá de ello, no se puede desconocer que estos informes son un buen comienzo en la introducción de indicadores cuantitativos para analizar la materia.

3.1.3. Estándares electorales

La Corte de San José ha desarrollado dos categorías de indicadores cualitativos respecto de los estándares electorales¹³⁹. El primero de ellos se refiere a la celebración de las elecciones (periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio). El segundo de ellos se refiere a las características mismas del voto (universal, igual, secreto y expresión de la voluntad del pueblo). Respecto de estos indicadores hay dos sobre los que es interesante detenerse: el carácter libre de las elecciones y el voto como la expresión de la voluntad popular.

Del primero de ellos se puede decir que el carácter libre de las elecciones puede ser entendido como el desarrollo del proceso

¹³⁶ OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Muertes violentas de niños, niñas y adolescentes: Análisis del primer trimestre 2012 – 2013*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2013. Disponible en: www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/publicaciones?id=35 (Última consulta: 28 de noviembre de 2013).

¹³⁷ OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Protegiendo a la niñez de la violencia sexual*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2012. Una copia de este informe se puede consultar en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/publicaciones?id=25> (Última consulta, 28 de noviembre de 2013).

¹³⁸ OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Una doble mirada al trabajo infantil en Colombia*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2013. Este informe se encuentra disponible en la página del observatorio www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio/publicaciones?id=40 (Última consulta: 28 de noviembre de 2013).

¹³⁹ CorteIDH, YATAMA párr. 207.

electoral sin ningún tipo de presión u hostigamiento sobre el electorado, los participantes, los interesados o las autoridades encargadas de llevarlo a cabo. En ese orden de ideas, la violencia política que se produzca en un país puede ser una forma de determinar si, efectivamente, las elecciones que se realizan en el Estado son libres o no. Por el segundo de ellos se puede entender que unas elecciones sólo representan verdaderamente la expresión de la voluntad popular cuando ellas están exentas de fraude electoral¹⁴⁰.

En ese sentido, la violencia política y el fraude electoral pueden ser indicadores cualitativos determinantes para determinar el cumplimiento de las obligaciones positivas en materia electoral por parte de un Estado parte del Pacto de San José. Es allí donde el trabajo de la Misión de Observación Electoral (MOE)¹⁴¹ de Colombia, en relación con lo que denominan “riesgos electorales”, puede ser relevante.

Dicha organización ha desarrollado un análisis de dos tipos de riesgos electorales en los comicios que se desarrollan en Colombia. De una parte, los riesgos por violencia política y, de otra parte, los riesgos electorales. Los primeros se construyen a partir de variables tales como homicidios, secuestros, atentados y amenazas contra candidatos o servidores públicos cuya actividad está vinculada con el proceso electoral¹⁴². Ahora bien, de acuerdo a las definiciones de la MOE, también constituyen fenómenos de violencia política: la presencia de grupos armados ilegales en los municipios¹⁴³, sus acciones para interferir las elecciones,¹⁴⁴ el

¹⁴⁰ Planas define el fraude electoral como “*un atentado contra la libertad electoral (falta de equidad y de competitividad) y la transparencia de los comicios, destinado a distorsionar deliberadamente el ejercicio libre del sufragio y, por ende, la directa manifestación de la voluntad popular en las ánforas.*” En: *Diccionario Electoral*, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 493.

¹⁴¹ Para más información sobre el trabajo de esta organización, www.moe.org.co

¹⁴² La más reciente medición de la violencia política en el curso del proceso electoral en Colombia se puede encontrar en: Misión de Observación Electoral, *Mapas y Factores de Riesgo Electoral: Elecciones Locales y Regionales*, Bogotá, 2011, particularmente pp. 211 – 219. (MOE, *Mapas y Factores*, 2011)

¹⁴³ *Ibidem* pp. 220 - 236

¹⁴⁴ *Ibidem* pp. 237 – 249 (en relación con las guerrillas) y pp. 250 – 255 (en relación con los paramilitares).

desplazamiento forzado¹⁴⁵ y las violaciones a la libertad de prensa¹⁴⁶. En términos generales, es claro que todas estas variables podrían ayudar a determinar desde un punto de vista cuantitativo si el Estado cumple con el estándar convencional de elecciones libres.

De otra parte, los que la MOE denomina “riesgos electorales” o “anomalías electorales”¹⁴⁷ se construyen a partir de variables tales como participación electoral atípica¹⁴⁸, posibles anomalías en la manipulación de tarjetas electorales por la existencia atípica de votos nulos o tarjetas no marcadas¹⁴⁹ y concentración atípica de la votación en un solo candidato¹⁵⁰. Estas variables se relacionan de manera directa con el proceso electoral colombiano. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta que en Colombia el voto no es obligatorio, suelen haber unos índices más o menos constantes de abstención. Entonces, si bien desde un punto de vista democrático resulta deseable que en ese contexto en un municipio se presente una participación electoral superior al 95%, no deja de ser, en concepto de la MOE, sospechosa y, en consecuencia, atípica. Algo similar sucede con el riesgo de manipulación de tarjetas electorales.

Así, los indicadores de riesgo electoral pueden convertirse en indicadores que determinen si el Estado está cumpliendo o no con el estándar convencional que prevé que las elecciones deben ser la representación de la voluntad popular. Esto es así puesto que estos indicadores de “riesgo” están contruidos para determinar la susceptibilidad al fraude electoral en un Estado.

De una u otra forma, los indicadores desarrollados por la MOE muestran que, aunque en un comienzo se pueda pensar que

¹⁴⁵ *Ibidem* pp. 256 - 276

¹⁴⁶ *Ibidem* pp. 277 - 286.

¹⁴⁷ El análisis de los denominados riesgos electorales para las elecciones del Congreso de la República de Colombia también se encuentra en: Misión de Observación *Electoral, Mapas y Factores de Riesgo Electoral 2010: Elecciones de Congreso*, Bogotá, 2010. Igualmente, el análisis con respecto a las elecciones regionales se encuentra en MOE, *Mapas y Factores*, 2011, pp. 50 - 55.

¹⁴⁸ *Ibidem* pp. 56 - 104

¹⁴⁹ *Ibidem* pp. 105 - 154.

¹⁵⁰ *Ibidem* pp. 155 - 190.

los conceptos jurídicos no se prestan para ser medidos a través de indicadores cuantitativos, se han desarrollado metodologías que están encaminadas en ese sentido.

3.1.4. Atenuación de los efectos negativos del desplazamiento forzado

La CorteIDH determinó que los Estados estaban llamados a adoptar ciertas medidas para hacer frente a los efectos negativos que se desprenden del desplazamiento forzado¹⁵¹. Sobre este mismo tema, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una jurisprudencia interesante. Entre muchos fallos del juez constitucional nacional vale la pena resaltar la Sentencia T-025 de 2004¹⁵², a través de cual se declaró que la situación de la población desplazada en Colombia constituía un “estado de cosas inconstitucional” (ECI)¹⁵³.

Siguiendo lo expuesto por Ariza¹⁵⁴, se puede decir que hay cuatro elementos esenciales en la determinación de la existencia de un ECI. Primero, la existencia de un “indicador cuantitativo”¹⁵⁵ basado en la cantidad de acciones de tutela (amparos) presentadas por la ciudadanía relativas a una situación particular.

¹⁵¹ Véase, por ejemplo, CorteIDH, *Masacres de Río Negro*, párr. 174 y CorteIDH, *Masacre de Mapiripán*, párr. 179.

¹⁵² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, M.P. Manuel José Cepeda. No obstante, hay que señalar que con anterioridad a la sentencia citada, la Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre el fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia. Ejemplo de ello son las Sentencias: T-227 de 1997, del 5 de mayo de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); SU-1150 de 2000 del 30 de agosto de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-602 de 2003 del 23 de julio de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería). Para un análisis completo del rol de la Corte Constitucional colombiana en relación al fenómeno del desplazamiento forzado, véase RODRIGUEZ GARATIVO, C., y RODRIGUEZ FRANCO, D., *Cortes y cambio social: Cómo la Corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colección Dejusticia, Bogotá, 2010..

¹⁵³ La Corte Constitucional colombiana ha declarado la existencia de un ECI en distintos dominios como la seguridad social de los docentes (Sentencia SU-559 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en lo que respecta a la pensiones (T-068 del 5 de marzo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero) y la situación carcelaria (T-153 del 28 de abril de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁵⁴ Véase, ARIZA, L., “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia” En: BONILLA MALDONADO, D., (Ed.), *Constitutionalism of the global south: The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, pp. 129 – 159.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 141. Aunque hay que señalar que la definición de lo que constituye el indicador cuantitativo es bastante discutible.

Segundo, la verificación de la existencia de una violación estructural y sistémica de los derechos humanos que lleva a un desconocimiento generalizado de un derecho fundamental en concreto. Tercero, la imposibilidad de atribuir la violación a una sola entidad estatal, puesto que la fuente del desconocimiento del derecho fundamental es una falla estructural del Estado. Y, cuarto, la necesidad de adoptar medidas a través de políticas públicas para remediar la situación.

Ahora bien, lo que diferencia la Sentencia T-025 de 2004 de los otros fallos en los que la Corte Constitucional colombiana declaró la existencia de un ECI es que, por primera vez, la Corte decidió que su competencia jurisdiccional se extendía más allá de la simple expedición de la Sentencia. Para ello, la Corte se basó en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta para el ordenamiento colombiano el procedimiento de la acción de tutela, que establece que el juez *“mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”*. Entonces, puesto que la simple declaratoria de la existencia de un ECI ni restablece ni elimina las causas de la violación por sí sola, la Corte determinó que era competente para verificar y evaluar la acción del Estado como respuesta al fallo emitido.

En el marco de dicha verificación la Corte Constitucional ha adoptado un *“proceso de seguimiento periódico, público y participativo”*¹⁵⁶, en el cual los indicadores cuantitativos han sido un ingrediente central. Por ello, los Autos 109 de 2007, 233 de 2007 y 116 de 2008 merecen especial atención, ya que establecen de manera concreta los indicadores de goce efectivo de los derechos que se encuentran afectados por el desplazamiento forzado¹⁵⁷.

¹⁵⁶ RODRIGUEZ GARATIVO (C.) y RODRIGUEZ FRANCO (D.), *Óp. Cit.* pp. 85.

¹⁵⁷ Son muchos los derechos que se ven afectados por el desplazamiento forzado. Entre ellos la Corte Constitucional evalúa: vida, integridad física, libertad, vivienda, salud, educación, alimentación, generación de ingresos, identidad, estabilización socio-económica, reunificación familiar, seguridad personal, participación, restitución, rehabilitación. La evaluación se hace teniendo en cuenta un enfoque diferencial para poder determinar la situación de la niñez, las comunidades étnicas, las mujeres y los indígenas frente al desplazamiento forzado.

En efecto, el Auto 109 de 2007¹⁵⁸ adoptó un grupo de indicadores que sirven de base para evaluar la política pública colombiana frente al desplazamiento forzado. Estos indicadores se relacionan con los derechos a la vivienda (proporción entre subsidios de vivienda otorgados y subsidios efectivamente desembolsados, por ejemplo), salud (por ejemplo, proporción entre personas que solicitan apoyo psicosocial y quienes lo obtienen), educación (proporción de niños desplazados escolarizados, por citar sólo uno) y alimentación (como, por ejemplo, proporción de adultos mayores que cuentan con subsidios alimentarios), entre otros.

Posteriormente, el Auto 233 de 2007¹⁵⁹ adoptó algunos de los indicadores que habían sido rechazados por la Corte en el Auto 109 de 2007. Estos indicadores se relacionan con derechos a la vida (uno de los indicadores es la proporción de personas desplazadas víctimas de homicidio), integridad física (un indicador de esto es la cantidad de personas desplazadas que han sido víctimas de acciones contra su integridad) y la libertad (como, por ejemplo, la cantidad de secuestros extorsivos denunciados por personas desplazadas).

Finalmente, el Auto 116 de 2008¹⁶⁰ reevaluó y reajustó los indicadores establecidos en los autos anteriores y adoptó otros, particularmente aquellos que introducen el enfoque diferencial. Debido a su extensión no vale la pena enunciar todos los indicadores que actualmente sirven a la Corte Constitucional colombiana para pronunciarse sobre la política pública frente al desplazamiento forzado. Sólo hay que señalar que, casi 10 años después de la Sentencia T-025 de 2004, el ECI persiste.

Ahora bien, el control ejercido por la Corte Constitucional colombiana sobre la ejecución de la Sentencia T-025 de 2004 o es, sin duda alguna, muestra de cómo el análisis con fundamento en indicadores de la política pública que está vinculada al cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan de la

¹⁵⁸ Corte Constitucional Colombia, Auto 109 del 4 de mayo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁵⁹ Corte Constitucional Colombia, Auto 233 del 7 de septiembre de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁶⁰ Corte Constitucional Colombia, Auto 116 del 13 de mayo de 2008, M.P. Manuel José Cepeda

Convención Americana puede llevarse a cabo. Sin embargo, dicho control no es óbice para que la CorteIDH determine, en fallos futuros, que los avances en la materia son insuficientes a la luz de las obligaciones convencionales y, en consecuencia, condene nuevamente a Colombia.

A manera de conclusión de lo expuesto en esta parte se tiene que efectivamente se han desarrollado distintos mecanismos cuantitativos que pueden ser útiles al momento de medir algunos de los aspectos que se encuentran vinculados a las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana, tal y como han sido interpretadas por parte de la CorteIDH.

Ahora bien, hay que señalar que si bien los indicadores señalados en esta sección no se fundamentan directamente en nociones o conceptos que se encuentran desarrollados en la jurisprudencia interamericana, no se ven razones por las cuales estos, u otros similares, no puedan ser tenidos en cuenta por la CorteIDH al momento de determinar si un Estado está cumpliendo cabalmente con las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana.

Los indicadores cuantitativos podrían complementar de manera interesante los indicadores cualitativos que ya ha desarrollado la Corte de San José en lo que se refiere a las obligaciones positivas. Esto sería posible puesto que, al ser principalmente obligaciones de medio, las obligaciones positivas tienen un componente de diligencia que hace que el comportamiento del Estado pueda ser medido en función al espectro que se forma entre cumplimiento e incumplimiento.

El desarrollo de indicadores cuantitativos no está exento de dificultades. Sin embargo, dichas dificultades pueden ser mitigadas de distintas maneras. Una de las dificultades principales es la que se refiere a la manipulación de las cifras por parte del Estado. Frente a esto, vale la pena tener en cuenta que tanto organizaciones de la sociedad civil como instituciones estatales se han preocupado por desarrollar indicadores cuantitativos para medir diversos fenómenos que tienen una relación, así sea indirecta, con las obligaciones positivas que se derivan del Pacto de San José. En ese sentido, la multiplicidad de fuentes de indicadores

cuantitativos permite que, en caso de divergencia, pueda procederse a un contraste que permita esclarecer las razones, sean metodológicas o políticas, por las cuales el Estado y la organización de la sociedad civil llegan a conclusiones diferentes al analizar un mismo fenómeno.

Otra dificultad, esta sí insuperable, es la imposibilidad de desarrollar indicadores cuantitativos para todas las obligaciones positivas que se derivan de la Convención Americana, como es el caso de la reparación integral. No obstante, pareciera que la dificultad o imposibilidad de desarrollar indicadores cuantitativos en un aspecto sea un argumento suficientemente válido para desechar por completo el desarrollo de indicadores de este tipo.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La doctrina de las obligaciones positivas que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de San José, en su condición actual, no se presta para que los Estados determinen si cumplen o no con todas sus obligaciones convencionales. Esto se debe a que dicha doctrina se encuentra fundamentada en categorías de análisis abstractas, subjetivas y ambiguas. Por ello, en este escrito se reflexionó sobre la posibilidad de crear indicadores *cuantitativos* para la medición de las obligaciones positivas que han sido desarrolladas por la CorteIDH y de cómo podrían ayudar para la consolidación y concreción de la jurisprudencia de interamericana.

De este análisis, resulta claro que, a pesar de la dificultad de incorporar la lógica de los indicadores cuantitativos al discurso de los derechos humanos, si la Corte de San José decide incorporarlos al análisis de las obligaciones positivas podría desarrollar con mayor detalle lo que éstas significan y lo que se espera concretamente de los Estados a la luz de la Convención Americana..

Esto es así puesto que la introducción de indicadores cuantitativos al análisis de las obligaciones convencionales uno podría suponer que la ambigüedad de las formulaciones de las obligaciones positivas sería menor. De esta forma, aumentaría de manera considerable la predictibilidad de los fallos y, por sobre todo, éstos se basarían en categorías de análisis objetivas y medibles y no en categorías subjetivas.

Ahora bien, no todas las obligaciones positivas que se derivan del Pacto de San José se prestan para ser medidas de manera cuantitativa. En efecto, como se vio anteriormente, la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos está compuesta por dos indicadores cualitativos que, por ahora, no se pueden traducir en términos cuantitativos. Esto es así puesto que la reparación por el daño moral y las medidas simbólicas de reparación no pueden, aún, ser medidas con criterios cuantitativos.

Adicionalmente, aunque al interior de los Estados se hayan desarrollado metodologías de seguimiento del cumplimiento de las obligaciones, tales como las que ha adoptado la Corte Constitucional colombiana para evaluar la situación del desplazamiento forzado, dichas metodologías no garantizan que esos avances sean evaluados de la misma manera (positiva o negativa) por la Corte de San José al momento de analizar la misma situación.

En dicha circunstancia, se presentaría una divergencia entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción regional. No obstante, se puede pensar que en la medida que el razonamiento de una de las Cortes se encuentre basado en criterios objetivamente observables, la probabilidad de llegar a conclusiones divergentes se verá reducida.

Es claro que el hecho que algunas de las obligaciones que se derivan del Pacto de San José no sean, por ahora, cuantitativamente analizables no quiere decir que ninguna obligación se pueda analizar de esta manera. En este escrito se presentaron algunas reflexiones iniciales sobre cuáles podrían ser algunos de los indicadores *cuantitativos* que se pueden tener en cuenta al momento de determinar el cumplimiento de los Estados de las obligaciones positivas que se derivan del Pacto de San José.

Dichos indicadores no han sido propuestos con la intención de reemplazar la existencia de indicadores *cualitativos* que ya ha desarrollado la CorteIDH en la materia. Por el contrario, los indicadores aquí señalados, y otros que se pueden desarrollar, podrían complementar el de por sí ya rico análisis realizado por la Corte de San José. Esto en el entendido que “[l]a interpretación de los tratados seguirá siendo primordialmente un ejercicio

*jurídico; su calidad, no obstante, puede mejorarse asegurándole la mejor base objetiva posible*¹⁶¹.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

(Selección)

- ANTKOWIAK, T., "Remedial approaches to Human Rights violations: the Inter-American Court of Human Rights and Beyond" *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, 2007-2008, pp. 351 - 419.
- AKANDJI-KOMBE, J-F., *Les obligations positives en vertu de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Un guide pour la mise en œuvre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Direction Générale des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Précis sur les Droits de l'Homme No. 7, 2006.
- ARIZA, L., "The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia" En: BONILLA MALDONADO, D., (Ed.), *Constitutionalism of the global south: The activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, pp. 129 - 159.
- BALUARTE, D., "Strategizing for Compliance: The evolution of a compliance phase of Inter-American Court litigation and the strategic imperative for victims' representatives." *American University International Law Review*, Vol. 27, 2012, pp. 263-473.
- BASCH, F., "The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding States' duty to punish human rights violations and its dangers", *American University International Law Review*, vol. 23, 2007 - 2008, pp. 195 - 229.
- BAZAN, V., "Control de Convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos", En: VON BOGDANDY, A, PIOVESAN, F., MOREALES ANTONIAZZI, M. (Coords), *Estudos Avançados de Direitos Humanos*, El Sevier, 2013, pp. 590 - 616.
- BECKER, G., "The economic way of looking at life", *Nobel Lectures*, Economics 1991-1995, Ed. Torsten Persson, World Scientific Publishing Co., Singapur, 1997.

¹⁶¹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Indicadores de derechos humanos - Guía para la medición y aplicación*, Nueva York - Ginebra, 2012, pp. 29.

- BURGORGUE-LARSEN, L.; UBEDA DE TORRES, A., *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2008.
- CANDLER, J., HOLDER, H., HOSALI, S., PAYNE, A., TSANG, T., y VIZARD, P., *Human Rights Measurement Framework: Prototype panels, indicator set and evidence base*, Equality and Human Rights Commission, Research Report 81, 2011.
- DULITZKY, A., "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", *Anuario de Derechos Humanos*, No. 3, 2007, pp. 15-32.
- GARCIA-RAMIREZ, S., "El control judicial interno de convencionalidad", En: VON BOGDANDY, A, PIOVESAN, F., y MOREALES ANTONIAZZI, M., (Coords), *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*, El Sevier, 2013, pp. 557 - 589.
- GREEN, M., "What we talk about when we talk about indicators: current approaches to human rights measurement", *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, 2001, pp. 1062 - 1097.
- MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana; Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Universidad de Chile, 2003, pp. 21- 26.
- HAWKINS, D. y JACOBY, W., "Partial compliance: a comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights." *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, 2010, pp. 35 - 85.
- HUNEEUS, A. "Courts resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's to enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011. 493 - 533.
- Misión de Observación Electoral, *Mapas y Factores de Riesgo Electoral: Elecciones Locales y Regionales*, Bogotá, 2011, particularmente pp. 211 - 219. (MOE, *Mapas y Factores*, 2011)
- Misión de Observación Electoral, *Mapas y Factores de Riesgo Electoral 2010: Elecciones de Congreso*, Bogotá, 2010.
- RODRIGUEZ GARATIVO, C., y RODRIGUEZ FRANCO, D., *Cortes y cambio social: Cómo la Corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colección Dejusticia, Bogotá, 2010, 290 p.
- OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Vulnerabilidad, reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2012.
- _____, *Análisis de tendencias: Programa de Atención Especializado a Niños, Niñas y Adolescentes que se Desvinculan de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML); Abril -*

- Junio 2013*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2013.).
- _____ *Un camino lleno de minas: niños y niñas víctimas de minas antipersonal*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Cuarta Edición, Bogotá, 2012.
- _____ *Muertes violentas de niños, niñas y adolescentes: Análisis del primer trimestre 2012 - 2013*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2013.
- _____ *Protegiendo a la niñez de la violencia sexual*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2012.
- _____ *Una doble mirada al trabajo infantil en Colombia*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2013.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Indicadores de derechos humanos - Guía para la medición y aplicación*, Nueva York - Ginebra, 2012.
- RUIZ-CHIRIBOGA, O. "The Conventionality Control: examples of (un)successful experiences in Latin America", *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 3, 2010, No. 1-2, pp. 200 - 219.
- SELTZER, W. y ANDERSON, M., "The dark side of the numbers: the role of population data systems in human rights abuses", *Social Research*, Vol. 68, No. 2, 2001, pp. 481-513.
- SUDRE, F., "Les 'obligations positives' dans la jurisprudence Européenne des Droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1995. p. 363.
- TITTEMORE, B., "Ending impunity in the Americas: the role of the Inter-American Human Rights System in advancing accountability for serious crimes under international law", *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, Vol. 12, 2005-2006, pp. 429 - 475.

5

LA VULNERABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ESBOZO DE UNA TIPOLOGIA

Rosmerlin Estupiñan-Silva*
Universidad Paris I

«La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre»**

Sentencia de *Ximenes Lopes v. Brasil*, 4 de julio de 2006, § 103.

* Este texto es una adaptación del artículo (en francés) terminado en septiembre de 2013 que forma parte de la colección "Cahiers Européens" 2014 de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, editado por Pedone, bajo la dirección de la profesora Dr. Laurence Burqorque-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges*. Mil gracias a Juana Ibañez-Rivas del GEDILAS y al doctor Juan Fernandez-Manjarrés del Laboratorio de Ecología, Sistemática y Evolución (ESE) de la Universidad Paris-Sud por los enriquecedores intercambios transdisciplinarios. Contacto: rosmerlin.estupinan@yahoo.com ; rosmerlin.estupinansilva@sciencespo.fr

** La jurisprudencia interamericana se encuentra disponible en español y en inglés en el sitio oficial: www.corteidh.or.cr.

RESUMEN

¿Cómo se inserta la noción de vulnerabilidad dentro de un análisis de indicadores de derechos humanos y políticas públicas? Nuestro análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos busca aportar una respuesta relativa a dos puntos fundamentales: las variables de contexto que definen las vulnerabilidades y la delimitación del sujeto vulnerable en sí mismo. Estas categorías de delimitación pueden ser importantes en particular en el seno de sociedades que no tienen una política pública en materia de acceso a los derechos humanos. Por lo tanto, vamos a abordar un test de vulnerabilidad jurídica a partir tres elementos que ya integran el análisis de la vulnerabilidad en las ciencias naturales y aplicadas: las categorías contextuales, la exposición a presiones variables y los grados diversos de sensibilidad a la amenaza por la condición personal o por la situación específica de individuos y de grupos así definidos como sujetos vulnerables. Nuestro aporte en el estudio de los indicadores de derechos humanos y políticas públicas es, en este sentido, la presentación de la síntesis interamericana de una tipología de la vulnerabilidad en construcción, pues creemos que la jurisprudencia interamericana juega un papel fundamental de capacidad de adaptación y de resiliencia de estos sujetos a través de su influencia en la transformación de las políticas públicas de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo entero las cortes hablan de vulnerabilidad a pesar de la extrañeza jurídica del concepto. El concepto exhibe una actualidad desbordante en varias temáticas esenciales como el cambio climático, el desarrollo y las catástrofes naturales y humanas, donde sus elementos conceptuales han sido ampliamente desarrollados¹. A lo largo de este texto, tenemos la

¹ ADGER, N; AGRAWALA, S; MIRZA, MMQ; CONDE, C; O'BRIEN, K; PULHIN, J; PULWARTY, R; SMIT, B; & TAKAHASHI, K, "Assessment of adaptation practices, options, constraints and capacity", en PARRY, M; CANZIANI, O; PALUTIKOF, J; VAN DER LINDEN, P; & HANSON, C (eds.) *Climate Change. Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the*

intención de poner en evidencia el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH) y aunque ella no ha calificado como tal su actuación, defendemos que está construyendo un “test de vulnerabilidad” que ha venido evolucionando caso por caso.

Partimos del hecho de que la vulnerabilidad se refiere a los sistemas naturales de la misma manera que a los sistemas humanos; por lo tanto, la existencia de migraciones conceptuales transdisciplinarias es altamente probable. Por lo tanto, analizaremos cómo el enfoque de la Corte IDH refleja con detalle los elementos presentes en la definición de las ciencias aplicadas en materia de vulnerabilidad, es decir, cómo los componentes de la “teoría de la vulnerabilidad de sistemas” han sido integrados en la construcción del “test de vulnerabilidad” de la Corte IDH.

La delimitación conceptual de las ciencias aplicadas arroja tres elementos de base que creemos útiles en la identificación de una tipología de la vulnerabilidad construida por el juez interamericano: las causas subyacentes, las circunstancias (exposición) y las características (sensibilidad), con el fin de identificar el conjunto de los atributos del sujeto vulnerable. Estos elementos de definición serán presentados en un acápite de conceptos preliminares **(2)** y desarrollados en los acápites posteriores para obtener un esbozo de tipología jurídica.

Para tal efecto, serán estudiadas la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH así como su proceso de interpretación jurídica. Es un hecho patente que el método universal de interpretación² es utilizado con fuerza por el juez

Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, University Press, Cambridge, 2007, pp. 717-743.

² La Corte IDH sentó las bases de un método de interpretación universal de muy largo alcance en el marco de su función consultiva [OC-1/1982]. En materia contenciosa, la jurisprudencia interamericana está marcada por la apertura hacia fuentes externas al sistema con fines de interpretación de la Convención. El universalismo jurídico del juez interamericano tiene fundamentos convencionales precisos: el artículo 1-1 consagra la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos convencionales, el artículo 2 establece el deber estatal de adecuar el derecho interno y el artículo 29 prohíbe expresamente una interpretación restrictiva de los derechos convencionales estableciendo la superioridad del principio *pro homine (pro personae)* o *favor libertatis*. Para un análisis del método universal de interpretación aplicado a los pueblos indígenas y tribales, v. ESTUPIÑAN-SILVA R & IBAÑEZ-RIVAS J, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en *Derechos*

interamericano³ y creemos que este método juega un papel importante en la construcción de la noción de vulnerabilidad en el seno del sistema interamericano de derechos humanos.

Así, en el acápite **(3)** serán estudiados los *contextos* de la vulnerabilidad a partir de dos elementos del test: las causas subyacentes (condiciones de acceso y elementos estructurales del sistema) y las circunstancias de exposición a la amenaza de violación de derechos convencionales.

Después de identificar las causas y el grado de exposición a las violaciones convencionales padecidos por ciertos individuos o grupos, en el acápite **(4)** develaremos la sensibilidad en función de su fragilidad física o social. Se trata, de hecho, de los últimos componentes del "test de vulnerabilidad" en construcción, que nos servirán para obtener un esbozo de tipología de la vulnerabilidad entendida por el juez interamericano a partir de la condición personal y de la situación específica del sujeto vulnerable.

Finalmente, a manera de conclusiones, en el acápite **(5)**, desarrollamos un concepto indispensable a la noción de vulnerabilidad: la resiliencia. En efecto, creemos que cuando la Corte IDH se refiere al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante: Convención Americana), los jueces interamericanos están concentrando sus esfuerzos en incidir en las políticas públicas del Estado para introducir respuestas en términos de reparación y garantías de no repetición (para el caso preciso), pero también en términos de adaptación prospectiva, esto es, de disminución de la vulnerabilidad futura (*resiliencia*)⁴. Este elemento, a nuestro entender pone en evidencia el papel que juega el propio juez interamericano en la capacidad de dichas personas o grupos para

humanos de los grupos vulnerables, Valdivia, Universidad Austral de Chile, próximamente en 2014

³ BURGORGUE-LARSEN, L, « Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien' », en DUBOUT, E & TOUZE, S (dir.), *Les droits fondamentaux. charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, París, pp. 91-115 ; HENNEBEL, L, «La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme», en *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, en HENNEBEL L & TIGROUDJA H (dir.) Pedone, París, 2009, pp. 75-119, p. 80.

⁴ Los términos "recuperación", "adaptación prospectiva" y "resiliencia" ha sido definidos por las Naciones Unidas como parte de la prevención de desastres. UN, doc. 7817(2009), *op. cit.* pp. 4, 26, 28.

“salir adelante” o “superarse” después de las violaciones convencionales padecidas.

2. ELEMENTOS CONCEPTUALES

La vulnerabilidad en ciencias aplicadas es definida como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (la exposición) de una persona o de un grupo a una amenaza, incluido el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso⁵. La vulnerabilidad así definida depende del conjunto de los elementos que derivan de la situación o la condición de una persona o de un grupo.

El término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con respecto a una amenaza particular subyacente. Las ciencias aplicadas han coincidido históricamente en afirmar que solo es posible hablar de un grado de vulnerabilidad desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su intensidad particular, de su frecuencia y de su duración⁶.

La relevancia de la delimitación del concepto de vulnerabilidad es de hecho ampliamente abordada en el medio científico⁷ y aunque algunos de sus componentes puedan ser interpretados de modo diferente⁸, sus elementos estructurales resurgen sistemáticamente en la doctrina, a saber: las causas, la sensibilidad, la exposición, la amenaza y el riesgo en sí mismo.

Las ciencias aplicadas han hecho de la vulnerabilidad un concepto central asociado a la prevención de desastres. Siguiendo la cronología establecida por Lampis para América Latina, esta

⁵ UN, doc. 7817 (2009), *Terminología sobre reducción del riesgo de desastres*, United Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR), p. 34 ; BLAIKIE, P; CANNON, P; DAVIS, I; & WISNER, B. *Vulnerabilidad: el entorno social, político y económico de los desastres*, Tercer mundo editores, Bogotá, 1996 (e.o: 1994 At risk), p. 89; AGUAYO, F, *Sustentabilidad y desarrollo ambiental*, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2007, p. 134.

⁶ BLAIKIE, P; CANNON, T; DAVIS, I; & WISNER, B, *op. cit.*, p. 92.

⁷ eq. ADGER, N “Social Vulnerability to Climate Change and Extremes in Coastal Vietnam”, *World Development*, vol. 27(2), 1999, pp. 249-269; ALWANG, J; SIEGEL, P; & JØRGENSEN, S, “Vulnerability: A View from Different Disciplines”, *World Bank- Social Protection Discussion Paper Series*, n° 0115, 2001, pp. 1-42; BROOKS, N, “Vulnerability, Risk and Adaptation: A Conceptual Framework”, *Tyndall Centre for Climate Change Research*, 2003, vol. 38, pp. 1-16.

⁸ eq. ADGER, N, PAAVOLI, J; HUO, S; & MACE, M.J. (eds.) *Fairness in Adaptation to Climate Change*, MIT Press, Cambridge, 2006, 335 pp.; ADGER, N; AGRAWALA, S; MIRZA, MMQ; CONDE, C.; O'BRIEN, K; PULHIN, J; PULWARTY, R; SMIT, B; & TAKAHASHI, K, *op.cit.*, pp. 717-743.

evolución conceptual asociada a los desastres mayores sufridos por el continente integró a las causas, en los años noventa, el fenómeno social resultante de las desigualdades en el acceso y la distribución de recursos y de oportunidades⁹.

Por su parte, como reflejo de la vulnerabilidad futura, a partir del siglo XXI, los estudios científicos se han concentrado en la capacidad de adaptación de las personas que enfrentan dichas amenazas, incorporando las políticas públicas como condición necesaria para la reducción del riesgo. Dado que el riesgo, según las Naciones Unidas es “la combinación de la probabilidad de un evento y sus consecuencias negativas”, esto es, la persistencia de amenazas en un periodo de tiempo o en un territorio dado¹⁰, es claro que el riesgo solo puede disminuir a partir de la reducción de la vulnerabilidad frente a la amenaza.

La capacidad de adaptación se encuentra fuertemente relacionada con la sensibilidad (“grado de respuesta frente a la perturbación externa”) de un sistema frente a las amenazas externas. En efecto, el sistema es menos vulnerable si la sensibilidad es baja y si la capacidad de absorber la perturbación es importante¹¹. Esta capacidad de adaptación se aproxima en gran medida al concepto de *resiliencia* de sistemas¹².

El término resiliencia proviene del latín *resilire*, que significa “rebotar”. El diccionario español oficial en su versión actual habla de la resiliencia en su doble significado como “capacidad humana de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas” y como “capacidad de un material elástico para absorber y almacenar energía de deformación”. La resiliencia de los sistemas humanos ha sido definida por las Naciones Unidas a partir de

⁹ De hecho, para el autor además de la política de prevención de desastres naturales, el mercado de los seguros fue el segundo factor de impulso de la conceptualización de la vulnerabilidad en los años 1990. LAMPIS, A “Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático: debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición”, *Cuadernos de Geografía- Revista Colombiana de Geografía*, vol. 22, nº 2, 2013, pp. 17-33, pp. 19-22.

¹⁰ UN, doc. 7817(2009), *op. cit.*, pp. 27.

¹¹ *Ibid.*

¹² La resiliencia en el marco de las catástrofes es definida como “La capacidad de un sistema, comunidad o sociedad expuestos a una amenaza para resistir, absorber, adaptarse y recuperarse de sus efectos de manera oportuna y eficaz, lo que incluye la preservación y la restauración de sus estructuras y funciones básicas”. UN, doc. 7817 (2009), pre-citado, pp. 27.

elementos concretos: 1) la capacidad de resistir, absorber, adaptarse y corregir los efectos de un peligro, 2) el carácter oportuno del tiempo requerido para esto , y 3) la eficacia de la acción llevada a cabo¹³.

Así pues, como herramientas conceptuales, en el análisis que abordaremos haremos uso de los elementos de la vulnerabilidad estudiada por las ciencias aplicadas sin pasar por alto elementos sociológicos, antropológicos y económicos¹⁴, escalas diferentes (eg., individual y de grupo, estatal e internacional) y un gran número de variables propias a las ciencias sociales¹⁵.

Para efectos metodológicos, “la amenaza”, en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH será definida como la violación convencional alegada por la víctima presunta. Esta delimitación conceptual está justificada porque en el seno del sistema se efectúa un filtro considerable de peticiones¹⁶; en consecuencia, la Corte IDH debe conocer únicamente los casos que presentan un grado de gravedad superior a la media de las violaciones de los derechos humanos en el seno de los Estados Parte, tomando en consideración su magnitud, intensidad y duración¹⁷.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ GONZÁLEZ GALVÁN, J.A.; HERNÁNDEZ, M.P. & SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario” en VALADÉS, D; GUTIÉRREZ RIVAS, R (eds.) *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2001, pp. 225-243, pp. 225-227.

¹⁵ Las variables más estudiadas por la doctrina social y jurídica del continente americano desde los años 1990, y todavía con más fuerza desde el año 2000, son las variables físicas, culturales, económicas y de género. *Ibid.*, p. 228; FINEMAN, M.A. “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, 2008, pp. 1-23; PARLEY, F.F. “What does vulnerability means?” *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 39, pp. 266–276.

¹⁶ Es útil recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene el papel de filtrar las peticiones individuales. Además, es el único órgano competente para presentar dichas peticiones ante la Corte IDH, en virtud de los artículos 46-51 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

¹⁷ Con la influencia de las ciencias sociales, las ciencias aplicadas comienzan a definir la amenaza más allá del propio fenómeno físico, y del peligro que resulta de ella, es decir, de la existencia de un promedio superior al registrado por los fenómenos conocidos, en términos de magnitud, intensidad o duración *vis-à-vis* los grupos humanos dados. LAVELL, A “Desempacando la adaptación al cambio climático y la gestión del riesgo. Buscando las relaciones y las diferencias: una crítica y construcción conceptual y epistemológica”, en *Proyecto UICN-FLACSO sobre Gestión del Riesgo y Adaptación al Cambio Climático*, Red para el Estudio Social de la Prevención de Desastres en América Latina, 2011, 45 pp., p. 15.

De la misma manera, en el caso de las violaciones de derechos humanos evocadas durante este estudio, la capacidad de adaptación (como resiliencia) estará vinculada al seguimiento institucional y personal de las víctimas de dichas violaciones con el fin de que reconstruyan su vida y puedan comenzar una experiencia diferente en el respecto de sus derechos.

Finalmente, no pasamos por alto que la doctrina jurídica a menudo señala una dicotomía entre la noción liberal de vulnerabilidad como un elemento inherente a todos los seres humanos y una noción de vulnerabilidad centrada en la necesidad y la dependencia de ciertos individuos o grupos¹⁸. En este sentido, acogemos los desarrollos de autores como Fineman, quien defiende la noción de vulnerabilidad como respuesta a las debilidades del modelo liberal de la igualdad¹⁹, en particular en el seno de sociedades que no tienen una política pública en materia de acceso a los derechos sociales y económicos²⁰. Y por ello, nuestro análisis de un test de vulnerabilidad en construcción apunta a llenar vacíos detectados por autores como Chapman y Carbonetti, quienes afirman que “pese al compromiso para con la protección de los individuos y los grupos vulnerables y desfavorecidos, los derechos humanos no cuentan con una teoría central o con un marco teórico para hacerlo”²¹.

¹⁸ ANDERSON, M.B. “El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 19 n° 124, 1994, pp. 336-341

¹⁹ FINEMAN, M.A., *op. cit.*, pp. 3-5.

²⁰ FINEMAN, M.A., “The Vulnerable Subject and the responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, pp. 251-275, p. 254.

²¹ CHAPMAN, A.R; & CARBONETTI, B. “Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 33, 2011, pp. 682-732, p. 683; De manera similar, Peroni y Timmer afirman que “el concepto de los grupos vulnerables está tomando fuerza en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en particular relativo “al pueblo romaní, a las personas con discapacidad, a las personas que viven con el VIH y a los solicitantes de asilo”. PERONI, L & TIMMER, A, “Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, (próximamente 2014).

3. LA VULNERABILIDAD ENTENDIDA A TRAVÉS DE SU CONTEXTO

El test de la vulnerabilidad comienza con el estudio del contexto en el que las violaciones convencionales ocurren. Dicho contexto será analizado a partir de las causas subyacentes como reenvíos a las circunstancias históricas, políticas y sociales de las violaciones convencionales (3.1) y a partir de otros elementos estructurales de presión que pueden determinar el grado de afectación de los derechos en cuestión, cuyo papel varía de un caso a otro (3.2).

3.1. El comienzo del test de vulnerabilidad: Las causas subyacentes

La Corte IDH reconoce que la vulnerabilidad está alimentada por ciertas situaciones *de jure* (eg. las desigualdades ante la ley entre nacionales y extranjeros) y *de facto* (eg. desigualdades estructurales) que tendrán consecuencias decisivas en acceso a los recursos públicos²².

3.1.1. La limitación en el acceso a los derechos convencionales

La vulnerabilidad es una consecuencia del reconocimiento explícito de que, en la práctica, los derechos y obligaciones no se distribuyen por igual entre la población en América Latina. Aunque la distribución de los recursos del Estado se garantiza a través del acceso a los derechos, *de facto* esto depende de factores sociales y económicos, que incluyen el género, el origen étnico, la condición social y la edad entre otros.

Las posibilidades reales de ejercicio de los derechos dependen de lo que la doctrina de las ciencias aplicadas llamada las "calificaciones de acceso"²³, es decir, el conjunto de atributos sociales necesarios para aprovechar las oportunidades de acceso a los derechos. Por supuesto, los atributos sociales son variables y dependen de la conducta social en vigor. Cada oportunidad de ejercicio de los derechos tiene sus propios resultados, y esto

²² CorteIDH, *Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 septiembre 2003 (en adelante: OC-18/03), párr.112.

²³ BLAIKIE, P; CANNON, T; DAVIS, I; & WISNER, B, *op.cit.*, pp. 89.

explica el deber del Estado de adaptar el sistema a las particularidades específicas de las personas bajo su jurisdicción, con especial atención en las franjas sociales más vulnerables.

Así, desde su primera sentencia en *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, la Corte IDH se interesó de manera explícita en las dinámicas de exclusión en el seno de los Estados, en particular aquellas que afectan a individuos o grupos de personas en situación de riesgo. Trátese, por ejemplo, de *“la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás”*²⁴, de la denegación del acceso a los servicios de urgencia en salud cuando el solicitante se encuentra bajo la custodia del Estado²⁵, o de límites desproporcionados en el acceso al juez²⁶, incluso cuando dicha limitación deriva de un estatuto de capacidad relativa en el goce de los derechos ligada a la edad²⁷.

Del mismo modo, en el marco del análisis relativo a los pueblos indígenas, por ejemplo, el juez interamericano destacó escenarios multiplicadores de la vulnerabilidad como *“la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso”*²⁸.

Este análisis de la exclusión en el acceso a los derechos convencionales es el primer elemento del test de vulnerabilidad y uno de los puntos de contacto más importantes con la cláusula de no discriminación del artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana.

²⁴ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 julio 1988, párr.68.

²⁵ CorteIDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, 19 mayo 2011, párr.42 ; CorteIDH, *“Instituto de Reeducación del menor” vs. Paraguay*, 2 septiembre 2004, párr.159.

²⁶ CorteIDH, *Mohamed vs. Argentina*, 23 noviembre 2012, párr.92.

²⁷ CorteIDH, *Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño*, OC-17/02, 28 agosto 2002, (en adelante: OC-17/02), párr.10.

²⁸ CorteIDH, *Rosendo Cantu et al. vs. México*, 31 agosto 2010, párr.70.

La Corte IDH ha reiterado recientemente a este respecto que “el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”²⁹. En otros términos, toda dinámica de exclusión en el acceso y disfrute de los derechos de la Convención, viola la obligación positiva de garantía contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y, cualquier protección desigual derivada del derecho interno o de su aplicación debe ser considerada a la luz del artículo 24 de la citada Convención³⁰.

El fracaso del Estado en sus obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos convencionales (art. 1.1 de la Convención) converge con la negligencia en el cumplimiento del deber de adecuar la legislación interna (artículo 2 de la Convención) para establecer otros elementos estructurales que refuerzan el contexto de vulnerabilidad estudiado por el juez interamericano (3.1.2).

3.1.2. Los elementos estructurales del sistema estatal

En el marco del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte IDH ha señalado en varias ocasiones el deber de adaptación del derecho interno de los Estados conforme a las necesidades específicas de las personas o los grupos de personas. La discriminación estructural o histórica contra la mujer³¹, el trato desfavorable hacia las minorías sexuales³², el desprecio de la identidad cultural múltiple de los habitantes³³ o el riesgo

²⁹ CorteIDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, 24 febrero 2012, párr.82.

³⁰ En este sentido, la Corte IDH, tiene una jurisprudencia constante que fomenta las políticas públicas de diferenciación positiva (por ejemplo, medidas de protección, procedimientos apropiados) a fin de obtener el *effet utile* de la Convención Americana *vis-à-vis* las personas o los grupos vulnerables. eq. CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010, párr.170, 257; CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, 31 agosto 2012, párr.134; CorteIDH, *Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, 28 noviembre 2012, párr.292.

³¹ *Ibid.*; CorteIDH, *González et al. (Campo Algodonero) vs. México*, 16 noviembre 2009, párr.171-172.

³² *Ibid.* párr.408; CorteIDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, pre-citado, párr.91-92.

³³ CorteIDH, *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, 15 junio 2005, párr.99-100 ; CorteIDH, *Comunidad Indígena de Yakve Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005, párr.51; CorteIDH, *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 29 marzo 2006, párr.59-60, 89, 95.

estructural de algunos miembros de la población civil (eg. los defensores de derechos humanos)³⁴, son algunos de los ejemplos más recurrentes de incapacidad de los sistemas estatales, donde la Corte IDH ha impuesto severas reformas.

La Corte IDH dará a las dinámicas de exclusión estructural una dimensión ideológica, diferente según el contexto histórico de cada Estado³⁵. En su enfoque interpretativo de los elementos estructurales, el juez interamericano utilizará a menudo documentos de las Naciones Unidas, una institución que, desde finales del siglo XX, ha dedicado una atención mayor a las condiciones de vida de los grupos vulnerables³⁶.

Por lo mismo, es evidente que el juez interamericano ha tomado nota de los “prejuicios culturales” entre las causas que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, entre ellos “los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo” en el caso de los migrantes³⁷ y los fuertes estereotipos persistentes contra las mujeres³⁸ y las identidades sexuales minoritarias³⁹. En efecto, la literatura científica ya ha demostrado que ciertos estereotipos pueden ser considerados como causas de la vulnerabilidad, ya que aumentan la sensibilidad y la exposición de los grupos minoritarios frente a la amenaza de violación de sus derechos⁴⁰. Por su parte, la Corte IDH ha establecido que estos estereotipos obstaculizan la integración de los grupos vulnerables en el seno de la sociedad y facilitan la impunidad de las violaciones de los derechos humanos cometidas en su contra⁴¹.

³⁴ eq. CorteIDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, 27 noviembre 2008, párr.87; CorteIDH, *Cepeda Vargas vs. Colombia*, 21 mayo 2010, párr.172.

³⁵ CorteIDH, OC-18/03, pre-citado, párr.112.

³⁶ *Ibid.*, párr.116 y 164. Estos párrafos incluyen en el análisis de la CIDH: El *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* (El Cairo, 1994) y la *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* (Durban, 2001).

³⁷ *Ibid.*, párr.113.

³⁸ CorteIDH, *González et al. (Campo Algodonero) vs. México*, pre-citado, párr.151, 164, 401.

³⁹ CorteIDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, pre-citado, párr.109, 111.

⁴⁰ eq. STEELE, C; & ARONSON, J, “Stereotype threat and the intellectual performance of African-Americans”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 69, 1995, pp. 797-811; BLAIKIE, P; CANNON, T; DAVIS, I; & WISNER, B, *op. cit.*, p. 77.

⁴¹ CorteIDH, OC-18/03, pre-citado, párr.113.

Es importante entender las causas de la vulnerabilidad de los individuos y grupos de personas dentro del Estado, ya sea debido a un acceso limitado a los derechos y a los servicios o debido a elementos ideológicos, políticos y culturales. No obstante, la vulnerabilidad no se estructura totalmente a partir de sus causas. El juez interamericano también ha considerado un segundo elemento relacionado con la presión social variable en el seno de los Estados (3.2).

3.2. El segundo factor contextual: la exposición a presiones variables

La vulnerabilidad se delimita en función de una progresión, a partir de las causas subyacentes y hacia los grados de exposición por acción (3.2.2) o por omisión (3.2.1) hasta abordar las condiciones de riesgo (inseguridad) cuya intensidad es variable. Una vez más, encontramos huellas indelebles de la transdisciplinariedad del juez interamericano y de su método de interpretación universal, porque esta identificación de la vulnerabilidad a partir de las presiones dinámicas ha sido ampliamente validada en la literatura científica desde principios de 1990⁴².

3.2.1. Por omisión: la ausencia institucional

Como parte del análisis de los derechos de los niños, la Corte IDH ha precisado que la ausencia de medidas de protección, que constituye la base para el disfrute de una vida digna, es uno de los factores que aumentan la vulnerabilidad de los niños (toda persona menor de 18 años)⁴³. Esta falta se verifica a partir de la insuficiencia en las políticas adecuadas dentro de las instituciones educativas y salud⁴⁴. De hecho, esas lagunas ejercen presiones variables sobre la vida de los niños en materia de derechos a la personalidad jurídica, a las garantías judiciales y a la tutela judicial

⁴² eq. BLAIKIE, P; CANNON, T; DAVIS, I; & WISNER, B, *op. cit.* ; N. ADGER, *op. cit.*, pp. 249-269.

⁴³ CorteIDH, OC-17/02, pre-citado, párr.42.

⁴⁴ CorteIDH, OC-17/02, pre-citado, párr.86-87.

efectiva, haciendo de estos individuos, según el juez interamericano, sujetos vulnerables⁴⁵.

Aunque está claro que la intensidad de la afectación de los derechos convencionales varía en función de un conjunto de circunstancias, la Corte IDH ha destacado que la falta de políticas públicas adecuadas es un elemento central que aumenta la exposición de las personas y los grupos vulnerables⁴⁶.

Por lo tanto, en ciertos casos relativos a los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, la Corte IDH ha establecido que la ausencia institucional puede ser verificada por una acción defectuosa de los poderes públicos⁴⁷, una intervención negligente⁴⁸ o por una acción inexistente en presencia del deber de protección de los artículos 1.1 y 2 del Convención⁴⁹.

Otros elementos de omisión que agravan la situación de vulnerabilidad son la ausencia de recursos económicos individuales y familiares que conducen a la pobreza y que serán decisivos para que ciertos individuos sean más vulnerables a la amenaza de violaciones de sus derechos (eg. las personas con discapacidad, los niños)⁵⁰. Por supuesto, las presiones ejercidas por el riesgo de violaciones de derechos de la Convención no derivan únicamente de las omisiones del Estado en sus obligaciones de garantizar los derechos y de adaptación del derecho interno, pues dichas presiones varían de acuerdo con fuerzas internas superiores estrechamente relacionadas con los contextos estatales.

⁴⁵ CorteIDH, OC-17/02, pre-citado, párr.92; CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, pre-citado, párr.261-263; CorteIDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 4 septiembre 2012, párr.143; CorteIDH, *Chitay Nech et al. vs. Guatemala*, 25 mayo 2010, párr.169.

⁴⁶ CorteIDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, pre-citado, párr.42-44; CorteIDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, pre-citado, párr.95; CorteIDH, *Tiu Tojín vs. Guatemala*, 26 noviembre 2008, párr.100; CorteIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, 23 junio 2005, párr.194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

⁴⁷ CorteIDH, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, 28 noviembre 2007, párr.115-116, 148; CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012, párr.167.

⁴⁸ CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, pre-citado, párr.145, 167.

⁴⁹ CorteIDH, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, pre-citado, párr.153, 156; CorteIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31 agosto 2001, §164.

⁵⁰ CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, pre-citado, párr.201-202; CorteIDH, *Fornerón e hija vs. Argentina*, 27 abril 2012, párr.137; CorteIDH, *"Niños de la calle" (Villagrán Morales et al.) vs. Guatemala*, 19 noviembre 1999, párr.194.

3.2.2. Por acción: las macro- fuerzas existentes

La vulnerabilidad entendida por el juez interamericano está estrechamente relacionada con lo que aquí llamamos las “macro-fuerzas” de acuerdo con la literatura científica de la vulnerabilidad, que también habla de los “peligros aleatorios” de diversa índole. Por lo tanto, las “macro- fuerzas” se definen como las fuerzas internas que actúan dentro de un sistema (en este caso: el Estado) en su contexto y frente a las personas o grupos que lo integran⁵¹.

Sobre la base de los informes de las Naciones Unidas, la Corte IDH ha establecido, por ejemplo, que *“entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, ha[n] contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”*⁵².

De hecho, según el juez interamericano estas “macro-fuerzas” del desequilibrio económico, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, con las violaciones de los derechos humanos y con los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas, son factores que pueden afectar posteriormente la configuración de grupos migrantes en condiciones de vulnerabilidad⁵³.

Adicionalmente, los grandes proyectos de desarrollo, de industria y de urbanización, han sido señalados por la jurisprudencia interamericana como macro-fuerzas que aumentan la exposición de los pueblos indígenas⁵⁴ y tribales⁵⁵ a sufrir una violación de sus derechos, en particular de sus derechos a la identidad y la propiedad sobre sus tierras y territorios.

⁵¹ UN, doc. 7817 (2009), *op. cit.*, p. 8 ; A. LAMPIS, *op. cit.*, p. 25, figure 2.

⁵² CorteIDH, OC-18/03, pre-citado, párr.115.

⁵³ *Ibid.*, párr.116.

⁵⁴ eq. Una concesión de explotación petrolera en el seno de los territorios del pueblo indígena de Sarayaku: CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, pre-citado, párr.213, 217, 220.

⁵⁵ eq. Una concesión de explotación de madera a nivel industrial en el seno de los territorios del pueblo tribal de Saramaka : CorteIDH, *Pueblo de Saramaka vs. Suriname*, pre-citado, párr.129, 139, 143.

Otras “macro- fuerzas” de naturaleza política, incluidos los gobiernos dictatoriales⁵⁶ y la existencia de un conflicto armado interno⁵⁷, son igualmente factores de exacerbación de la exposición a la amenaza de violación de los derechos humanos para algunas personas o grupos de personas. Aquí encontramos de nuevo algunos signos de migración conceptual transdisciplinaria pues las macro- fuerzas son ampliamente consideradas en el análisis de las ciencias naturales y aplicadas⁵⁸.

Con una vasta experiencia en el diálogo transjudicial, la Corte IDH sigue incorporando la jurisprudencia nacional a sus *dicta* para identificar las “macro-fuerzas” que aumentan esta exposición a la amenaza. De este modo, el juez interamericano se basó en la jurisprudencia nacional para establecer, por ejemplo, que el conflicto armado y el fomento de la creación de grupos paramilitares en el Estado, crea una situación objetiva de riesgo para sus ciudadanos y que este tipo de estructuras, mientras existan, producen un riesgo que agrava la situación de vulnerabilidad de ciertos individuos y grupos, entre otros, los defensores de derechos humanos⁵⁹, la población civil incluidas las víctimas de desplazamiento forzado⁶⁰, los niños⁶¹, las mujeres⁶²,

⁵⁶ CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 febrero 2011, párr.72-78 ; CorteIDH, *Goiburú et al. vs. Paraguay*, 22 septiembre 2006, párr.61(14), 61(28).

⁵⁷ CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 25 noviembre 2000, párr.208; CorteIDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 29 abril 2004, párr.105; CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 noviembre 2009, párr.211; CorteIDH, *Masacres del Mozote y lugares vecinos vs. Salvador*, 25 octubre 2012, párr.141; CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, 30 noviembre 2012, párr.22-25.

⁵⁸ eq. ADGER, N; PAAVOLI, J; HUQ, S; & MACE, M.J. (eds.) *Fairness in Adaptation to Climate Change*, MIT Press, Cambridge, 2006. 335 pp. ; ADGER, N; AGRAWALA, S; MIRZA, MMO; CONDE, C; O'BRIEN, K; PULHIN, J; PULWARTY, R; SMIT, B; & TAKAHASHI, K, *op.cit.*, pp. 717-743.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, 20 Octubre 1998, Sentencia de Tutela, T-590/98, citada por: CorteIDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, pre-citado, párr.74, 80-81, 90; CorteIDH, *García y familia vs. Guatemala*, 29 noviembre 2012, párr.120-122.

⁶⁰ CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 septiembre 2005, párr.186 ; CorteIDH, *Masacres de Ituanqo vs. Colombia*, 1 julio 2006, párr.120, 125.106, 212; CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31 enero 2006, párr.139-140; CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, pre-citado, párr.212-234.

⁶¹ CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, pre-citado, párr.237, 241, 244, 247 ; CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, pre-citado, párr.184 ; CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, pre-citado, §153, 156, 162-163 ; CorteIDH, *Masacres del Mozote y lugares vecinos vs. Salvador*, pre-citado, párr.157.

los pueblos indígenas⁶³, los funcionarios judiciales⁶⁴, los grupos y líderes de oposición política⁶⁵ y los periodistas⁶⁶.

De hecho, en el marco de la Convención Americana, la situación de conflicto armado exige de los Estados dar un trato preferente a los grupos más vulnerables y “adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares”⁶⁷.

Así pues, el análisis del contexto que nutre la vulnerabilidad de los individuos y los grupos humanos es esencial para la Corte IDH y ocupa un lugar destacado en sus sentencias. Sin embargo, esta hipótesis de una vulnerabilidad inherente a los seres humanos nacida de contextos estatales más o menos expuestos a la amenaza de violación de los derechos humanos no es suficiente.

Además de las causas y las presiones variables que exponen más o menos a un sujeto de derecho frente a una amenaza, la Corte IDH ha estimado que es necesario abordar la cuestión del grado de sensibilidad del individuo o del grupo en sí mismo vis -à - vis las mencionadas causas y presiones para determinar si su grado de vulnerabilidad supone (o no) la existencia de obligaciones positivas reforzadas por parte del Estado en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Sólo los sujetos que presenten un alto grado combinado de afectación por las causas de la vulnerabilidad, de sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma, serán calificados por la Corte IDH como sujetos vulnerables (4).

⁶² CorteIDH, *Masacres de Ituanqo vs. Colombia*, pre-citado, 212; CorteIDH, *Masacres de Rio Negro vs. Guatemala*, pre-citado, párr.59, 132-134.

⁶³ CorteIDH, *Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala*, pre-citado, párr.51 ; CorteIDH, *Masacre de Rio Negro vs. Guatemala*, pre-citado, párr.160-162.

⁶⁴ CorteIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, 11 mayo 2007, párr.80, 81, 165-170.

⁶⁵ CorteIDH, *Cepeda Varqas vs. Colombia*, pre-citado, párr.87, 171 ; CorteIDH, *García y familia vs. Guatemala*, pre-citado, párr.120-122 ; CorteIDH, *Gudiel Álvarez et al. (Diario Militar) vs. Guatemala*, 20 noviembre 2012, párr.119-122.

⁶⁶ CorteIDH, *Vélez Restrepo y familia vs. Colombia*, 3 septiembre 2012, párr.126.

⁶⁷ CorteIDH, *Masacres de Ituanqo vs. Colombia*, pre-citado, párr.210; CorteIDH, *Comunidad Indígena Yakve Axa vs. Paraguay*, pre-citado, párr.144; CorteIDH, *Sawhovamaxa vs. Paraguay*, pre-citado, párr.137; CorteIDH, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, pre-citado, párr.191, 194-b.

4. ANÁLISIS DEL SUJETO VULNERABLE

El análisis acerca del sujeto vulnerable que comienza por una distinción entre el individuo y el grupo no tiene interés en el marco interamericano. Lo que hemos llamado un “test de vulnerabilidad” en construcción por la Corte IDH, se aplica a los individuos así como a los colectivos, y esto se hace en un análisis caso por caso, ya que algunos colectivos han sido aceptados como titulares de derechos convencionales⁶⁸. Por lo tanto, al hablar de “sujetos vulnerables”, hacemos referencia al *sujeto* lógico de Aristóteles en cuanto que este es al mismo tiempo objeto del pensamiento y del conocimiento y titular de conciencia y de derechos. El *sujeto* vulnerable interamericano está, en consecuencia, afectado por fragilidad superior a la fragilidad promedio de otros sujetos en el seno del mismo Estado y esta fragilidad provoca un grado mayor de exposición a la violación convencional (4.1). Cuando se combina el análisis del contexto y del grado de sensibilidad a este último, el sujeto vulnerable puede ser estudiado por el juez interamericano a partir de un conjunto de *tipos* para facilitar el estudio de sus realidades complejas. Mi intención aquí es esbozar una tipología de vulnerabilidad a partir de lo construido por el juez interamericano, detallando todos los *tipos* abordados por la Corte IDH hasta septiembre de 2013 (4.2).

4.1. El tercer elemento del test: la sensibilidad a la amenaza

La sensibilidad a la amenaza de violación de los derechos humanos depende en gran medida de la posición del individuo dentro del Estado. En ese sentido, el juez interamericano está interesado en las personas cuya situación de desventaja o el grado de debilidad son evidentes, ya sea como producto de sus condiciones físicas (4.1.1) o de situaciones sociales de diferente naturaleza (4.1.2).

⁶⁸ Este es el caso de los pueblos indígenas y tribales donde sus derechos son considerados de manera complementaria para los individuos que componen el grupo y para el grupo en sí mismo: CorteIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, pre-citado, párr.201, 202 ; CorteIDH, *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay vs. Paraguay*, pre-citado, párr.63 ; CorteIDH, *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, pre-citado, párr.174.

4.1.1. La fragilidad física

La fragilidad física - o la sensibilidad física a la amenaza - es definida como el producto de un conjunto de características que son exclusivas a un tipo de personas en relación con el promedio de la sociedad. Estas características no son modificables o su modificación por parte de la acción del Estado no es deseable⁶⁹.

Así, el *niño* es un individuo vulnerable, cuya fragilidad física y falta de madurez son las variables determinantes de su sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos convencionales⁷⁰.

El sistema interamericano también ha constatado que las mujeres pueden adolecer de fragilidad física cuando se encuentran al mismo tiempo sometidas a una situación de fragilidad social o cuando viven en un contexto particular (eg. los conflictos armados), que las expone a causa de su género, a amenazas o ataques de carácter específicamente sexual⁷¹.

La Corte IDH también ha identificado las personas en situación de *discapacidad* como portadoras de un mayor nivel de riesgo de exposición a las violaciones de sus derechos, especialmente en términos de trato justo, acceso a la justicia, derecho a la rehabilitación y acceso al cuidado médico⁷².

La fragilidad física (sensibilidad física a la amenaza) además de estar relacionada con la edad, el género o la discapacidad, puede referirse a factores étnicos y culturales. Por lo tanto, los individuos pertenecientes a los *pueblos indígenas* y a los *pueblos tribales* son considerados como personas vulnerables debido a su identidad étnica y cultural minoritaria, que aumenta el riesgo de que vean amenazados sus derechos en el seno de una sociedad

⁶⁹ CHAPMAN y CARBONETTI (*op. cit.*) hacen referencia, en este sentido a « *fixed statute* » o « *unchangeable statute* », p. 706.

⁷⁰ CorteIDH, OC-17/02, pre-citado, párr.60, 86-87, 93; CorteIDH, *Servellón García et al. vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr.116; CorteIDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, 24 noviembre 2011, párr.55.

⁷¹ CIDH, doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2006, *Informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos en las Américas*, párr.226-232 ; CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, pre-citado, párr.139-141 ; CorteIDH, *Masacre de Río Negro vs. Guatemala*, pre-citado, párr.59.

⁷² CorteIDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 julio 2006, párr.103-106; CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, pre-citado, párr.136, 201, 202.

mestiza⁷³. Sus *pueblos*, más allá de los individuos, son igualmente reconocidos como portadores de una condición de vulnerabilidad dentro de los Estados del sistema interamericano⁷⁴.

Hasta ahora, la jurisprudencia interamericana no ha abordado directamente los problemas de otras minorías con una fragilidad física probable, a saber, las minorías religiosas, nacionales o de la tercera edad. Sin embargo, varios análisis relativos a la fragilidad religiosa y a la fragilidad de las personas mayores se llevaron a cabo con motivo de las decisiones sobre el tema de los pueblos indígenas⁷⁵ y de los desplazados internos en conflictos armados⁷⁶. Del mismo modo, el estudio de la fragilidad nacional se ha abordado en varios casos relacionados con inmigrantes indocumentados⁷⁷.

4.1.2. Fragilidad social

La fragilidad social - sensibilidad social ante la amenaza - es definida como el conjunto de características económicas, jurídicas, políticas, etc., de un individuo o grupo de individuos que lo ponen en situación de desventaja en un momento dado. De hecho, la fragilidad social es altamente sensible a las políticas públicas del Estado y su transformación a partir de ellas es altamente deseable⁷⁸.

Partiendo de esta premisa podemos entender que la fragilidad de los trabajadores, que son de entrada la parte más débil en la relación laboral, se ve agravada para los *inmigrantes en situación ilegal* en el país de acogida⁷⁹. La Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 18 pudo constatar que la condición de encontrarse

⁷³ CorteIDH, *Chitay Nech et al. vs. Guatemala*, pre-citado, párr.167, 169 ; CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, pre-citado, párr.261.

⁷⁴ CorteIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, pre-citado, párr.201, 202; CorteIDH, *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, pre-citado, voto del juez Cançado Trindade, párr.79; CorteIDH, *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, pre-citado, párr.63.

⁷⁵ CorteIDH, *Masacre de Río Negro vs. Guatemala*, pre-citado, párr.76.

⁷⁶ CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, pre-citado, párr.175.

⁷⁷ CorteIDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 septiembre 2005, párr.155, 156 ; CorteIDH, *Nadege Dorzema et al. vs. República Dominicana*, 24 octubre 2012, párr.125.

⁷⁸ CHAPMAN y CARBONETTI (*op. cit.*) hablan de « *variable statute* » en su enfoque de la tipología de la vulnerabilidad en el seno de las Naciones Unidas., p. 706.

⁷⁹ CorteIDH, OC-18/03, pre-citado, párr.149, 160.

indocumentado supone un aumento de la fragilidad jurídica que se agrava por un mayor riesgo de violación de los derechos laborales, de la tutela judicial efectiva y del derecho a un juicio justo⁸⁰.

La *detención y el encierro* son también una fuente de fragilidad social⁸¹. De acuerdo con la Corte IDH, la detención provoca nivel inevitable de sufrimiento, por lo tanto, el Estado tiene un deber mayor de proteger la salud y el bienestar de las personas en situación de detención para generar un equilibrio de derechos. El Estado debe, en este sentido, garantizar que la manera y el método de detención no profundicen esta fragilidad de forma ilegítima y desproporcionada que sería perjudicial para la dignidad humana⁸².

Lo mismo es aplicable para los *partidos políticos o los dirigentes políticos de oposición*. La fragilidad social se manifiesta en la forma de una cierta inseguridad o de la falta de garantías para el ejercicio de sus derechos y libertades. En efecto, en el seno de una sociedad intolerante, las declaraciones por parte de funcionarios públicos reforzando acusaciones dirigidas contra un partido político como “enemigo interno”, colocan a sus miembros en una situación de mayor vulnerabilidad y exacerbaban el grado de riesgo al cual ya están sometidos⁸³, acentuando o exacerbando situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión social⁸⁴. La situación de debilidad o de impotencia de los integrantes de dichos movimientos políticos también pueden ser factores de fragilidad social que afectan al grupo político en sí mismo⁸⁵.

La fragilidad social de la *población civil* en el marco de los conflictos armados se ha mencionado en varias ocasiones. Así, la Corte IDH ha recordado al Estado que, cuando se mantiene el

⁸⁰ *Ibid.*, párr.126

⁸¹ CorteIDH, *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, pre-citado, párr.159; CorteIDH, *Yvon Neptune vs. Haití*, 6 mayo 2008, párr.130; CorteIDH, *Vélez Loo vs. Panamá*, 23 noviembre 2010, párr.198.

⁸² CorteIDH, *Montero Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 julio 2006, párr.85, 87 ; CorteIDH, *Boyce et al. vs. Barbados*, 20 noviembre 2007, párr.88; CorteIDH, *Vélez Loo vs. Panamá*, pre-citado, párr.198.

⁸³ CorteIDH, *Cepeda Vargas vs. Colombia*, pre-citado, párr.85, 173.

⁸⁴ *Ibid.*, párr.86.

⁸⁵ CorteIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, pre-citado, párr.201.

control efectivo de un territorio, él detiene al mismo tiempo un deber reforzado de protección *vis-à-vis* la población civil⁸⁶. En este contexto, el juez interamericano ha centrado su atención en la situación de mayor vulnerabilidad de los *desplazados internos* que deben huir de sus hogares para proteger sus vidas y su integridad⁸⁷ así como en la fragilidad social de otros grupos humanos como los periodistas⁸⁸, las personas públicas⁸⁹ y los defensores de derechos humanos⁹⁰ que también pueden estar más expuestos en ciertos contextos de intolerancia social.

Otras fragilidades sociales probables, como la situación de las personas sin hogar, de las madres solteras, de los desempleados o de las personas que viven por debajo del umbral de pobreza, no han sido abordadas por la Corte IDH hasta ahora, aunque ciertas decisiones relativas a los pueblos indígenas y tribales, los niños o las personas con discapacidad, contienen en el análisis contextual ciertos considerandos en relación con la pobreza y la precariedad⁹¹.

En general, la fragilidad física al igual que la fragilidad social se incrementan cuando la persona o el grupo de personas tienen fragilidades simultáneas, ya que aumenta su grado de sensibilidad, y esto se hace más grave en contextos en los que las causas subyacentes y las presiones dinámicas favorecen su vulnerabilidad. Es a partir de la combinación de estos elementos que el juez interamericano está tratando de construir su tipología de vulnerabilidad. Las dimensiones y las combinaciones abordadas hasta ahora dependen de los casos que han sido sometidos a su competencia (4.2).

⁸⁶ CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, pre-citado, párr.139-140.

⁸⁷ CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, pre-citado, párr.188; CorteIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, pre-citado, párr.210.

⁸⁸ CorteIDH, *Vélez Restrepo vs. Colombia*, pre-citado, párr.148; CorteIDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, 22 noviembre 2005, párr.84-85.

⁸⁹ CorteIDH, *Palamara Iribarne vs. Chile*, pre-citado, párr.84-85.

⁹⁰ CorteIDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, pre-citado, párr.78, 90 ; CorteIDH, *García y familia vs. Guatemala*, pre-citado, párr.120-122.

⁹¹ CorteIDH, *Comunidad Indígena de Yakve Axa vs. Paraguay*, pre-citado, párr.164; CorteIDH, *Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, pre-citado, párr.154; CorteIDH, *Communauté de Moiwana vs. Suriname*, pre-citado, párr.118, 186; CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, pre-citado, párr.201.

4.2. La síntesis interamericana: una tipología de la vulnerabilidad

La palabra vulnerabilidad viene del latín *vulnerabilis*, de *vulnerare* que significa “lesión”. Según el diccionario oficial de la lengua española el adjetivo *vulnerable* se refiere a un sujeto “*que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*”. Está claro que esta susceptibilidad (*condition*) es una combinación de contextos (*exposure*) y de fragilidades (*sensitivity*) que afecta a los individuos o grupos de personas, y en ese sentido, tengo la intención de estructurar el universo de la vulnerabilidad en el seno de la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir de una reducción del espacio de sus atributos.

Por “espacio de sus atributos”, se entiende aquí el marco de descripción de cada sujeto vulnerable, cuyos elementos de composición derivan de las descripciones proporcionadas por la Corte IDH. A partir de los elementos contextuales y del grado de exposición a la amenaza, llevaremos a cabo una reducción en las categorías definidas *a priori* en dos grandes grupos, relativos a la condición personal (4.2.1) y la situación específica (4.2.2) del sujeto vulnerable. Aclaramos que no se trata de una clasificación arbitraria, pues esta elección está justificada por la sentencia de principio de la masacre de *Pueblo Bello v. Colombia* (pre-citada), con ocasión de la cual la Corte IDH afirmó que ciertos deberes especiales de los Estados en virtud de las obligaciones generales de garantía, protección y eficacia (artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana) son “*determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*” (§111). Este *dictum* contiene, sin duda, la tipología de la vulnerabilidad de la Corte IDH, como lo podemos corroborar a partir de su jurisprudencia posterior⁹².

⁹² CorteIDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, pre-citado, 103; CorteIDH, *González et al. (Campo Algodonero) vs. México*, pre-citado, párr.98; CorteIDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, pre-citado, párr.42.

4.3.1. La vulnerabilidad derivada de la condición personal

El *niño*, en su individualidad, debido a su fragilidad física y su inmadurez (personal y jurídica), es considerado como un sujeto vulnerable debido a que estos aspectos son la base para la privación de los medios para la defensa efectiva de sus derechos⁹³. Esta vulnerabilidad aumenta cuando el niño padece igualmente una fragilidad social, *inter alia*, en una situación de detención⁹⁴ o un contexto de conflicto armado⁹⁵.

Las *mujeres* son consideradas por la Corte IDH como individuos vulnerables en ciertos contextos, entre otros, en el seno de conflictos armados o en la ausencia de políticas públicas para la igualdad de derechos entre hombres y mujeres⁹⁶. Esta vulnerabilidad también se ve acrecentada cuando se trata de niñas⁹⁷ o mujeres que pertenecen a poblaciones indígenas o tribales⁹⁸ o de defensoras de derechos humanos⁹⁹.

Las personas pertenecientes a una *minoría sexual*, por esta condición personal, son una categoría vulnerable. Según el juez interamericano, además de la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género entran dentro de las condiciones para definir este grupo de personas vulnerables¹⁰⁰. Está claro que,

⁹³ CorteIDH, OC-17/02, pre-citado, párr.86-87; CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, pre-citado, párr.184; CorteIDH, *Rosendo Cantú et al. vs. México*, pre-citado, párr.201.

⁹⁴ CorteIDH, *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, pre-citado, párr.160, 163; CorteIDH, *Bulacio vs. Argentina*, 18 septiembre 2003, párr.135; CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 8 julio 2004, párr.170.

⁹⁵ CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, pre-citado, párr.239; CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, pre-citado, párr.184; CorteIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, pre-citado, párr.246.

⁹⁶ CorteIDH, *Rosendo Cantú vs. México*, pre-citado, párr.103, 185; CorteIDH, *González et al. (Campo Algodonero) vs. México* párr.282; CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, pre-citado, párr.139; CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, pre-citado, párr.97-98.

⁹⁷ CorteIDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, pre-citado, párr.134; CorteIDH, *Rosendo Cantú vs. México*, pre-citado, párr.103; CorteIDH, *Masacres de Rio Negro vs. Guatemala*, pre-citado, párr.142, 226; CorteIDH, *Plan de Sanchez vs. Guatemala*, pre-citado, párr.42.18; CorteIDH, *González et al. (Campo Algodonero) vs. México*, pre-citado, párr.408.

⁹⁸ CorteIDH, *Rosendo Cantú vs. México*, pre-citado, párr.103, 184; CorteIDH, *Tiu Tojin vs. Guatemala*, pre-citado, párr.96-97.

⁹⁹ CIDH, doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, pre-citado, párr.226-232; CorteIDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 noviembre 2003, párr.147, 158.

¹⁰⁰ CorteIDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, pre-citado, párr.95.

a pesar de los avances en la materia, América Latina tiene un largo camino por recorrer en los derechos de las minorías sexuales¹⁰¹.

Las personas pertenecientes a los *pueblos indígenas o tribales* (eg. minorías afrodescendientes) son una categoría de personas vulnerables¹⁰². En este caso, su vulnerabilidad aumenta debido al nivel de intolerancia institucional del Estado donde se encuentren¹⁰³.

La *discapacidad* es una condición personal de vulnerabilidad¹⁰⁴. Esta condición se incrementa cuando el individuo acumula al mismo tiempo otro tipo de fragilidad física, *inter alia*, en el caso de los niños con discapacidad¹⁰⁵. De hecho, en la reciente jurisprudencia *Artavia Murillo v. Costa Rica*, la Corte IDH incluyó la esterilidad en esta categoría, bajo el nombre de la discapacidad indirecta¹⁰⁶.

4.3.2. La situación específica: la segunda dimensión de la vulnerabilidad

Los *migrantes* se encuentran en situación específica de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y en una situación individual de falta o de diferencia sustancial de poder en comparación con la población no migrante (residentes o ciudadanos)¹⁰⁷.

Esta vulnerabilidad aumenta cuando los migrantes se encuentran en situación de ilegalidad, ya que esto implica una

¹⁰¹ Dos ejemplos recientes ilustran esta afirmación. El *primero* se refiere al Informe Especial sobre la Diversidad Sexual (LGBTI) en el marco de la 147^a Sesión Ordinaria de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (17-22 de marzo de 2013), mostró su preocupación con respecto a la persistencia de los “centros de curación de la homosexualidad” en la región. El *segundo* ejemplo se ilustra con el comunicado de prensa N° 54/13, de 30 de julio de 2013, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos condenó la ola de violencia contra lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales (LGBTI) en Haití (eg. ataques con armas cortopunzantes, la lapidación, amenazas de muerte, saqueo y la quema de casas), presuntamente relacionada con la movilización en contra de la homosexualidad que organizó la Coalición Haitiana de organizaciones religiosas y morales que tuvo lugar en 19 julio 2013.

¹⁰² *Supra* n. 27, 53, 54, 46-48, 62.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ CorteIDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, pre-citado, párr.103.

¹⁰⁵ CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, pre-citado, párr.246.

¹⁰⁶ CorteIDH, *Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, pre-citado, párr.291-293.

¹⁰⁷ CorteIDH, OC-18/03, pre-citado, párr.112.

fragilidad jurídica más grande y un mayor riesgo de violación de los derechos laborales, de las garantías judiciales y del debido proceso¹⁰⁸. Del mismo modo, esta vulnerabilidad se aumenta cuando se combina con una condición personal de vulnerabilidad, como en el caso de los niños inmigrados¹⁰⁹.

La Corte IDH ha establecido que las personas detenidas son vulnerables, y en particular, *“dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida... donde todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana”*¹¹⁰.

Por otra parte, los *detenidos extranjeros* son otro grupo de detenidos de mayor vulnerabilidad, ya que se encuentran en un entorno jurídico y social diferente y en ocasiones ante una lengua distinta a la suya. Por lo tanto, los Estados tienen un deber reforzado de garantía de acceso a la acción de protección y asistencia consular frente a estas personas¹¹¹. En fin, esta situación específica de vulnerabilidad se ve también reforzada por la combinación de condiciones personales, *inter alia*, los menores en detención¹¹² o los detenidos enfermos¹¹³.

Los *individuos, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición* también están sujetos a situaciones específicas de vulnerabilidad que la Corte IDH, basándose ampliamente en la jurisprudencia nacional, ha descrito como el resultado de un comportamiento intolerante del Estado y de la falta de medidas estatales para garantizar el ejercicio pleno de la participación

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr.126, 149, 160.

¹⁰⁹ CorteIDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, pre-citado, párr.109.1-109.5, 134, 141.

¹¹⁰ CorteIDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 septiembre 1997, párr.57; CorteIDH, « *Niños de la calle* » (*Villaqrán Morales et al.*) vs. *Guatemala*, pre-citado, §166; CorteIDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 27 noviembre 2003, párr.87; CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, 26 noviembre 2003, párr.96; CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, pre-citado, párr.108; CorteIDH, *Tibi vs. Ecuador*, 7 septiembre 2004, párr.147.

¹¹¹ CorteIDH, *Opinión Consultiva El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías judiciales*, OC-16/99, 1 octubre 1999, voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párr.23.

¹¹² *Supra* n. 24.

¹¹³ CorteIDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, pre-citado, párr.76-77.

efectiva en una sociedad democrática con respeto del principio de igualdad ante la ley¹¹⁴.

La Corte IDH ha señalado que entre la oposición política, uno de los eslabones más vulnerables corresponde a los grupos, movimientos y partidos políticos minoritarios que provienen de una desmovilización de *antiguos miembros de las guerrillas*, los cuales requieren una protección especial del Estado para impedir la “guerra sucia”, y obtener un consenso social que involucre a todos sectores de población¹¹⁵. En la misma línea de ideas, los grupos políticos de oposición que pertenecen a grupos minoritarios, como en el caso de *indígenas o tribales*, están en la misma situación de mayor vulnerabilidad, constituyendo un segundo eslabón de los grupos más vulnerables, entre los grupos de oposición¹¹⁶.

Los *defensores de los derechos humanos* también son considerados por la Corte IDH como individuos y grupos en situación específica de vulnerabilidad, la cual se halla más o menos reforzada según el contexto. Para delimitar este grupo podemos valernos de la definición aportada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que “*toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional, debe ser considerada como defensora de derechos de humanos*”¹¹⁷. En este sentido, el sistema interamericano ha establecido que ciertos grupos de defensores de los derechos humanos se encuentran “*particularmente expuestos*”¹¹⁸ a condiciones peligrosas, entre otros, los dirigentes sindicales durante los períodos anteriores elecciones sindicales, los campesinos y líderes comunitarios que promueven u organizan manifestaciones públicas, los líderes indígenas o de ascendencia africana que defienden los derechos de sus pueblos, los funcionarios judiciales que instruyen las causas relativas a

¹¹⁴ CorteIDH, *Cepeda Vargas vs. Colombia*, pre-citado, párr.86, 173-176.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ CorteIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, pre-citado, párr.201.

¹¹⁷ CorteIDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, pre-citado, párr.81 y nota 38; CIDH, doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, pre-citado, párr.13.

¹¹⁸ No podemos abstenernos de mencionar que esta categoría también es utilizada por las ciencias aplicadas. *Supra* n. 1.

violaciones de los derechos humanos, las mujeres defensoras de derechos humanos¹¹⁹.

Las *personas desplazadas*, se encuentran también en una situación específica de vulnerabilidad, especialmente en el contexto de un conflicto armado. Esta vulnerabilidad se ve reforzada por el *origen rural* de dichas personas y afecta, en general, especialmente a las *mujeres que son cabeza de familia*, y que representan más de la mitad de la población desplazada¹²⁰.

Finalmente, los periodistas en el contexto de los conflictos armados y en contextos políticos tensos, se encuentran en una situación específica de vulnerabilidad derivada de su función de transmisión de la diversidad de opiniones y de informaciones diversas y variadas¹²¹.

Hemos demostrado cómo la Corte IDH se ocupa de las diferentes categorías de personas y de grupos vulnerables a partir de su condición personal y de su situación específica. A partir del análisis queda claramente expuesto cómo la vulnerabilidad puede ser exacerbada por múltiples factores de riesgo que pueda padecer un sujeto dado. Por lo tanto, aunque el “test de vulnerabilidad” no ha sido claramente estructurado como tal, es por lo menos un modelo deseable hacia el cual la Corte IDH pareciera dirigirse.

El esbozo de la tipología aquí presentada es “abierto” y es evidentemente posible seguir entrecruzando las diversas categorías individuales y de grupo para discernir otras vulnerabilidades reforzadas. Este ejercicio no puede, sin embargo, ser el resultado de una digresión teórica sino la consecuencia de un análisis exhaustivo de cada caso tratado por la Corte IDH.

Una síntesis de las categorías vulnerables en la jurisprudencia de la Corte IDH, hasta el año 2013, se puede ver en la siguiente tabla (Tabla 1):

¹¹⁹ Ibid., párr.208 ss.; CorteIDH, *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, pre-citado, párr.165-170.

¹²⁰ CorteIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr.212; *supra* n. 86.

¹²¹ *Supra* n. 66, 88.

Tabla 1. Tipología de la vulnerabilidad entendida por el juez interamericano (1988-2013). Elaboración propia. Fuente: jurisprudencia de la Corte IDH: <http://www.corteidh.or.cr/>

TIPOLOGÍA DE LA VULNERABILIDAD ENTENDIDA POR EL JUEZ INTERAMERICANO (1988-2013)							
	C-R		F-E		F-S		
Tipo	a	s	o-e	m-f	f-f	f-s	Hipótesis de vulnerabilidad reforzada
Condición personal							
1. Niños	X		X	X	X		En conflictos armados, indígenas, en detención, en situación de discapacidad
2. Mujeres	X	X	X	X	X		Niñas, indígenas, defensoras de derechos humanos, en conflictos armados
3. Minorías sexuales		X	X			X	
4. Pueblos indígenas y tribales (y sus individuos)	X	X	X	X	X		Mujeres, niños, personas mayores
5 Discapacitados	X		X		X		Niños
Situación específica							
1. Migrantes	X		X	X		X	Niños, indocumentados, detenidos
2. Detenidos	X		X			X	Niños, enfermos, extranjeros, detención ilegal
3. Líderes políticos de oposición (y sus grupos)		X		X		X	Defensores de derechos humanos, antiguos guerrilleros, indígenas y tribales
4. Defensores de derechos humanos		X		X		X	Sindicalistas, campesinos, indígenas, mujeres, funcionarios judiciales
5. Desplazados forzados	X		X	X		X	Mujeres, niños, personas mayores, indígenas
6. Periodistas		X		X		X	

C-R: Causas recurrentes; F-E: Factores de exposición; F-S: Factores de sensibilidad; a: acceso; s: sistema; o-e: omisión estatal; m-f: macro-fuerzas; f-f: fragilidad física; f-s: fragilidad social.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES LA CORTE INTERAMERICANA UN FACTOR DE RESILIENCIA?

No podemos concluir este análisis de la vulnerabilidad sin preguntarnos cómo hacerle frente desde las políticas públicas de los Estados. Por lo tanto, creemos necesario introducir un último desarrollo conceptual: la resiliencia, como el elemento que ha venido sirviendo a las ciencias aplicadas para reducir las vulnerabilidades.

La resiliencia es el resultado de múltiples procesos capaces de interrumpir las trayectorias negativas¹²², como aquellas que derivan de violaciones de los derechos humanos y es, por consiguiente, necesario incluir la política pública entre los instrumentos de resiliencia¹²³. De hecho, un aspecto mayor de la política pública es ley¹²⁴ y esta incluye, en un sentido amplio, los principios del derecho internacional de los derechos humanos conforme a lo interpretado por los tribunales y órganos competentes.

Esta es la razón por la cual es posible, en mi opinión, concebir a la Corte IDH como un factor de resiliencia¹²⁵. En efecto, veinte sistemas nacionales¹²⁶ están bajo la jurisdicción de la Corte IDH que se encarga de medir la amenaza de violaciones graves de los derechos convencionales a través de su contencioso. Un control de este tipo – bajo la forma de sentencias, decisiones o

¹²² El estudio de la resiliencia ha sido ampliamente abordado en ecología y gestión de desastres naturales así como en la investigación psicológica sobre enfermedades graves y experiencias traumáticas mayores. v. ALWANG, J; SIEGEL, P; & JØRGENSEN, S; *op. cit.*, pp. 10-13, 18 ; ZOLLI, A & HEALY, A-M, *Resilience. Why things bounce back*, Londres, Headline Business Plus, 2012; CARREY, N.J. & UNGAR, M., *Resilience. Child and adolescent psychiatric clinics of North America*, Philadelphia/London, Pa/Saunders, 2007.

¹²³ Los documentos de Naciones Unidas confirman esta afirmación., v. *supra* n. 1, 5 y 21.

¹²⁴ De manera general, las políticas públicas pueden ser definidas como el sistema de leyes, medidas reclamatorias, planes de acción y prioridades de financiamiento, relativo a un tema dado, promulgadas por una entidad gubernamental o sus representantes. HOWLETT, M, *Designing Public Policies. Principles and instruments*, Routledge, New York/Abingdon, 2011, p. 15.

¹²⁵ *Supra* n. 12.

¹²⁶ Los veinte Estados bajo la jurisdicción de la Corte IDH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay. Venezuela fue un Estado miembro desde 1977 hasta 10 septiembre 2013.

resoluciones de supervisión de cumplimiento y de medidas provisionales – cuando se refiere a las personas o grupos vulnerables, va más allá del caso en sí mismo y trata de tener un impacto en todo el sistema nacional, o incluso interamericano, para reforzar la protección de estas categorías de personas. Esto es así porque el juez interamericano ha indicado claramente que *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”* y por el hecho de que *“no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...”*¹²⁷.

Así pues, creemos que las sentencias de la Corte IDH se convierten en desencadenantes de la mejora de las capacidades estatales a través de la mejora en las políticas públicas. Por ejemplo, cuando la Corte IDH ordena una reparación ella apunta a la preservación y la restauración de los derechos y libertades fundamentales con respecto a eslabones más vulnerables del sistema (es decir, las personas y los grupos vulnerables) pero, además, es de uso corriente que la Corte IDH ordene además de las reparaciones puntuales para las víctimas, algunas transformaciones más estructurales resultantes de la obligación positiva estatal de garantía de derechos convencionales y del deber de adaptación del derecho interno (artículos 1 y 2 de la Convención Americana).

Por otra parte, a nuestro entender, la reacción del Estado también se manifiesta más allá de la corrección y reparación del caso bajo estudio y esto incluso en ausencia de una orden

¹²⁷ CorteIDH, *Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, pre-citado, párr.292 ; CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, pre-citado, párr.111, 113 ; CorteIDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, pre-citado, párr.103 ; CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, pre-citado, párr.244; CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, pre-citado, párr.134.

expresa¹²⁸. De manera complementaria, la Corte IDH está actualmente reforzando su vigilancia a través del seguimiento de la ejecución de sus de sus decisiones, con particular énfasis en el *carácter razonable del tiempo invertido* en la puesta en marcha de las medidas ordenado y en su *eficacia*.

No es insignificante que la jurisprudencia de la Corte IDH haya señalado que *“un Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar [los] derecho[s] de aquellos [...] que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad [...] siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de éstos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”*¹²⁹.

En efecto, podemos concluir que cuando se trata de personas o de grupos vulnerables, el examen de la Corte IDH es más estricto y el nivel de protección convencional es más alto¹³⁰. En nuestra opinión, el “test de vulnerabilidad” de la Corte IDH supone un examen reforzado de la responsabilidad del Estado *vis-à-vis* personas o grupos identificados como vulnerables. Este examen puede incluir por lo menos los siguientes elementos: 1) la determinación de las circunstancias del caso, 2) el análisis (es decir, el test) de vulnerabilidad en sí mismo (grupo determinado o determinable), 3) la identificación de una vulnerabilidad reforzada, si es relevante para el caso, 4) la determinación del riesgo (amenaza + vulnerabilidad) real e inmediato , y 5) la existencia de

¹²⁸ En el caso *Caballero Delgado y Santana v. Colombia*, el gobierno propuso para dar cumplimiento a las solicitudes de la Comisión, en particular, llevar a cabo reformas legislativas en materia de hábeas corpus (Ley 15/1992) y adoptar un proyecto de ley para tipificar como delito la desaparición forzada . La Corte IDH en última instancia, no aceptó las demandas de la Comisión sobre este punto. Este es un ejemplo entre muchos que se pueden encontrar en el curso de un proceso. CorteIDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, 29 enero 1997, párr.54, 60.

¹²⁹ CorteIDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, pre-citado, párr.90; CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, pre-citado, párr.123; CorteIDH, *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, pre-citado, §155; CorteIDH, *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, pre-citado, párr.296-297; CorteIDH, *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, pre-citado, párr.211; CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, pre-citado, párr.169; CorteIDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, pre-citado, §199; CorteIDH, *Pueblo de Saramaka vs. Suriname*, pre-citado, párr.106.

¹³⁰ CorteIDH, *Huilca Tecse vs. Perú*, 3 marzo 2005, párr.69; CorteIDH, *Gonzáles et al. (Campo Algodonero) vs. México*, pre-citado, párr.171-172.

posibilidades razonables para prevenir o impedir la realización de la amenaza a través de una respuesta específica de la Estado¹³¹.

Aunque la Corte IDH aplica una especie de *self-restraint* cuando acepta la tesis de la “protección imposible” como medio de defensa del Estado caso por caso¹³², el juez interamericano le viene apostando a la resiliencia y a la adaptabilidad al establecer como regla general la obligación reforzada de protección del Estado, incluyendo la transformación del derecho interno para reparar violaciones de derechos humanos cometidas y evitar su reproducción, entendiendo que: “*existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría la justicia*” y “*tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran*”¹³³.

Creemos que el juez interamericano tiene como objetivo la resiliencia del Estado cuando le advierte contra los peligros derivados de la amenaza de un grupo vulnerable en particular y sobre las consecuencias de la perpetuación de la impunidad resultante de la ausencia de medidas para corregir las violaciones cometidas¹³⁴.

¹³¹ CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, pre-citado, párr.134; CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, pre-citado, párr.188.

¹³² En 2006, en el caso de la *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya v. Paraguay*, la Corte recordó que: “Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”. v., CorteIDH, *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, pre-citado, párr.155. Este *dictum* se vio reflejado, por ejemplo, en el caso *Castillo González vs. Venezuela*, donde la Corte IDH aceptó como medio de defensa “la protección imposible” alegada por el Estado estimado que: “en principio, no compete a la Corte determinar la procedencia o utilidad de acciones o medidas concretas de investigación, a menos que la omisión en su realización resulte contraria a pautas objetivas, o irrazonable de modo manifiesto” CorteIDH, *Castillo Gonzalez et al. vs. Venezuela*, 27 noviembre 2012, párr.153, 160, 161. Véase igualmente, CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, pre-citado, párr.124.

¹³³ CorteIDH, OC-17/02, pre-citado, párr.46; CorteIDH, OC-18/03, pre-citado, párr.89; CorteIDH, *Chitay Nech et al. vs. Guatemala*, pre-citado, párr.167, 169; CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, pre-citado, párr.261; CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, pre-citado, párr.136.

¹³⁴ CorteIDH, *Valle Jaramillo vs. Colombia*, pre-citado, § 96.

Además, los Estados no son insensibles a este proceso. La vulnerabilidad como condición personal y como situación específica integra progresivamente y con fuerza las políticas públicas estatales reforzando la capacidad de adaptación (eg. la construcción colectiva de planes de desarrollo con las poblaciones meta, la consolidación de una línea jurisprudencial nacional de protección), aunque los conceptos siguen siendo difusos y siguen oscilando entre la noción de vulnerabilidad y algunos de sus componentes (eg. la marginalidad social, la exclusión, la debilidad)¹³⁵.

El riesgo de violación de los derechos convencionales dentro del sistema interamericano es, sin duda, todavía actual y el papel del juez interamericano no es menos importante hoy que en los albores de la creación del sistema. Si uno de los principales problemas de los sistemas nacionales es la vulnerabilidad de los individuos y de los grupos humanos en su contexto, la respuesta está, sin duda, en la adaptación del sistema Estatal.

La pregunta que podríamos hacernos en este sentido es cómo podemos aumentar la resiliencia de los Estados con el fin de anticipar, prevenir e impedir nuevas violaciones convencionales en el futuro y en este sentido creemos que el juez interamericano juega un papel muy importante, sin embargo, tal como ocurre en las ciencias naturales y aplicadas, el debate en torno a las nociones de resiliencia y capacidad de adaptación sigue abierto¹³⁶.

¹³⁵ eq. De tiempo atrás, México ha reaccionado a través de la creación de políticas públicas dirigidas a dos tipos de personas prioritarias: las personas discriminadas por una parte, y los grupos marginados como grupos vulnerables (personas mayores, niños en las calles, personas con discapacidad, entre otros). Colombia, por su parte, ha mostrado una respuesta antes que nada judicial a través de la Corte Constitucional, buscando proteger a ciertos individuos y grupos dentro del conflicto armado interno (eq., desplazados forzados, defensores de derechos humanos, grupos políticos de oposición, mujeres, niños, pueblos indígenas). La política pública de Guatemala en este sentido ha apuntado al fortalecimiento del sistema de justicia para la protección de las personas más vulnerables y excluidas (eq. mujeres, niños, indígenas, personas con necesidades especiales). La evolución de las políticas públicas de los Estados Partes puede seguirse claramente a través de las resoluciones de supervisión de la ejecución de las sentencias del sistema interamericano.

¹³⁶ WALKER, B; HOLLING, C. S.; CARPENTER, S. R; & KINZIG, A "Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems", *Ecology and Society*, vol. 9(2), 2004, pp. 5-6. Los autores definen la adaptabilidad como la capacidad de los actores para influir la resiliencia en sí misma e introducen la *transformability* como un nuevo concepto que describe la capacidad de un sistema para cambiar totalmente los componentes que no responden a las necesidades de adaptabilidad y de resiliencia.

Lo que podemos dar por cierto es que la Corte IDH hace uso del artículo 2 de la Convención Americana para apostarle a la capacidad de transformación de los Estados. Y más allá de la propia Corte IDH, el sistema interamericano se ha comprometido a aumentar la resiliencia *vis-à-vis* los grupos vulnerables. Las prioridades temáticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus Relatores Especiales reflejan en gran medida este hecho¹³⁷ y la doctrina especializada podría participar de estos esfuerzos¹³⁸.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Documentación oficial

CIDH, doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2006, Informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos en las Américas

UN, doc. 7817 (2009), Terminología sobre reducción del riesgo de desastres, United Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR)

6.2. Libros y capítulos de libros

ADGER, N, PAAVOLI, J; HUQ, S; & MACE, M.J. (eds.) *Fairness in Adaptation to Climate Change*, MIT Press, Cambridge, 2006.

ADGER, N; AGRAWALA, S; MIRZA, MMQ; CONDE, C; O'BRIEN, K; PULHIN, J; PULWARTY, R; SMIT, B; & TAKAHASHI, K, "Assessment of adaptation practices, options, constraints and

¹³⁷ Además de la Comisión (ya mencionada), la Organización de los Estados Americanos tiene un sistema de ocho relatores especiales, hasta el año 2013, responsables de los siguientes temas: pueblos indígenas (Dinah Shelton), personas privadas de libertad (Rodrigo Escobar Gil), niños (Rosa María Ortiz), inmigrantes (Felipe González), mujeres (incluyendo la unidad de la diversidad sexual) (Tracy Robinson), pueblos afrodescendientes y Derechos económicos, Sociales y Culturales (Rose-Marie Belle Antoine) la libertad de prensa (Catalina Botero) y defensores de los derechos humanos (José de Jesús Orozco Henríquez). El 7 de junio de 2013, los expertos James Cavallero (Estados Unidos de América) y Paulo de Tarso Vanucchi (Brasil) fueron elegidos como reemplazo para los relatores Dinah Shelton (Estados Unidos de América) y Rodrigo Gil Escobar (Colombia) cuyo mandato termina en 2013.

¹³⁸ No puedo concluir sin señalar que los efectos de las decisiones de la Corte IDH en todas las políticas públicas de los Estados Partes *vis-à-vis* la vulnerabilidad y más allá merecen un estudio profundo para identificar algunos indicadores y vectores de la resiliencia. Por el momento, el *Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona* (GEDILAS) está involucrado en el análisis de un pequeño grupo de Estados. Creemos que este trabajo, que será lanzado en el 2014 y otros que vendrán, va a alimentar el debate sobre el papel de la Corte IDH como un factor de resiliencia.

- capacity”, en PARRY, M; CANZIANI, O; PALUTIKOF, J; VAN DER LINDEN, P; & HANSON, C (eds.) *Climate Change. Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, University Press, Cambridge, 2007, pp. 717-743.
- ADGER, N; PAAVOLI, J; HUQ, S; & MACE, M.J. (eds.) *Fairness in Adaptation to Climate Change*, MIT Press, Cambridge, 2006.
- AGUAYO, F, *Sustentabilidad y desarrollo ambiental*, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2007.
- BLAIKIE, P; CANNON, P; DAVIS, I; & WISNER, B, *Vulnerabilidad: el entorno social, político y económico de los desastres*, Tercer mundo editores, Bogotá, 1996 (e.o: 1994 At risk).
- BURGORGUE-LARSEN, L, « Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme et le ‘système onusien’ », en DUBOUT, E & TOUZE, S (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, París, pp. 91-115.
- CARREY, N.J. & UNGAR, M., *Resilience. Child and adolescent psychiatric clinics of North America*, Philadelphia/London, Pa/Saunders, 2007.
- ESTUPIÑAN-SILVA R & IBAÑEZ-RIVAS J, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Valdivia, Universidad Austral de Chile, próximamente en 2014.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J.A.; HERNÁNDEZ, M.P. & SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario” en VALADÉS, D; GUTIÉRREZ RIVAS, R (eds.) *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2001, pp. 225-243.
- HENNEBEL, L, « La Cour interaméricaine des droits de l’homme : entre particularisme et universalisme », en *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, en HENNEBEL L & TIGROUDJA H (dir.) Pedone, París, 2009, pp. 75-119.

6.3. Artículos especializados

- ADGER, N “Social Vulnerability to Climate Change and Extremes in Coastal Vietnam”, *World Development*, vol. 27(2), 1999, pp. 249-269.
- ALWANG, J; SIEGEL, P; & JØRGENSEN, S, “Vulnerability: A View from Different Disciplines”, *World Bank- Social Protection Discussion Paper Series*, nº 0115, 2001, pp. 1-42.

- ANDERSON, M.B. "El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 19 n° 124, 1994, pp. 336-341.
- BROOKS, N, "Vulnerability, Risk and Adaptation: A Conceptual Framework", *Tyndall Centre for Climate Change Research*, 2003, vol. 38, pp. 1-16.
- CHAPMAN, A.R; & CARBONETTI, B, "Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 33, 2011, pp. 682-732.
- FINEMAN, M.A. "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, 2008, pp. 1-23
- FINEMAN, M.A., "The Vulnerable Subject and the responsive State", *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, pp. 251-275.
- LAMPIS, A "Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático: debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición", *Cuadernos de Geografía- Revista Colombiana de Geografía*, vol. 22, n° 2, 2013, pp. 17-33, pp. 19-22.
- LAVELL, A "Desempacando la adaptación al cambio climático y la gestión del riesgo. Buscando las relaciones y las diferencias: una crítica y construcción conceptual y epistemológica", en *Proyecto UICN-FLACSO sobre Gestión del Riesgo y Adaptación al Cambio Climático*, Red para el Estudio Social de la Prevención de Desastres en América Latina, 2011, 45 pp., p. 15.
- PARLEY, F.F. "What does vulnerability means?" *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 39, 266-276.
- PERONI, L & TIMMER, A, "Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", *International Journal of Constitutional Law*, (próximamente 2013).
- STEELE, C; & ARONSON, J, "Stereotype threat and the intellectual performance of African-Americans", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 69, 1995, pp. 797-811.
- WALKER, B; HOLLING, C. S.; CARPENTER, S. R; & KINZIG, A "Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems", *Ecology and Society*, vol. 9(2), 2004, pp. 5-16.
- ZOLLI, A & HEALY, A-M, *Resilience. Why things bounce back*, Londres, Headline Business Plus, 2012

7. JURISPRUDENCIA CITADA

- CorteIDH, Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, 28 noviembre 2012
- CorteIDH, Atala Riffo e hijas vs. Chile, 24 febrero 2012

- CorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 25 noviembre 2000
- CorteIDH, *Boyce et al. vs. Barbados*, 20 noviembre 2007
- CorteIDH, *Bulacio vs. Argentina*, 18 septiembre 2003
- CorteIDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, 29 enero 1997
- CorteIDH, *Castillo Gonzalez et al. vs. Venezuela*, 27 noviembre 2012
- CorteIDH, *Cepeda Vargas vs. Colombia*, 21 mayo 2010
- CorteIDH, *Chitay Nech et al. vs. Guatemala*, 25 mayo 2010
- CorteIDH, *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, 15 junio 2005
- CorteIDH, *Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 29 marzo 2006
- CorteIDH, *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005
- CorteIDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010
- CorteIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31 agosto 2001
- CorteIDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, 24 noviembre 2011
- CorteIDH, *Fornerón e hija vs. Argentina*, 27 abril 2012
- CorteIDH, *Furlán y familia vs. Argentina*, 31 agosto 2012
- CorteIDH, *García y familia vs. Guatemala*, 29 noviembre 2012
- CorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 febrero 2011
- CorteIDH, *Goiburú et al. vs. Paraguay*, 22 septiembre 2006
- CorteIDH, *González et al. (Campo Algodonero) vs. México*, 16 noviembre 2009
- CorteIDH, *Gudiel Álvarez et al. (Diario Militar) vs. Guatemala*, 20 noviembre 2012
- CorteIDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 8 julio 2004
- CorteIDH, *Huilca Tecse vs. Perú*, 3 marzo 2005
- CorteIDH, *“Instituto de Reeducción del menor” vs. Paraguay*, 2 septiembre 2004
- CorteIDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, 26 noviembre 2003
- CorteIDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 septiembre 1997
- CorteIDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 27 noviembre 2003
- CorteIDH, *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, 11 mayo 2007
- CorteIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 noviembre 2009
- CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 septiembre 2005
- CorteIDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 31 enero 2006
- CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, 30 noviembre 2012
- CorteIDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 29 abril 2004
- CorteIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1 julio 2006
- CorteIDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 4 septiembre 2012

- CorteIDH, Masacres del Mozote y lugares vecinos vs. Salvador, 25 octubre 2012
- CorteIDH, Mohamed vs. Argentina, 23 noviembre 2012
- CorteIDH, Montero Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela, 5 julio 2006
- CorteIDH, Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 25 noviembre 2003
- CorteIDH, Nadege Dorzema et al. vs. República Dominicana, 24 octubre 2012
- CorteIDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 8 septiembre 2005
- CorteIDH, "Niños de la calle" (Villagrán Morales et al.) vs. Guatemala, 19 noviembre 1999
- CorteIDH, Opinión Consultiva El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías judiciales, OC-16/99, 1 octubre 1999
- CorteIDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, OC-18/03, 17 septiembre 2003
- CorteIDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño, OC-17/02, 28 agosto 2002
- CorteIDH, Palamara Iribarne vs. Chile, 22 noviembre 2005
- CorteIDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio 2012
- CorteIDH, Pueblo Saramaka vs. Suriname, 28 noviembre 2007
- CorteIDH, Rosendo Cantu et al. vs. México, 31 agosto 2010
- CorteIDH, Servellón García et al. vs. Honduras, 21 de septiembre de 2006
- CorteIDH, Tibi vs. Ecuador, 7 septiembre 2004
- CorteIDH, Tiu Tojín vs. Guatemala, 26 noviembre 2008
- CorteIDH, Valle Jaramillo vs. Colombia, 27 noviembre 2008
- CorteIDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 julio 1988
- CorteIDH, Vélez Loo vs. Panamá, 23 noviembre 2010
- CorteIDH, Vélez Restrepo y familia vs. Colombia, 3 septiembre 2012
- CorteIDH, Vera Vera vs. Ecuador, 19 mayo 2011
- CorteIDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 julio 2006
- CorteIDH, Yatama vs. Nicaragua, 23 junio 2005
- CorteIDH, Yvon Neptune vs. Haití, 6 mayo 2008

TERCERA PARTE

**POLÍTICAS PÚBLICAS
MIGRATORIAS Y DERECHOS
HUMANOS**

6

LAS MIGRACIONES COMO OBJETO DE INTERÉS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Itziar Gómez Fernández
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La migración es un fenómeno complejo que puede leerse en muchas claves. El enfoque que se adopta en este capítulo identifica a las personas migrantes como sujetos integrantes de un colectivo particularmente vulnerable, como sujetos titulares de derechos humanos y, en tercer término, como sujetos destinatarios de determinadas políticas públicas, que son formuladas precisamente en torno a la condición migrante de los sujetos a que se dirigen. La exposición realizada procura integrar estas tres dimensiones subjetivas mostrando que, la especial vulnerabilidad del colectivo exige de los poderes públicos una mayor posición de garante y promotor de los derechos fundamentales del mismo, obligación que debe condicionar, limitar y orientar, sin lugar a dudas, la acción de promoción de las políticas públicas que se identifican a la hora de abordar el complejo fenómeno migratorio.

1. NOCIONES INTRODUCTORIAS

La migración, entendida como un conjunto de situaciones de desplazamiento de seres humanos de sus lugares de origen o de residencia habitual a otros lugares que serán el destino de su proyecto migratorio, es un fenómeno complejo que puede leerse en muchas claves: como fenómeno económico, como fenómeno político, como fenómeno sociológico, como realidad estadística, como fenómeno vinculado al desplazamiento de trabajadores y por tanto a las necesidades del mercado de trabajo mundial, como factor inescindible de las políticas de desarrollo, etc. y cada enfoque

aporta datos interesantes para la reflexión¹, porque de cada enfoque pueden extraerse lecturas positivas y negativas de una realidad migratoria que, a principios del siglo XXI alcanza magnitudes globales, universales y preocupantes desde el punto de vista político y sociológico para los países que se encuentran en el origen, en el destino, o en el tránsito de estos masivos flujos humanos, esto es, de uno u otro modo, para todos los países del mundo.

Ahora bien, el enfoque que vamos a trabajar aquí habla de una perspectiva en que los inmigrantes se identifican, por un lado, como sujetos integrantes de un colectivo particularmente vulnerable, por otro como sujetos titulares de derechos humanos, universalmente proclamados, universalmente válidos y por tanto universalmente dignos de protección, y en tercer término como sujetos destinatarios de determinadas políticas públicas, que son formuladas precisamente en torno a la condición migrante de los sujetos a que se dirigen.

No obstante esta descripción poliédrica de la aproximación a los migrantes, la exposición que realizamos integra las tres dimensiones, tratando de mostrar que, la especial vulnerabilidad del colectivo exige de los poderes públicos una mayor posición de garante y promotor de los derechos fundamentales del mismo, obligación que debe condicionar, limitar y orientar, sin lugar a dudas, la acción de promoción de las políticas públicas que se identifican a la hora de abordar el complejo fenómeno migratorio. La conexión entre la particular vulnerabilidad del colectivo y su proclamación como titulares de derechos exige analizar si existe una categoría de “derechos humanos de los migrantes” o si sencillamente hablamos de la aplicación del discurso general de los derechos a un colectivo con determinadas características (apartado 2).

Superado este primer momento de la reflexión, se pretende estudiar a los inmigrantes como destinatarios de políticas públicas,

¹ En este sentido véase el documento de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1 de octubre de 2013, sobre el Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo. Disponible en línea en

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N13/496/07/PDF/N1349607.pdf?OpenElement>. (Último acceso de 15 de noviembre de 2013).

estructurando las mismas en torno a tres grandes ejes: las políticas de control de flujos, las políticas de integración y las políticas de retorno y “re-integración” (apartado 3).

En tercer término se realizará una aproximación general a los instrumentos normativos nacionales e internacionales en cuyo respeto deben anclarse las políticas antes descritas, para verificar así cuales son los límites al desarrollo de las mismas (apartado 4).

Por último se abordará el papel que juegan determinados derechos concretos como herramientas clave de la política de integración (apartado 5).

Planteado el itinerario del capítulo conviene realizar algunas aclaraciones conceptuales básicas.

El migrante es la persona que, de forma voluntaria, traslada su residencia habitual de un lugar a otro, con la intención de instalarse en el país de destino, por un período de tiempo más o menos largo buscando mejorar sus condiciones de vida². La categoría genérica de migrante incorpora la noción de **inmigrante** si la situación migratoria se observa desde la perspectiva de quien llega a un país de acogida, y la de **emigrante** si lo hace desde la perspectiva del país de origen del que sale la persona que se desplaza.

En términos generales el migrante económico –que es cuantitativamente el predominante dentro del colectivo–, esto es aquel que traslada su residencia habitual de un lugar a otro buscando mejorar sus condiciones de vida, entra en una situación de vulnerabilidad una vez empieza su viaje que le hace especialmente digno de atención cuando adoptamos un enfoque de derechos humanos. Aceptando la anterior afirmación como válida, no debemos olvidar que la vulnerabilidad del migrante es inversamente proporcional a su formación, a su capacidad económica y a su condición administrativa, de modo que es más

² Para completar este glosario se puede acudir al Documento de la OIM: *Fundamentos de Gestión de la Migración. Para las Personas Encargadas de Formular Políticas y Profesionales. Volumen Uno. Fundamentos de la Gestión de la Migración*. OIM. Ginebra 2004. Disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/covers/EMM_sp_vol1_part1.pdf (último acceso 27 de enero de 2014). También puede ser útil al respecto el texto de OIM: *Derecho Migratorio Internacional, Glosario sobre Migración*, RICHARD PERRUCHOUD (Ed.), OIM, Ginebra, 2004. Disponible en http://publications.iom.int/bookstore/free/IML_7_SP.pdf (último acceso el 27 de enero de 2014)

sensible a las eventuales lesiones de derechos quien se encuentra en una peor situación socioeconómica y socioeducativa de partida.

En este texto los migrantes económicos van a ser el objeto fundamental de análisis. Pero esta opción metodológica, cuya finalidad es meramente pedagógica porque nos permite centrar nuestro análisis, nos obliga a descartar la aproximación a otras realidades que, sin dejar de ser sumamente interesantes, tienen características propias que exigirían un tratamiento individualizado y diverso del aquí realizado. En concreto, no vamos a considerar, en este trabajo, como nociones equivalentes o sinónimos las categorías de migrantes y desplazados por un lado, y las categorías de migrantes y víctimas de trata de personas por otro.

Así consideramos que los **desplazados** son las personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual como resultado de o para evitar los efectos de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que pueden haber cruzado o no una frontera estatal internacionalmente reconocida³.

En la definición de desplazado no interviene necesariamente el tránsito de un país a otro, mientras que en la de migrante siempre existe el elemento transnacional.

Por otro lado entenderemos que los **sujetos de trata** son personas que se ven sometidas al fenómeno definido en el art. 3 del Protocolo de Palermo⁴, esto es: *"Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al*

³ Definición de desplazado extrapolada de los *"principios rectores de los desplazamientos internos"*, contenidos en la Adición al Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng. Documento E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998, del 54º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social (ECOSOC), Organización de las Naciones Unidas (ONU).

⁴ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por Resolución general A/RES/55/25 de 15 de noviembre 2000 en el 55 período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en Palermo (Italia). Es posible verificar el estado de las ratificaciones al Protocolo en la web de Naciones Unidas https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en (último acceso el 27 de enero de 2014)

abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Es importante no confundir la noción de trata con la noción de tráfico de inmigrantes. El uso de la terminología anglosajona en este punto puede resultar desorientador, por lo que interesa clarificar conceptos. En inglés se utiliza la expresión “trafficking” para calificar lo que entendemos por trata de personas y no por tráfico de inmigrantes, utilizándose para este último fenómeno la expresión “assisting illegal immigration”, o “smuggling”. A pesar de que en ambos casos existen características intercambiables, en la literatura internacional sobre la materia se marca una línea divisoria clara entre “trata” (trafficking) y tráfico (smuggling), refiriéndose este último fenómeno a la situación en la cual una persona solicita de otra ayuda para cruzar una frontera utilizando métodos o recursos ilegales. Ambas situaciones colocan al inmigrante en situación de especial vulnerabilidad, y de sometimiento a las mafias y redes criminales pero la voluntariedad y consciencia de la conducta de quien se desplaza, en uno y otro caso, marcan notables diferencias.

La discriminación terminológica realizada nos permite avanzar en el planteamiento de algunas nociones introductorias generales.

En primer lugar es preciso reconocer que los desplazamientos protagonizados por los migrantes describen flujos, es decir movimientos de población que van de un lugar de origen a un lugar de destino, impulsados y atraídos respectivamente (y casi siempre de manera simultánea) por factores de expulsión y de atracción.

Entre los primeros cabe citar la pobreza, la guerra, el hambre, las desigualdades económicas, demográficas y sociales, la inestabilidad política, climática o medioambiental, la existencia de

regímenes no democráticos y de atentados contra los derechos humanos⁵, etc. Entre los segundos destacan la percepción de existencia de oportunidades para mejorar las condiciones de vida propias o las de la familia, la existencia de redes de inmigrantes anteriores en la región de destino, la mejora de las comunicaciones transnacionales, la necesidades de mano de obra allí donde los efectivos nacionales no alcanzaban a cubrir la demanda del mercado laboral, las conexiones coloniales entre el país de origen y el país de destino, la lengua común, la situación geográfica de proximidad, la concurrencia de una serie de acontecimientos históricos que favorezcan el establecimiento de un flujo determinado entre un país y otro y las políticas migratorias de los países de destino.

Así las regiones en las que los factores de expulsión son mayores se constituyen en regiones de emigración o de origen, y aquellas en que son predominantes los factores atractivos se conforman como zonas de inmigración o de destino, definiéndose como zonas de tránsito aquellas que se caracterizan por ser paso obligado entre las primeras y las segundas. Hoy por hoy, buena parte de los países del mundo pueden clasificarse en una o dos (origen y tránsito o destino y tránsito) de estas categorías, y pocos son los Estados que encauzan eficazmente el fenómeno migratorio, bien por inexistencia de una estructura política que permita guiar la gestión del problema, bien por la abierta contradicción entre una política de control de flujos y un adecuado respeto de los derechos humanos de las personas migrantes, bien porque la realidad, esto es la existencia de personas migrantes en un determinado territorio, supera las previsiones políticas y la voluntad de solventar situaciones de vulneración de derechos de estos que son “no

⁵ Informe de la Primera Reunión Foro Global sobre Migración y Desarrollo (Bélgica, 9-11 de julio, 2007, Bruylant, Bruxelles, 2008). Resulta pertinente recordar aquí que el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo es una iniciativa internacional y multilateral, surgida en el marco del Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo celebrado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006. Tal iniciativa ha dado lugar a la celebración de seis reuniones hasta la fecha (Bruselas en 2007, Manila en 2008, Atenas en 2009, Puerto Vallarta en 2010, Ginebra en 2011, Port Louis - Mauricio en 2012) y la lectura de sus informes y conclusiones es sumamente interesante para quien desea seguir la actualidad sobre la cuestión migratoria y la aproximación a la misma desde la sociedad internacional. El Foro Global posee su propia página web en la dirección <http://www.gfmd.org/> (último acceso el 27 de enero de 2014)

ciudadanos”, sencillamente por no poseer la nacionalidad del país en que se encuentran.

Junto a la percepción del fenómeno migratorio como un fenómeno dinámico y fuertemente condicionado, no puede dejarse de hablar de otras dimensiones del mismo.

Así, se trata, por ejemplo, de un **fenómeno histórico**, en la medida en que existen evidencias de estilos de vida sedentaria y migratoria que coexistieron durante todos los periodos de la historia mundial⁶.

También se trata de un **fenómeno estadístico**, que precisa de un análisis cuantitativo muy complejo. De hecho uno de los grandes problemas que se asocian al estudio del fenómeno migratorio tiene que ver con las dificultades de conocer, exactamente, las dimensiones numéricas de los desplazamientos migratorios. Los datos estadísticos en materia de migraciones se usan para describir, reflejar y respaldar un mejor entendimiento de lo que está sucediendo y para tomar decisiones más informadas sobre políticas que puedan relacionarse con todas las facetas de la migración, particularmente las políticas de control de flujos y las de integración. Sin embargo la realidad nos demuestra que, a pesar de la importancia de los datos numéricos, no existen datos cuantitativos sobre el fenómeno migratorio suficientemente fiables, con lo que la adopción de decisiones respecto del diseño de políticas públicas al respecto se produce a espaldas de los datos. Ciertamente se trabaja tanto a nivel nacional como a nivel internacional⁷ para solventar esta carencia⁸, pero no lo es menos que el objetivo a alcanzar es aún lejano.

⁶ Tomado de OIM: *Fundamentos de Gestión de la Migración. Para las Personas Encargadas de Formular Políticas y Profesionales. Op. Cit.*

⁷ Varias agencias trabajan en la producción de estadísticas de migración en el ámbito internacional. Estas agencias incluyen: la División de Población de las Naciones Unidas; la División de Estadística de las Naciones Unidas, las Comisiones económicas regionales de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Comisión Europea, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Consejo de Europa y Eurostat. De entre ellos la *División de Población de las Naciones Unidas* desarrolla un trabajo especialmente interesante en la recopilación de datos sobre migración global, especialmente datos usuales sobre migración obtenidos en censos de población. Pueden consultarse los datos trabajados por la División de Población (Population Division) en <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm>,

Dicho de otro modo hoy por hoy existe la certeza de que los números de los que se disponen no reflejan de manera incontrovertible la realidad migratoria internacional. El hecho de que buena parte de los movimientos migratorios se den, por distintas razones, en la clandestinidad, y el hecho de que en muchos países no se haga un seguimiento del número de inmigrantes (por razones estructurales, políticas o de carencias económicas) impiden saber el total de inmigrantes que se mueven por el mundo, a pesar de existir algunas estimaciones que permiten una aproximación a la magnitud del fenómeno.

Por último no huelga recordar que el fenómeno migratorio siempre ha de ser considerado como una suma de fenómenos complejos, en que se congregan cuestiones sociológicas, politológicas, jurídicas, geográficas, etc...

2. LOS INMIGRANTES COMO COLECTIVO: ESPECIAL VULNERABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Considerar a las personas migrantes como un colectivo no deja de ser simplificador desde el punto de vista conceptual. Ni todos los migrantes son iguales, ni todos se sitúan en el mismo nivel de vulnerabilidad. Existen otras variables que, unidas a la condición migratoria, determinan la particular vulnerabilidad de quien hemos definido como migrantes. Así la situación económica, el género, la edad, y la propia historia migratoria van a establecer diferencias marcadas entre unas personas migrantes y otras.

No obstante, porque pedagógicamente puede resultar interesante, vamos a partir de la premisa de que existe la posibilidad de considerar a los inmigrantes en una determinada sociedad como colectivo, habida cuenta de la condición de "extranjero" que todos ellos tienen en común. Y del mismo modo vamos a imaginar que los "retornados", esto es las personas que

particularmente en el apartado relativo a las migraciones internacionales: <http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/international-migration/index.shtml> (último acceso el 27 de enero de 2014).

⁸ En un esfuerzo por armonizar las prácticas nacionales y lograr una mejor comparabilidad entre los datos sobre migración de diferentes países, Naciones Unidas ha publicado el texto *Recomendaciones sobre estadísticas de las migraciones internacionales* Statistical Division United Nations. United Nations Publications, 1999 (última versión).

emigraron y que, en un momento dado, regresan por voluntad propia o por haber resultado expulsadas del país donde residían como inmigrantes, a su país de origen, también pueden ser tratadas como un colectivo, en virtud de la condición de nacionales que están de regreso en “su país” y que es común a todos ellos.

El Preámbulo de la Resolución AGNU 60/169⁹, relativa a la protección de los migrantes, reconoce su especial vulnerabilidad y enumera muchas de las causas subyacentes de las misma: *“las dificultades que enfrentan a causa de su discriminación en la sociedad, las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, especialmente en el caso de los migrantes indocumentados o en situación irregular”*¹⁰. Pero sin duda, el elenco más elocuente es el que se puede extraer de los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los inmigrantes¹¹, que hacen especial hincapié en las siguientes lesiones:

- a. malos tratos en el contexto del control de fronteras;
- b. muertes a causa del uso excesivo de la fuerza por agentes de los cuerpos de policía y seguridad;
- c. detención arbitraria, incluso de menores;
- d. retención de pasaportes;
- e. condiciones de detención inhumanas;

⁹ Resolución 60/169, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.2 (Part II)). Disponible en la web de la ONU, en la dirección

http://www.un.org/en/qa/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/169&Lang=S (último acceso el 28 de enero de 2014).

¹⁰ Sobre este tema puede consultarse el texto de DANIEL REDONDO: “Flujos migratorios mixtos y la protección de los derechos humanos de las personas migrantes: el papel de la OIM”, Punto Focal de Derecho Internacional de la Migración, Oficina Regional de la OIM en San José, Working Paper, agosto 2008.

¹¹ El mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1999/44. Se pueden consultar sus informes en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>, y más concretamente en la dirección http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97 (último acceso el 28 de enero de 2014). De la lectura de estos informes se extraen los puntos tratados en el texto.

- f. deportaciones colectivas, expulsiones sumarias y vulneraciones de los derechos humanos de los deportados;
- g. abusos en las condiciones de trabajo por parte de los empleadores, que en ocasiones suponen condiciones análogas a la esclavitud o al trabajo forzoso;
- h. abusos por parte de las agencias de contratación de trabajadores migrantes como consecuencia de la falta de regulación de ese sector.
- i. impago de salarios;
- j. negación del derecho de asociación y reunión;
- k. restricciones a la libertad de circulación, abusos verbales y físicos y condiciones precarias en el alojamiento que los empleadores pueden estar obligados a proporcionar;
- l. impunidad por delitos cometidos contra inmigrantes;
- m. violencia de género.
- n. ...

Resulta evidente poner de manifiesto que el anterior no es un elenco cerrado, aunque sí ilustrativo de situaciones de particular vulnerabilidad de derechos humanos. En este contexto, apenas esbozado, resulta particularmente compleja la situación de los inmigrantes irregulares, las mujeres y los menores, en particular los menores no acompañados. Dicho de otro modo, estos colectivos se identifican como particularmente sensibles a las lesiones de derechos humanos, y por tanto particularmente vulnerables.

Los inmigrantes irregulares, esto es aquellos que no gozan de los títulos administrativos necesarios para entrar o permanecer en un país de tránsito o de destino, son particularmente sensibles a las vulneraciones de derechos al situarse en las fronteras de la legalidad. Por esta razón son en muchas ocasiones invisibles al sistema de garantías jurídicas, y en otras el “elemento ejemplificador” de las políticas restrictivas de derechos de los extranjeros. Dicho de otro modo, a la hora de diseñar una política de recorte de derechos a los “no nacionales” se justifica con más facilidad que el mismo afecte a los extranjeros irregulares, a los

“sin papeles”, porque estos últimos, en el discurso que sustenta este tipo de políticas, no tiene “ni siquiera derecho a estar en el territorio”, por lo que aún menos tiene “derecho a reclamar derechos”. Además, la situación de irregularidad de un inmigrante suele ir asociada a la ausencia de un permiso de trabajo, de modo que existe un presupuesto de desplazamiento de este colectivo hacia el desarrollo de actividades en la “economía sumergida”, siempre peor remuneradas y caracterizadas por la presencia de un mayor nivel de explotación laboral, y la práctica totalidad de derechos laborales clásicos (huelga, descanso remunerado, igualdad en la remuneración, etc...) ¹²

En el caso de la mujer migrante ¹³, si bien la experiencia de la migración puede ser una experiencia de independencia para ella, ya que le da la ocasión de apartarse de sociedades donde predominan formas tradicionales y patriarcales de autoridad y empoderarse por medio del trabajo y la obtención de recursos económicos propios que les permiten ejercer un mayor poder de decisión en sus vidas cotidianas, también puede llegar a darse el efecto opuesto. Así se han identificado situaciones de mujeres que migran para casarse –en muchas ocasiones mediante matrimonios concertados sin su consentimiento- y realizar trabajos domésticos, o que lo hacen para trabajar en las industrias del entretenimiento y el sexo. Dejando aparte las situaciones de trata de personas a las que ya nos hemos referido anteriormente, y partiendo del presupuesto de que se trate de situaciones libremente elegidas, los dos tipos de situaciones descritas hacen a las mujeres particularmente vulnerables a la explotación y al aislamiento social, problemas que se acrecientan en el nada infrecuente supuesto de

¹² Para profundizar en esta cuestión, desde la perspectiva de los países de recepción de migrantes, en este caso los países de la Unión Europea, pueden consultarse los siguientes trabajos: CHUECA SANCHO, Ángel (Dir.): *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*. Valladolid: Lex Nova, 2010; MARTÍN ARRIBAS, Juan José: “Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el derecho de la Unión Europea”, en: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 32 (2013), p. 11-53; y SCUTO, Filippo: “Derechos de los inmigrantes en situación irregular”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16 (2011); p. 215-260.

¹³ Véase RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: “Mujer, inmigrante, irregular : otras víctimas escondidas de la violencia de género”, en *El derecho y la economía ante las mujeres y la igualdad de género*, Valladolid: Lex Nova, (2011); p. 161-180.

que las mujeres no hablen el idioma del país en el que viven o no tengan acceso a redes sociales de apoyo. Otro fenómeno observado también con frecuencia es que muchas mujeres migrantes son particularmente propensas a sufrir violencia de género, precisamente a causa de su empoderamiento económico y laboral, y como consecuencia del cambio de roles en los géneros que ello supone y que es mal aceptado por determinadas culturas marcadas por un acentuado machismo. Y lo anterior sin hablar de problemas que, afectando también a los hombres, se acentúan en el caso de las mujeres, como la discriminación sufrida en el mercado de trabajo que les obliga a dedicarse a empleos para los que están sobrecualificadas y en los que serán pagadas aún menos que sus compañeros varones¹⁴.

En lo que hace a los niños, y aun dando por sentado la mejor capacidad de adaptación de los menores a las sociedades de acogida, no se puede obviar que estos también pueden sufrir problemas por encontrarse en una sociedad donde la lengua, la cultura, los valores y el estilo de vida son completamente diferentes a los que se transmitían, no solo en su país de origen, sino también, y principalmente, en las familias (inmigrantes) en las que se están criando. Las situación migratoria pueden provocar tensiones entre generaciones en los hogares y estos conflictos pueden afectar a la salud y el bienestar de los niños y niñas migrantes que, además, cuando crecen, particularmente si pertenecen a una minoría étnica o religiosa, pueden sentirse alienados y tener dudas sobre su identidad, en particular si son víctimas de discriminación y xenofobia¹⁵, de ahí la importancia de desarrollar adecuadas políticas de integración, particularmente de los menores que conforman lo que ha venido en denominarse las “segundas generaciones”, esto es los descendientes directos de

¹⁴ Tomado de OIM: *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales*. Suiza, Octubre 2005, pag. 52. El informe completo está disponible en línea en <http://es.scribd.com/doc/40828610/Informe-de-La-Comision-Mundial-Sobre-Las-Migraciones-Internacionales> (último acceso el 28 de enero de 2014).

¹⁵ Tomado literalmente de OIM: *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales*. Suiza, Octubre 2005, pag. 53. Véase referencia en la nota anterior.

inmigrantes que, o bien llegaron muy pequeños a las sociedades de acogida o bien nacieron ya en esas sociedades que, indefectiblemente, son las suyas propias.

Dentro del colectivo de los niños y adolescentes, los menores extranjeros no acompañados (MENAS), esto es aquellos que migran solos, sin la compañía de adultos de referencia, y que llegan al país de destino en una situación de total desprotección, son particularmente vulnerables. En estos casos las autoridades nacionales, particularmente las de los Estados que han ratificado la Convención de Derechos del Niño, se ven obligadas a adoptar una posición de tutela de estos menores que se sitúan en situaciones de especial sujeción con la administración, una administración que, debiendo velar por sus intereses como corresponde a un tutor, en muchos casos lo que procura es repatriar a esos menores a sus países de origen a la mayor brevedad, independientemente de la voluntad de los menores, existiendo, en muchos otros supuestos, situaciones de desatención patente¹⁶.

Para hacer frente a las situaciones descritas de especial vulnerabilidad se han desarrollado mecanismos internacionales de reconocimiento de derechos a los migrantes, particularmente a los trabajadores migrantes y sus familias. A estos instrumentos haremos referencia más adelante. Pero, sin perjuicio del desarrollo de mecanismos específicos de protección, las personas migrantes son titulares, quizá por obvio sea casi innecesario decirlo, de todos los derechos humanos, aunque la condición migratoria, hace que algunos de esos derechos sean particularmente relevantes en este contexto. Hablamos del derecho a la libertad de movimiento, de la prohibición de expulsión colectiva de los extranjeros, del derecho a buscar asilo, del derecho a la nacionalidad, del derecho a la unidad familiar y de los derechos laborales, estos últimos particularmente importantes cuando afrontamos la cuestión migratoria desde la

¹⁶ En relación con los menores no acompañados interesa la lectura de los siguientes documentos: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS: *Guía de políticas y procesos en la atención a niños sin acompañante solicitantes de asilo*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1977; y FUNDACIÓN PERE TARRÉS: *Rutas de pequeños sueños: los menores migrantes no acompañados en Europa*, Barcelona, Fundación Pere Tarrés, 2005.

perspectiva de las migraciones económicas, aquellas que desplazan una mayor cantidad de personas del sur global al norte global.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EN TRES EJES: CONTROL DE FLUJOS, INTEGRACIÓN, RETORNO Y REINTEGRACIÓN

Para entender el diseño de políticas públicas destinadas a la población migrante y el alcance de los derechos humanos como límite de aquel es preciso partir de una premisa que, podemos discutir desde el punto de vista ético-moral, pero que, normativamente es incontestable.

Hoy por hoy, no existe un derecho humano internacional, constitucional o consuetudinariamente reconocido a inmigrar, es decir a entrar en un país que no es el propio en condición de inmigrante.

El derecho a la libertad de movimiento, a que antes nos hemos referido un poco más arriba, es un principio fundamental en el contexto de la migración internacional, que se encuentra en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y en la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, pero no supone el derecho a "inmigrar", esto es a entrar en un país del que uno no es nacional sin ningún límite.

Establece el art. 13 de la Declaración Universal en su apartado 1 que "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado" y en su apartado 2º se afirma que "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país", a lo que se añade que "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado" (art. 9), que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país" (art. 14) y que "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad", de modo que "A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad"

Por su parte, los artículos 12 y 13 del PIDCP establecen lo siguiente:

Artículo 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él

y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

En síntesis, el derecho a la libertad de movimiento supone que cualquier persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado tendrá, dentro de ese territorio, el derecho a la libertad de movimiento y la libertad para elegir su lugar de residencia. También implica que cualquier persona será libre de salir de cualquier país, incluyendo el suyo propio, es decir, si comprende un derecho a “emigrar” al que va aparejada la prohibición de privar de manera arbitraria a una persona del derecho de entrar, de regresar, a su propio país. Pero, en ningún caso, se reconoce un derecho a “inmigrar” y por tanto no se puede considerar la existencia de una obligación, por parte de los estados firmantes de estos dos documentos internacionales, de admitir indiscriminadamente en el territorio nacional a cuantos tengan a bien querer acceder al mismo.

Partiendo, por lo tanto, de la negación de la existencia normativa del derecho a inmigrar, tal ausencia lleva aparejada la afirmación de que cada Estado goza de la soberanía precisa para decidir a qué personas, que no gozan de la nacionalidad de dicho

Estado, se les permite o no entrar en el territorio nacional, así como para decidir en qué condiciones se realiza la entrada, y cuál es el estatuto de la persona migrante una vez se ha producido el ingreso en el país.

Estas facultades del Estado, implícitas en el vacío que se genera al no reconocer un derecho a inmigrar, exigen que el mismo desarrolle una política de control de flujos que determine en qué condiciones permitirá el acceso al territorio estatal de quienes no son nacionales, y le colocan en la tesitura de tener que desarrollar una política de integración, para el supuesto de que su política de control de flujos de lugar a la permeabilidad de la frontera, y por tanto presuponga la admisión de ciudadanos de origen extranjero en el país.

3.1. La política de control de flujos

Visto lo anterior, es fácil llegar a la conclusión de que todos los Estados del mundo, incluso aquellos con una normativa migratoria más “permisiva” o permeable a la entrada de extranjeros en el país, ejercitan la soberanía vinculada a la “elección de los ciudadanos extranjeros a los que se admite intramuros”, y lo hacen mediante la articulación de una política de control de flujos a través de la cual determinarán:

- las condiciones para la admisión de no nacionales (entrada),
- las condiciones de permanencia en el país de acogida (residencia),
- y las modalidades de retorno voluntario o forzado (devolución o expulsión).

Lo habitual es que las líneas generales estructurantes de esta política vengan contenidas en una norma con rango legal. En el mejor de los casos las Constituciones nacionales exponen algunos elementos fundamentales de la política migratoria, sirviendo tales disposiciones supralegales como marco de contención de la acción del legislador. Pero resulta más habitual que sea la ley, esto es el legislador, quien establezca las reglas fundamentales de entrada, permanencia y salida de un ciudadano extranjero al, en o del territorio nacional.

El sometimiento del inmigrante a las condiciones legales de entrada y residencia supone su catalogación como inmigrante legal o regular. Por el contrario el no sometimiento a las mismas coloca al inmigrante en una situación irregular que le va a impedir el ejercicio de determinados derechos, y que le hace además susceptible de ser sujeto a detención administrativa, reclusión en centros de retención de inmigrantes y expulsión. Además, la condición de estancia o residencia regular en el país anfitrión suele ser inexcusable para la solicitud de la nacionalidad por naturalización, una vez transcurre un tiempo, variable en función de las legislaciones nacionales, en el que se ha disfrutado de la estancia regular. No obstante lo dicho, precisemos que las medidas relacionadas con la adquisición de la nacionalidad tienen más que ver con las políticas de integración que con las de control de flujo, puesto que se relacionan con la adquisición de plenos derechos políticos por parte del extranjero de origen, y, como veremos más adelante, los derechos en este punto son herramientas o instrumentos de la integración.

En síntesis, el diseño de la política de control de entrada o de control de flujos exige determinar las condiciones de entrada y de disfrute de la residencia, así como de la obtención del permiso de trabajo. A su vez se asocia a la necesidad de establecer medidas de restitución de la legalidad para garantizar que las personas que no gozan de los permisos pertinentes no entren ni residan de hecho en el país anfitrión, así como medidas sancionadoras que desincentiven la entrada y permanencia irregular y que garanticen asimismo el retorno a un estado de cosas respetuoso con las previsiones legales a que nos referíamos. La cuestión es que el margen de apreciación de que disponen los Estados para hacer este diseño es sumamente amplio y no parece que existan más límites que el respeto a los derechos humanos de los inmigrantes, puesto que no existen restricciones categóricas significativas sobre la autoridad de un Estado para determinar los requisitos de admisión¹⁷.

¹⁷ OIM. *Fundamentos de Gestión de la Migración. Para las Personas Encargadas de Formular Políticas y Profesionales. Volumen Uno. Fundamentos de la Gestión de la Migración*. OIM. Ginebra 2004.

En este contexto, en el año 2002, la Relatora Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Inmigrantes ya observó que, en tanto que sujetos de una política de control de flujos traducida normativamente en las leyes y reglamentos “de extranjería”, los inmigrantes son particularmente vulnerables a la privación del derecho a la libertad. Por una parte, existe una tendencia a considerar como delito las violaciones de las normas de inmigración y a castigarlas con severidad, en un intento de poner freno a las migraciones irregulares. Por otra, un gran número de países recurre a la detención administrativa de los migrantes irregulares mientras se tramita la deportación¹⁸. En este mismo informe se dice: *“en general, los migrantes sujetos a procedimientos administrativos tienen muchas menos garantías y derechos que las personas sometidas a un procedimiento judicial. Los fundamentos jurídicos de la detención administrativa de los migrantes son con frecuencia demasiado amplios y discrecionales y no siempre se fijan legalmente o se respetan los plazos. A menudo a ello se suma la ausencia de mecanismos automáticos del examen judicial o administrativo y la falta de otras garantías procesales, tales como el acceso a intérpretes y abogados, así como las restricciones al derecho a ser informado de los motivos de la detención y los mecanismos de apelación y al derecho a informar a los representantes consulares o de las embajadas de sus países. Todos estos elementos ponen a la detención administrativa al abrigo de todo control, dan poderes desproporcionados a las autoridades de inmigración, y propician situaciones de discriminación y agresión. La legislación y las prácticas permiten a veces que la detención administrativa sea muy prolongada o indefinida, pese a que las instalaciones construidas o utilizadas para este propósito no estén equipadas para una detención de ese tipo. En éstas no se facilita el acceso a la educación, las actividades recreativas y los servicios médicos adecuados. Según la información recibida, en muchos centros de alojamiento de migrantes se registran situaciones de hacinamiento y las*

¹⁸ Informe presentado el 30 de diciembre de 2002, por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, en el 59º período de sesiones.

condiciones de detención no respetan las normas, los criterios y los principios internacionales, y a veces conllevan tratos inhumanos o degradantes. Con frecuencia, en estas instalaciones no se tiene acceso a un mecanismo externo de inspección y reclamación, y los mecanismos de presentación de denuncias o no existen o no son accesibles. La falta general de supervisión externa y de formación relativa a los derechos humanos permite la tortura, los abusos y los malos tratos. Con frecuencia los migrantes indocumentados privados de libertad no reciben la asistencia y protección legal, médica, social y psicológica adecuadas ni de las instituciones de los países de acogida ni de sus representantes consulares. A menudo las oficinas consulares no disponen del equipamiento, el personal y los conocimientos técnicos necesarios. En algunos casos, debido a la falta de documentos, los consulados o embajadas no reconocen a los migrantes indocumentados como ciudadanos de sus países”.

Este diagnóstico, realizado hace más de una década, sigue siendo válido hoy en día, y seguramente las soluciones propuestas entonces por la Relatora Especial sean también hoy sugerencias razonables sobre las que reflexionar en clave de derechos humanos:

- sería conveniente que las infracciones de las leyes y normas de inmigración no sean consideradas delitos en virtud de la legislación nacional, sino simples infracciones administrativas, puesto que, a priori, las normas de extranjería son normas administrativas y no penales;
- los gobiernos deberían considerar la posibilidad de abolir progresivamente todas las formas de detención administrativa, particularmente las que se producen cuando se detecta una situación de irregularidad en el territorio nacional, se dicta orden de expulsión, y se retiene al inmigrante para garantizar su salida del territorio nacional, puesto que ese tipo de retención no es más que una privación de libertad administrativa que tiene muy poca justificación, por no decir ninguna, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales;

- y, en el peor de los casos, cuando no sea posible evitar la retención administrativa, por ejemplo en los casos de retención en frontera para proceder a la devolución, se debería instar a las autoridades nacionales a adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes privados de libertad, se denomine o no, conceptualmente, a la situación de esas personas como situación de privación de libertad.

3.2. La política de integración social de los inmigrantes

Una vez instalada una persona en el país de destino, la preocupación de las autoridades ha de pasar por gestionar una adecuada integración del inmigrante en la sociedad de acogida, para evitar la conflictividad social y garantizar que las condiciones de vida de quienes llegan sean, si no equivalentes a las expectativas que se crearon en el país de origen, al menos respetuosas con la dignidad humana y con el respeto a sus derechos fundamentales.

La idea de integración, noción de contenido incierto, alcance indeterminado, y naturaleza bidireccional, que podría definirse como el fenómeno de acomodación del extranjero a la sociedad de acogida y de la sociedad de acogida al extranjero, va a ser el eje sobre el cual ha de articularse toda reflexión sobre el acceso de los inmigrantes a los derechos fundamentales que son el trasunto, en el orden constitucional interno, de los derechos humanos. Hemos de tener en cuenta que los derechos fundamentales son absolutamente vehiculares de la integración, y lo son particularmente los derechos sociales en la primera fase de acomodación del extranjero a las sociedades de acogida.

Así el ejercicio del derecho al trabajo es esencial para garantizar la autonomía económica de la persona migrante, y es la clave de su integración inicial, porque le sitúa en un contexto determinado como elemento útil, le otorga los medios de vida necesarios para su supervivencia y supone la consecución de uno de los objetivos fundamentales de su proyecto migratorio, esto es la mejora de las condiciones de vida.

Por su parte el derecho a la salud, por ejemplo, es presupuesto del adecuado ejercicio del resto de derechos, y el derecho a la educación es el vehículo básico cuyo ejercicio permite tanto la integración de las segundas generaciones y de los menores inmigrantes, como el acceso al conocimiento de la lengua en el caso de los recién llegados, y, por supuesto, la aproximación entre la sociedad de acogida y el recién llegado, en un escenario de conocimiento mutuo y aprendizaje del respeto a la diversidad. Junto a lo anterior, y en una fase ulterior del proceso de acomodación, el reconocimiento de derechos políticos al extranjero, supone su progresiva consideración como miembro, no solo de la sociedad en que vive, sino de la comunidad política que esa sociedad conforma, con lo que tal reconocimiento profundiza en la idea de identificación e incorporación, integración en suma, del no nacional a la comunidad nacional.

Dicho esto, la primera cuestión a la que el diseño de la política de integración ha de dar respuesta tiene que ver con la "categorización" de los inmigrantes que serán destinatarios de esa política. Dicho de otro modo, el poder público, debe determinar si serán destinatarios de las medidas de fomento de la integración todos los inmigrantes, o sólo aquellos que están en condición de regularidad.

Esta primera cuestión es fundamental y tremendamente compleja. Si el Estado entiende que los extranjeros irregulares no tienen derecho a permanecer en el territorio y que la única política que puede afectarles es la de control de flujos mediante la articulación de medidas de expulsión, eso significa que esas personas no van a ser destinatarios de las medidas de integración, lo que puede suponer, en muchos casos privarles de la titularidad de derechos fundamentales en razón de su condición administrativa, habida cuenta de que la titularidad y el ejercicio de derechos se convierte en uno de los vehículos principales de la integración social. Por el contrario si el Estado asume que, estando los inmigrantes irregulares en su territorio, los mismos han de gozar de determinados derechos básicos que ese Estado reconoce también a sus ciudadanos, eso supone que, directa o indirectamente, estos inmigrantes también van a ser sujetos

destinatarios de unas mínimas medidas de integración suponiendo ello una cierta paradoja: la voluntad del Estado de integrar en su sociedad a determinados sujetos para garantizar la cohesión social parece estar reñida con la voluntad de ese mismo Estado de sacar a esos mismos sujetos de la sociedad porque, “no teniendo derecho de estar en ella”, la restitución de la legalidad quebrantada por la entrada o estancia ilegal, pasaría por la expulsión al país de origen, esto es por la “desintegración” del sujeto, por su salida de la sociedad receptora.

Parece que la segunda posición resulta más respetuosa con los derechos humanos de las personas migrantes, pero al mismo tiempo coloca al estado en una paradoja irresoluble: si aplica una política de control de flujos, no parece fácil aplicar a su vez la política de integración a los irregulares. Si no se aplica la política de integración a los irregulares puede existir un problema de cohesión social y de vulneración de derechos humanos. Pero si, en tanto que Estado aplico una política de integración de irregulares entonces ¿renuncio a una parte sustancial de la política de control de flujos que me corresponde en tanto ente soberano?

Por si todas estas dudas de partida fueran pocas, y suponiendo que pudiéramos resolverlas finalmente, tampoco es fácil optar por una u otra política de integración, porque, pese a lo que pudiera parecer, no existe un solo modelo en el diseño de las mismas, aunque si es cierto que en todas está presente el enfoque de derechos humanos.

Los enfoques a la integración de inmigrantes establecen metas que se pueden colocar en una línea continua que varía desde la unidad (valores comunes y prácticas culturales) en un extremo, hasta la diversidad (diferentes valores y prácticas) en el otro¹⁹.

Los “modelos de integración” son tantos como países. Algunos de ellos suelen ser presentados como modelos paradigmáticos (el inglés, el francés, el alemán, el canadiense, etc...), pero seguramente ninguno de ellos sea extrapolable. Lo que sí puede decirse es que cualquier modelo oscila entre dos

¹⁹ Tomado de OIM: *Fundamentos de Gestión de la Migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales. Volumen III. Gestión de la Migración*. Ginebra, julio 2004.

extremos opuestos: el de respeto al multiculturalismo y el de asimilacionismo. Si por lo general el término integración se utiliza para describir el proceso de introducir un nuevo elemento en un sistema existente, por ejemplo, introducir a los inmigrantes en una nueva sociedad que los recibe, esta introducción puede estar presidida por una voluntad de asimilación, es decir por un proceso mediante el cual un grupo minoritario adopta gradualmente las costumbres y actitudes de la cultura prevaleciente, o por una voluntad de respeto del diversidad, es decir, de aliento y fomento de muchas culturas dentro de una sociedad en lugar de una sola cultura central. Ahora bien, el riesgo de una u otra posición es siempre el riesgo de la segregación voluntaria o involuntaria, es decir el riesgo de que la política o la práctica separe a personas de diferentes razas, clases o grupos étnicos.

Si fuera preciso dividir la noción genérica de políticas de integración en algunos escenarios fundamentales en que articular las mismas podríamos identificar, seguramente, y con carácter básico, los siguientes:

- la integración en el sistema educativo, que se relaciona, obviamente, con el ejercicio del derecho fundamental a la educación.
- la integración económica, que se refiere a la participación de inmigrantes en el mercado laboral, y por tanto al ejercicio de los derechos de los trabajadores, y fundamentalmente del derecho básico al trabajo.
- la integración social, que tiene que ver con la participación de los inmigrantes en la vida social de la sociedad de destino, y que se relaciona con el ejercicio del derecho a la salud, del derecho al matrimonio, en particular cuando proliferan las parejas mixtas, del derecho al ocio y a la ocupación de los espacios públicos, del derecho de asociación y manifestación, etc...
- la integración política, vinculada a la anterior y expresión del éxito de aquella, y relativa al ejercicio de los derechos políticos básicos, y esencialmente del

derecho a integrar partidos políticos y a ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo.

- y la integración residencial, que habla del espacio físico que ocupan los inmigrantes, del ejercicio del derecho a tener una vivienda digna y de la necesidad de evitar la “ghettización” local.

En este orden de cosas, es preciso reconocer que no existe un cuerpo de normas de derecho internacional o de derecho consuetudinario que rijan los procesos de integración, ni las obligaciones de los migrantes para con el Estado. A nivel nacional sí pueden encontrarse este tipo de disposiciones que se articulan, o bien a través de la ley que establece el estatus jurídico de los extranjeros, fijando sus derechos y obligaciones, o bien a través de disposiciones programáticas (programas de actuación político-administrativa).

3.3. Las políticas de retorno y reintegración

Este tipo de políticas pueden ser observadas desde una doble perspectiva: la que se ofrece desde los países de destino de la inmigración y la que se ofrece desde los países de origen.

En muchos casos son los países de destino los que promocionan el retorno voluntario de los inmigrantes cuando “ya no se les necesita”. Es decir, en contextos de crisis económicas como la que vive actualmente Europa, han proliferado las políticas de este tipo, para “animar” a los inmigrantes a regresar a sus países de origen, particularmente en los casos en que estas personas se encuentran desempleadas o en situación de dependencia y, por tanto, son una carga para un Estado receptor acuciado por elevadas tasas de desempleo o por la precarización de la situación económica.

Además de eso, en muchos casos los países de origen también desarrollan políticas de retorno, particularmente cuando situaciones de crecimiento económico demandan la recuperación de mano de obra cualificada que, en muchos casos, se encuentra en el extranjero. La “recuperación” de los nacionales que están en el exterior supone en esos casos un reto, porque el inmigrante puede vivir un “segundo desarraigo”, en especial si tenía hijos menores que se quedaron en el país de origen cuando emigró, o si

eso hijos menores nacieron en el país de destino y se ven abocados a “regresar” a un país que les resulta extraño²⁰. En tales contextos los estados de origen deben desarrollar políticas de “reintegración”, que suponen no tanto el reconocimiento de los derechos a que antes nos referíamos en materia de políticas de integración, puesto que el reconocimiento va implícito en la condición de nacional, cuanto la promoción del ejercicio de esos derechos, la “motivación” que empodere a los retornados y les haga de nuevo elementos activos de la sociedad de que salieron un día, y a la que pueden revertir los beneficios de la experiencia vivida. Solo por poner un ejemplo, una adecuada política de reconocimiento de los títulos académicos o los estudios efectuados en el país de destino del proyecto migratorio, favorece la “reintegración” del nacional retornado en unas condiciones socioeconómicas quizá más favorables de las que tenía en el momento de iniciar el proceso migratorio.

4. EL MARCO NORMATIVO PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS A LAS PERSONAS MIGRANTES: LÍMITES Y ACICATES

El marco normativo dentro del cual ha de moverse el diseño de las políticas de control de flujos, de integración y de retorno viene dado por los tratados internacionales de derechos humanos, las constituciones nacionales y las disposiciones legales de desarrollo de estas últimas. Como resultaría imposible en un trabajo de este tipo realizar un análisis exhaustivo de derecho comparado que resultara útil e ilustrativo, vamos a limitarnos a referir los límites al diseño de políticas en el contexto migratorio derivados de las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

La ***Declaración Universal de Derechos Humanos***, que hoy forma parte del derecho internacional consuetudinario, señala en su artículo 2 que todas las personas tienen los derechos y

²⁰ A este respecto resulta de sumo interés, como ejemplo, la lectura de Charro Baena, Pilar: “Perú: hacia una política integral sobre el retorno. Comentario de la Ley 30001, ley de reinserción económica y social para el migrante retornado”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 32 (2013); p. 323-331.

libertades proclamados en ella, sin distinción alguna debida a, entre otros, su origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Por lo tanto, y al menos como declaración de partida, los derechos humanos básicos recogidos en la Declaración tienen deben ser garantizados en el orden interno por todos los Estado a todos aquellos que estén en sus territorio, por tanto a todos los nacionales y a todos los extranjeros, se encuentren estos en situación regular o irregular²¹. Exactamente en la misma línea es preciso referirse a la **Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966**. El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, en su artículo 2, declara que los Estados tienen que garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. Este artículo prevé una amplia disposición contra la discriminación que incluye el origen nacional o social, nacimiento y otras condiciones sociales, y el artículo 26 establece la protección específica del derecho a la no discriminación.

Por lo que hace al **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales**, establece en su art. 2.2 que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, pero matiza el alcance de este mandato en el apartado 3º del mismo precepto al reconocer que “los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”, de modo que el Pacto abre aquí una brecha que justificaría un trato desigual en materia de reconocimiento de los DESC para los extranjeros que se encuentren en países en vías de desarrollo. En la misma línea que

²¹ Los detalles sobre el contenido de este acuerdo son tomados, casi en su totalidad, de RODRÍGUEZ PIZARRO, G.: “Estado de las migraciones en el mundo”, WP presentado al II Foro Social Mundial de las Migraciones, Madrid, 22 de junio 2006.

los tres textos apuntados, la ***Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), de 7 de marzo de 1966*** condena en su art. 1 la discriminación contra alguna nacionalidad en particular, con lo que es límite inequívoco, entre otras a la práctica, habitual por otro lado, de denegación de visados en función del particular origen nacional del solicitante.

Junto a los instrumentos “generales” citados, en la esfera de actuación de Naciones Unidas es preciso citar **el Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias**, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, y la Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, que contiene la declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven²². La Convención entró en vigor el 1 de julio de 2003, de acuerdo con lo previsto en su art. 87. Es interesante destacar como entre los firmantes de este convenio no hay ningún país de la Europa occidental, ni del nortico, es decir, ninguno de los países que han venido siendo tradicionalmente destino prioritario de los migrantes económicos, y ello a pesar del interés de instituciones como el Parlamento Europeo, que en una Resolución de 15 de enero de 2004 llamaba a la ratificación de este instrumento. Esta larga convención, de 93 artículos, es un intento por reafirmar y establecer normas básicas de derechos humanos y de constituir las como instrumento aplicable a los trabajadores migrantes y sus familiares, especialmente aquellos que se encuentren indocumentados o en situación irregular. En su texto se distingue entre trabajadores migrantes documentados e indocumentados o que se encuentran en situación irregular, y se admite que esta categorización permitirá establecer diferencias en el estatuto jurídico de unos y otros. Sin embargo, la Parte III de la Convención señala un conjunto de derechos de orden civil, político, económico y cultural,

²² Este es un documento de soft law, que no exige por tanto ratificación ni es vinculante en sentido estricto.

aplicables a todos los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias, sea cual sea su situación administrativa²³.

Se trata de:

- El derecho a salir de cualquier Estado, incluyendo el Estado de origen y el derecho de entrar y permanecer en su país de origen (art. 8)
- El derecho a la vida (art. 9)
- El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12)
- El derecho a la libertad y seguridad de la persona y prohibición de arresto o detención arbitraria (art. 16)
- La prohibición de tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante (art. 10)
- La prohibición de esclavitud, servidumbre, trabajo forzado u obligatorio (art. 11)
- La prohibición de interferencia arbitraria o ilegal con su privacidad, familia, hogar, correspondencia (art. 14)
- La prohibición de privación arbitraria de la propiedad (art. 15)
- La prohibición de expulsiones colectivas (art. 22)
- El principio de igualdad de trato entre todos los trabajadores migrantes y los ciudadanos debe aplicarse ante Cortes y Tribunales (art. 18) y debe respetarse en la remuneración y otras condiciones laborales básicas (art. 25). La igualdad debe también ser respetada en aquellos campos como la asistencia médica de urgencia (art. 28) y el acceso a la educación (art. 30).

La Parte IV de la Convención otorga derechos adicionales a aquellos migrantes que están documentados o en una situación regular (véanse en particular los arts. 39 y 40) y la Parte VI establece medidas para prevenir y reducir el ingreso ilegal y el empleo ilegal de trabajadores migrantes.

²³ Párrafo tomado de un trabajo anterior: GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: "Inmigrantes", en Escobar Roca, G. (Coordinador): *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 1958-2046.

Junto a este documento es imprescindible citar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de diciembre de 2000, y los dos protocolos que la completan, esto es el, ya invocado más arriba, Protocolo para Prevenir, Suprimir, y Castigar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Menores, 15 de diciembre de 2000 (en vigor desde el 25 de diciembre de 2003) y el Protocolo Contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en vigor desde el 28 de enero de 2004). Los dos protocolos disponen la exención de responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico y de las víctimas de trata, consagrando el principio de que la migración no es un delito y rechazando la penalización de los migrantes irregulares²⁴.

A su vez cabe destacar la actividad normativa relacionada con algunos grupos específicos dentro del colectivo migrante, como el de los refugiados o asilados políticos, objeto de especial consideración en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados; o el de los apátridas, cuyo estatuto es definido por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954. También cabe citar en el orden universal, como documentos de la Conferencia Internacional de la Haya el Convenio núm. X sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, y el Convenio núm. XXIX tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980. Aunque estos acuerdos no son de aplicación exclusiva a los inmigrantes resultan de interés para interpretar el alcance de la tutela judicial efectiva y de la protección de los menores cuando los sujetos de esos derechos son no nacionales.

Especial atención al colectivo prestan también muchos de los acuerdos adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo²⁵, que ha desarrollado una labor normativa interesante

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Recuérdese que en el ámbito de trabajo de la OIT, esta elabora dos tipos de documentos. Los Convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes desde que entran en vigor para los Estados que los han ratificado, y las Recomendaciones, que recogen principios o directrices de actuación para los Estados y que no son vinculantes, pero que sirven, en la

respecto de los derechos que han de acompañar al trabajador migrante y a su familia²⁶, que se contiene en:

- El Convenio nº 143, de 24 de junio de 1975, sobre los trabajadores migrantes
- Los Convenios nº 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949 y revisado en 1949 y 1967, y nº 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 26 de junio de 1958.
- y las Recomendaciones nº 86 sobre los trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949; nº 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, de 22 de junio de 1955 (en situación provisoria); y nº 151 sobre trabajadores migrantes, de 24 de junio de 1975.

Obviamente los instrumentos citados no son los únicos que existen y resulta muy necesario conocer también la normativa regional en materia de tránsito de personas, y la normativa nacional sobre la materia²⁷.

mavoría de los casos para interpretar los preceptos vinculantes de un convenio al que completan, salvo que se trate de recomendaciones autónomas.

²⁶ Sin olvidar, por supuesto, la normativa aplicable a los trabajadores a pesar de que no vaya destinada exclusivamente a los inmigrantes, como por ejemplo: el Convenio núm. 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948 (BOE de 11 de mayo de 1977); el Convenio núm. 98 relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva, de 1 de julio de 1949 (BOE de 10 de mayo de 1977); el Convenio núm. 117 relativo a las normas y objetivos básicos de política social, de 22 de junio de 1962 (BOE de 5 de julio de 1974); el Convenio núm. 122 sobre la política de empleo, de 9 de julio de 1964 (BOE de 24 de mayo de 1972); y el Convenio núm. 135 relativo a la protección y facilidades a los representantes de los trabajadores en las empresas, de 23 de julio de 1971 (BOE de 4 de julio de 1974).

²⁷ Remitimos a este respecto a los otros trabajos sobre inmigrantes y políticas públicas, y aconsejamos también la lectura de la obra colectiva coordinada por ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ, JUANA GOIZUETA Y MARIA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL: *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica. Modelos Comparados Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, 1ª Ed, año 2012, Editorial Aranzadi.

5. EL INMIGRANTE COMO SUJETO DE DERECHOS HUMANOS EN UN DETERMINADO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Desde una perspectiva estricta de derecho interno, para que la integración real de los inmigrantes sea posible, seguramente sea necesario proclamar como necesaria la identificación jurídica, y fáctica, entre nacional y extranjero en lo que hace al disfrute de los derechos civiles, pero también económicos, sociales, culturales y ¿por qué no? políticos.

Ello encuentra, no obstante, en la mayoría de los casos obstáculos de compleja superación. El primero se refiere a la titularidad de los derechos fundamentales diseñada en la Constitución nacional o en las leyes de extranjería de cada Estado. Bastaría hacer un recorrido por cada una de nuestras normas fundamentales para verificar como, en la mayoría de los casos, el pleno disfrute de los derechos proclamado en la Constitución se asocia a la condición de nacional del Estado.

El segundo, quizá el más difícil de superar, tiene que ver con las dificultades que la gestión política cotidiana encuentra a la hora de distribuir recursos que, sin duda son escasos, entre nacionales y extranjeros, procurando que en ese reparto no influyan criterios de "utilidad política". En la medida en que el cálculo de utilidad a la hora de diseñar políticas públicas es inevitable, y que la ventaja que los actores públicos obtienen de la "desviación" de recursos a los no nacionales es casi inexistente –habida cuenta de los límites a los derechos de participación política que casi todos los Estados contemplan en relación con los extranjeros-, es fácil llegar a la conclusión de que el respeto a los derechos sociales de los inmigrantes corre un riesgo aún mayor del que pueda correr el respeto a los derechos civiles y políticos, respecto de los cuales el ascendente de los tratados internacionales de derechos humanos es, como hemos visto, bastante fuerte.

Si bien la mayoría de los países respetan el art. 2 de la DUDH, al que antes nos hemos referido, y la cláusula de no discriminación genérica contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cierto es que la observancia de esta cláusula exigiría en puridad que las leyes y políticas del Estado no

discriminaran en absoluto a los migrantes, y sabemos que eso, en la realidad, no sucede. Ahora bien, la discriminación no viene establecida, en la mayor parte de los casos, en virtud de la nacionalidad del individuo, diferencia proscrita en virtud de los tratados y preceptos a que hemos hecho referencia, sino en virtud de la condición administrativa del extranjero, esto es su condición de regular o de irregular. Además esta distinción viene avalada, en gran medida por la convención de trabajadores migrantes y sus familias, que asumen como legítima la distinción entre extranjeros “regulares” y extranjeros “irregulares”.

En síntesis, en la medida en que, incluso los instrumentos internacionales a que hemos hecho referencia en el apartado anterior avalan la existencia de diferencias en lo que hace a la titularidad de los derechos de que pueden disfrutar los inmigrantes en el país de acogida, lo que hay que determinar de la forma más clara posible es una categorización de los derechos humanos de doble lista. Una lista contendría aquellos derechos que, en ningún caso, se pueden limitar en razón de la condición migratoria, se identifique la misma con la nacionalidad del sujeto o con su condición administrativa. La otra contendría aquellos derechos que se pueden ver modulados en la proclamación de su titularidad o en su ejercicio en virtud de la condición migratoria del sujeto, modulación que, en cualquier caso, ha de respetar los criterios de justificación, proporcionalidad y racionalidad de la medida restrictiva.

En la primera lista cabría incluir:

- Derecho a la vida
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión
- Derecho a la libertad y seguridad
- Derecho a salir de cualquier Estado, incluyendo el Estado de origen y el derecho de entrar y permanecer en su país de origen
- Derecho a un tratamiento humano como detenido
- Principio de no devolución
- Prohibición de genocidio
- Prohibición de detención arbitraria prolongada

- Prohibición de discriminación racial sistemática
- Prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad
- Prohibición de esclavitud, servidumbre, trabajo forzado u obligatorio
- Prohibición de la esclavitud/comercio de esclavos
- Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes
- Prohibición de medidas penales retroactivas
- Prohibición de interferencia arbitraria o ilegal con su privacidad, familia, hogar, correspondencia
- Prohibición de privación arbitraria de la propiedad
- Prohibición de expulsiones colectivas

En la segunda lista identificamos los derechos políticos clásicos y buena parte de los derechos sociales. Respecto de los primeros existen muchas dificultades a la hora de reconocer esos derechos a los extranjeros, porque sigue existiendo, conceptualmente, un vínculo extremadamente fuerte entre la noción de nacionalidad y la noción de comunidad política. En el panorama de Derecho Comparado la mayoría de los Estados rechazan la posibilidad de que los no nacionales participen, a través del ejercicio de sufragio activo o pasivo en las elecciones. Sin embargo existen excepciones a este estrecho e inescindible (aparentemente) vínculo entre nacionalidad-ciudadanía-participación política, que han de ser considerados como el modelo que todas las legislaciones nacionales deberían procurar emular²⁸. Hemos dado, a lo largo del texto, distintas razones para ello, todas relacionadas con la garantía y mejor éxito de las políticas de integración.

Respecto de los segundos, no es fácil separar la reflexión de la que acompaña a la más general sobre el alcance de los derechos sociales. Según algunos autores, la fórmula de la vinculación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, que excluiría la posibilidad de limitar su ejercicio por parte de los extranjeros, no

²⁸ A este respecto resulta de sumo interés el trabajo de SANTOLAYA MACHETTI, PABLO Y DÍAZ CREGO, MARÍA: *el sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*. Madrid: centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

se aplicaría a los derechos sociales, que apenas serían considerados más que como derechos subjetivos. Evidentemente detrás de esta afirmación está la convicción acerca de que los derechos sociales se vinculan en menor medida a la dignidad humana que los derechos y libertades civiles y políticos y que, en el fondo, no son sino derechos de configuración legal, por lo que la libertad del legislador al definirlos es mucho mayor que la que posee al desarrollar los derechos fundamentales en sentido estricto. Por esa razón cualquier reflexión sobre la titularidad de los derechos sociales por parte de los extranjeros está condicionada por el punto de partida dogmático que adoptemos sobre los derechos sociales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALEINIKOFF, T. A., Y V. CHETAIL (Ed.): *Migración y Normatividad Legal Internacional*. T.M.C. Asser Press, La Haya, 2003.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS: *Guía de políticas y procesos en la atención a niños sin acompañante solicitantes de asilo*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1977
- AÑÓN ROIG, M.J.: "El test de la inclusión. Los derechos sociales", en ANTÓN, A. (ed.), *Trabajo, derechos sociales y globalización*, Icaria, Barcelona, 2000.
- AÑÓN ROIG, M.J.: "Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 6, 2002, disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_4.html
- AÑÓN ROIG, M.J.: "Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes", en AÑÓN, M. J. (coord.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 9-26
- AÑÓN ROIG, M.J.: "Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes", *Gaceta sindical: reflexión y debate*, Nº 3, 2003, pp. 109-136
- BAER, G; GOMES; C. P. PÉREZ VICHICH, N; SANTESTEVAN, A. M.: *Migraciones laborales en Sudamérica: el Mercosur ampliado*. Sector de la protección social. Programa de migraciones internacionales. Oficina Internacional Del Trabajo, Ginebra, 2003.
- CALJO, J.: "Integración económica y migración internacional en América Latina". En: *Seminario Regional sobre Globalización y Migración Internacional en Latinoamérica y el Caribe: Tendencias*

- y *Perspectivas para el Siglo XXI*. Santiago de Chile. Octubre 1998.
- CANO LINARES, M.A (DIR.): *Migraciones internacionales en el espacio iberoamericano del siglo XXI*. Dykinson, Madrid, 2012.
- CERIANI CERNADAS, P.: "Ciudadanía, migraciones y libre circulación en el Mercosur: ¿hacia un paradigma basado en los derechos humanos o la réplica del modelo excluyente de la Unión Europea?", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 30, 2012; p. 259-288
- CHARRO BAENA, P.: "Perú: hacia una política integral sobre el retorno. Comentario de la Ley 30001, ley de reinserción económica y social para el migrante retornado", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 32 (2013); p. 323-331.
- CHUECA SANCHO, Á. (Dir.): *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*. Valladolid: Lex Nova, 2010;
- COLECTIVO IOÉ: "Flujos migratorios internacionales. Marco de comprensión y características actuales", en *Revista Migraciones Nº 9*, pp.7-45 Madrid, 20 de abril de 2001.
- CONSEJO EUROPEO: *Diversidad y cohesión. Nuevos desafíos para la integración de inmigrantes y minorías*. Estrasburgo. 2000.
- ECHART MUÑOZ, E. (coord.): *Migraciones en tránsito y derechos humanos*. Los Libros de la Catarata, D.L. Madrid, 2011.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN: *Primer informe sobre derechos humanos y migraciones*. Director: Guillermo Escobar. Dykinson, S.L, Ediciones Ciudad Argentina, 2003
- FUNDACIÓN PERE TARRÉS: *Rutas de pequeños sueños: los menores migrantes no acompañados*
- GARCÍA CASTAÑO, F.J.; KRESSOVA, N. (eds.): *Diversidad cultural y migraciones*. Comares, Granada, 2013.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., GOIZUETA, J. Y GONZÁLEZ PASCUAL, M.I.: *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica. Modelos Comparados Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, 1ª Ed, año 2012, Editorial Aranzadi.
- GRIMM, D., "Multiculturalidad y derechos fundamentales", en *Derecho constitucional para una sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- KÄLIN, W.: "Derechos Humanos y la Integración de Inmigrantes", en ALEINIKOFF, T. A., Y V. CHETAIL (Ed.): *Migración y Normatividad Legal Internacional*. T.M.C. Asser Press, La Haya, 2003, pp.271-288.
- LIVI BACCI, M.: *Breve historia de las migraciones*. Alianza, D.L. Madrid, 2012.
- MÁRMORA, L.: "Políticas Migratorias Consensuadas en América Latina", en *Estudios migratorios Latinoamericanos*, Nº 50. 2003.

- MARTÍN ARRIBAS, J. J.: "Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el derecho de la Unión Europea", en: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 32 (2013), p. 11-53; y
- NIESSEN, J.; HUDDLESTON, T.; y CITRON, L. (2007): *Índice de políticas de integración de inmigrantes*, Ginebra, British Council y Migration Policy Group.
- NOVICK, S.: *El proceso de integración Mercosur: de las políticas migratorias y de seguridad a las trayectorias de los inmigrantes*. Instituto de Investigación Gino Germani. Argentina. 2005.
- OFFICE DES PUBLICATIONS OFFICIELLES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: *Facteurs d'attraction et de répulsion à l'origine des flux migratoires internationaux*, 3/2000/E/nº14, Luxembourg, 2001.
- OIM: "La situación migratoria en América del Sur". En: *Conferencia Sudamericana sobre Migraciones*. Santiago de Chile. Abril 2001.
- _____. "Migrantes extracontinentales en América del Sur: estudio de casos", en *Cuadernos Migratorios N° 5*. Disponible en línea en http://publications.iom.int/bookstore/free/Cuaderno5_Migrantes_extracontinentales_AmericadelSur.pdf
- _____. *Derecho Migratorio Internacional, Glosario sobre Migración*, Richard Perruchoud (Ed.), OIM, Ginebra, 2004. Disponible en http://publications.iom.int/bookstore/free/IML_7_SP.pdf
- _____. *Estudio Comparativo Internacional sobre Legislación y Práctica Migratoria*, Comisionado por el Departamento de Justicia de Irlanda. Igualdad y Reforma a la Ley, Abril, 2003.
- _____. *Fundamentos de Gestión de la Migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales. Volumen II. Desarrollo de Políticas sobre Migración*. Ginebra, julio 2004
- _____. *Fundamentos de Gestión de la Migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales. Volumen III. Gestión de la Migración*. Ginebra, julio 2004.
- _____. *Fundamentos de Gestión de la Migración. Para las Personas Encargadas de Formular Políticas y Profesionales. Volumen Uno. Fundamentos de la Gestión de la Migración*. Ginebra 2004. Disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/share_d/mainsite/published_docs/covers/EMM_sp_vol1_part1.pdf
- _____. *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales. Suiza, Octubre 2005. Disponible en línea en <http://es.scribd.com/doc/40828610/Informe-de-La-Comision-Mundial-Sobre-Las-Migraciones-Internacionales>

- _____. *Políticas Públicas sobre Migración Laboral: Herramientas y buenas prácticas*, OIM México, 2010. Disponible en http://publications.iom.int/bookstore/free/Buenas_Practicas.pdf
- _____. *Valores, conceptos y herramientas contra la trata de personas: guía para la sensibilización*. Misión en Colombia. Bogotá (Colombia). Febrero de 2006.
- PELLEGRINO, A. y MARTINEZ, J. Una aproximación al diseño de políticas sobre migración internacional calificada en América Latina, CEPAL, Santiago de Chile, serie Población y Desarrollo, 2001.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M.C.: *Migraciones irregulares y derecho internacional: gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PEREZ, V.: "El MERCOSUR y la Migración Internacional". En Naciones Unidas: Grupo Experto en Migraciones Internacionales y Desarrollo en América Latina y el Caribe. Argentina. Noviembre 2005.
- PERRUCHOUD, R (ED.): *Derecho Migratorio Internacional, Glosario sobre Migración*, OIM, Ginebra, 2004
- PISARELLO, G., "Los derechos sociales de la población inmigrada: Razones para una comunidad inclusiva y plural", en M. TORRES Y OTROS, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006.
- PORTES, A.: *Sociología económica de las migraciones internacionales*. Anthropos, Barcelona, 2012.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: "Mujer, inmigrante, irregular: otras víctimas escondidas de la violencia de género", en *El derecho y la economía ante las mujeres y la igualdad de género*, Lex Nova, Valladolid, 2011; p. 161-180.
- RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VIEYTEZ, E. J.: *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.
- SÁNCHEZ, B.: "Algunas reflexiones sobre las políticas de inmigración en América Latina en las épocas de las migraciones de masas", en *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, N° 53. 2004.
- SCUTO, F.: "Derechos de los inmigrantes en situación irregular", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n°. 16, 2011; p. 215-260.
- SOLANES CORELLA, A. (Ed.): *Derechos humanos, migraciones y diversidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SOLÉ PUIG, L. C. "Derechos y deberes frente al racismo y la integración de los inmigrantes en la sociedad receptora",

- Sociedad y utopía: Revista de ciencias sociales, nº 16, 2000, pp. 119-132
- STEPHEN, C Y MILLAR, M. J.: La Era de la Migración: Movimientos Poblacionales Internacionales en el Mundo Moderno, Palgrave-Macmillan, Reino Unido, 2003.
- TORRES, M. (y otros). Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas, Icaria, Barcelona, 2006.
- VVAA. Los Derechos Humanos de los Migrantes. La Paz, Bolivia, 2000.
- VVAA: Migraciones indígenas en las Américas. IIDH, San José de Costa Rica, 2007.
- VVAA: Migraciones y derechos humanos. IIDH, San José de Costa Rica, 2004.
- VVVA: Cuadernos de Trabajo sobre Migrantes No. 5. Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados, IIDH, San José de Costa Rica, 2001
- VVVA: I Curso de capacitación para organizaciones de la sociedad civil sobre protección de poblaciones migrantes. IIDH, San José de Costa Rica, 2002
- VVVA: Memoria del coloquio internacional 10 años de la declaración de Cartagena sobre refugiados. IIDH, San José de Costa Rica, 1995.
- VVVA: Memoria del seminario regional de protección de las personas refugiadas en la nueva realidad centroamericana. IIDH, San José de Costa Rica, 1999.
- VVVA: Memoria Encuentro Centroamericano de Movilidad Humana: migrante y refugiado. IIDH, San José de Costa Rica, 1999.
- VVVA: Memoria II Encuentro de Movilidad Humana: migrante y refugiado. IIDH, San José de Costa Rica, 2001.

7. DOCUMENTACIÓN EN LÍNEA

- Asamblea General de Naciones Unidas. Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N13/496/07/PDF/N1349607.pdf?OpenElement>
- ONU (Population Division):
<http://www.un.org/esa/population/unpop.htm>
- ONU (Migraciones internacionales):
<http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/international-migration/index.shtml>
- Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes:
<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>
- Informes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes
http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97

Librería OIM:

http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=index&language=en

Foro Global sobre Migración y Desarrollo: <http://www.gfmd.org/>

7

EL ENFOQUE DE DERECHOS EN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS. EL CASO COLOMBIANO

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica
Universidad de los Andes

RESUMEN

La política migratoria colombiana se encuentra, desde 2009, sumida en un proceso de profunda transformación. Hasta ese momento la migración había sido objeto, tan sólo, de medidas puntuales adoptadas desde un enfoque de seguridad nacional, lo que implicaba una profunda desconfianza hacia los extranjeros. Esta postura ha sido abandonada, en favor de la construcción de una respuesta integral a este fenómeno, basada en un enfoque de derechos. Al menos así lo afirman las autoridades responsables de su diseño y aplicación. Prueba de ello, señalan, es el hecho que los instrumentos que la conforman se refieren constantemente a los derechos de las personas en movimiento. El presente texto cuestiona esta aseveración. Así, tras analizar el significado y contenido del enfoque basado en derechos humanos, y la política migratoria colombiana, sostiene que si bien es indudable que la política ha abandonado su primitiva orientación, aún no está al servicio de los derechos de los migrantes.

1. INTRODUCCIÓN

Colombia ha sido, al menos desde la segunda mitad del siglo XX un país de emigración. De hecho, hoy en día se calcula que en torno al 10% de sus habitantes reside fuera del territorio nacional. A pesar de ello muy pocas han sido las medidas adoptadas por las autoridades estatales para regular este fenómeno y establecer vínculos con esta población. En contraste la inmigración, pese a ser

un fenómeno históricamente marginal, ha recibido constante atención. Su regulación, sin embargo, se ha llevado a cabo a través de normas que sólo se han ocupado de aspectos puntuales, como el registro de extranjeros o el sistema de visados, a partir de un enfoque de seguridad nacional y bajo un sesgo de desconfianza profunda frente a los extranjeros.

Esta situación, no obstante, se encuentra en plena transformación. Desde 2009 y debido a la conjunción de diversos factores, entre los que desatacan el incremento exponencial de la emigración y la adopción de un modelo económico que exige el ingreso de recursos procedentes de la inversión extranjera, el país se encuentra inmerso en la construcción de sistema nacional para la gestión integral de los flujos de población transnacionales. Con tal fin numerosas normas han sido aprobadas y nuevas instituciones han sido creadas. Si bien se trata de un proceso aun en desarrollo, ya es posible identificar los rasgos de la que será la primera política integral migratoria del país.

La nueva política pública, de acuerdo a las autoridades responsables de su diseño y aplicación, ha sido edificada sobre un enfoque de derechos humanos y persigue dos objetivos centrales. El primero, y prioritario, es la protección de los derechos de los migrantes. El segundo, cuyo logro se encuentra subordinado al anterior, es la incorporación de los recursos, saberes y habilidades de estas personas al proceso de desarrollo económico del país, convirtiendo la migración en fuente de desarrollo.

Este profundo cambio en la concepción y gestión de la movilidad humana responde no sólo a causas domésticas. También obedece a una tendencia global, de acuerdo con la cual los derechos humanos deben situarse en el centro de las políticas públicas en general; tendencia que toma forma a través del enfoque basado en derechos que, desde la década de los noventa, ha sido promovido por Naciones Unidas.

Ahora bien, casi cinco años después de que se iniciara este proceso de cambio y construcción de una nueva respuesta ante la migración en el país, es el momento de hacer un primer balance y determinar hasta qué punto los derechos de las personas en movimiento constituyen el objetivo central de la política migratoria

colombiana. El resultado de este análisis, objeto del presente texto, revela que, pese al discurso oficial, la protección de los migrantes no ha constituido el centro de la acción estatal. De hecho, pese a la continua mención de los derechos de este colectivo, en normas e instituciones, los esfuerzos desarrollados para su reconocimiento y garantía son más que limitados. Es la dimensión del migrante como factor de desarrollo la que parece interesar a las autoridades, no su condición de sujeto de derechos. No es posible, por tanto, sostener que esta política se base en un enfoque de derechos.

Con el fin de sostener esta afirmación este trabajo se encuentra dividido en cinco secciones. En la primera se realiza una introducción al enfoque de derechos humanos, de manera que se comprenda no sólo su significado, sino los requisitos que debe tener una política pública para incorporarlo y el peso que debe tener en las políticas migratorias. A continuación se analiza la formación del sistema colombiano de gestión de migración, previa realización de un breve repaso histórico de lo que ha sido la historia de los flujos de población desde y hacia este país. Con este contexto la cuarta sección se ocupa de analizar la actual política migratoria. Ésta, pese a contar con bases sólidas, aún se encuentra en proceso de implementación. El texto finaliza con un balance de lo que ha sido el proceso de transformación de la regulación de la migración en este país y los retos que aún debe enfrentar para, efectivamente, incorporar un enfoque de derechos.

2. EL ENFOQUE DE DERECHOS EN LA POLÍTICA MIGRATORIA

2.1. Los derechos humanos y la regulación de los flujos migratorios.

En un no muy lejano pasado los Estados consideraban la libertad de diseñar y aplicar sin límite alguno sus políticas migratorias una expresión lógica de su soberanía. En efecto, desde el siglo XIX, hasta bien avanzado el siglo XX, el control de los flujos migratorios fue concebido como un asunto que sólo competía a las autoridades nacionales, sin que el Derecho o la comunidad

internacional pudiesen imponer reglas al respecto¹. Esta postura se sostuvo a partir de tres razones que, aún hoy en día, son esgrimidas por algunos sectores.

La primera es la relación existente entre la identidad nacional y los flujos migratorios. Las autoridades estatales tradicionalmente han temido que una afluencia descontrolada de extranjeros destruya los rasgos que caracterizan a la población autóctona, privándola del sentido de comunidad que la cohesiona. Por tanto han considerado indispensable contar con la facultad de restringir tales flujos cuando lo consideren conveniente. En segundo lugar el control migratorio constituye un mecanismo importante para la determinación de los derechos y deberes de los habitantes de un Estado. En efecto, a través de las normas de extranjería una sociedad establece, de forma clara y sencilla, la distinción entre ciudadanos y foráneos. O en otras palabras, entre los titulares plenos de derechos y quienes ostentan títulos más precarios. Se ha juzgado, por tanto, que una decisión de tal calibre debería corresponder a los poderes nacionales, sin injerencia alguna. Finalmente, en tercer lugar, se encuentra una razón de origen histórico, aplicable a los países de tradición anglosajona. En estos Estados el ejecutivo ha tenido un poder casi absoluto sobre la regulación de los flujos migratorios, cuya protección ha sido subordinada al interés nacional².

Estos argumentos, incuestionables en un mundo regido por las reglas del Derecho Internacional clásico, han perdido legitimidad y fuerza a medida que los derechos humanos se han ido consolidando como normas universales y, en algunos casos,

¹ Contrario a lo que podría creerse sólo hasta finales del siglo XIX los flujos transnacionales de población comenzaron a ser percibidos como un asunto que debía ser regulado por cada Estado y considerado un asunto doméstico, libre de cualquier injerencia externa. Las Altas Cortes de Canadá y los Estados Unidos de América, a través de su jurisprudencia, fueron las primeras en introducir esta idea, que ejerció una poderosa influencia a nivel global. Las primeras sentencias de la Canada Supreme Court fueron *Musgrove v. Chun Teeong Toy*, A.C. 272 (1891) y *Attorney-General for Canada v. Cain*, A.C. 542 (1906). Más conocidas, e influyente fueron las de United States Supreme Court: *Nishimura Eiku v. U.S.*, 42 U.S. 651 (1892), *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893) y *Chae Chan Ping v. U.S.*, 130 U.S. 581 (1899).

² DAUVERGNE, C., "Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times" *The Modern Law Review Limited*, Vol. 67, Issue 4, julio 2004, pp. 589-592.

imperativas. Hoy en día la *vis expansiva*³ de estos derechos ha logrado permear el muro de la soberanía, imponiendo obligaciones a los Estados en materia de diseño y aplicación de sus políticas migratorias⁴. La jurisprudencia del sistema interamericano⁵, así como la del sistema europeo⁶ de protección de los derechos humanos coinciden en señalar que los compromisos internacionales adquiridos por vía convencional y consuetudinaria condicionan las decisiones internas de los Estado relativas al ingreso, permanencia y salida de extranjeros.

Estos compromisos suponen que, si bien los Estados continúan gozando de un considerable espacio de libertad para diseñar y llevar a la práctica sus políticas migratorias, el respeto y la protección de los derechos de los migrantes debe constituir uno de sus objetivos centrales⁷. En otras palabras, estas regulaciones deben ser construidas en torno a un enfoque de derechos.

2.2. El enfoque de derechos: origen, definición y requisitos

El término enfoque de derechos hace referencia a un marco conceptual a través del cual la protección de la persona se sitúa en el corazón de las políticas públicas. Esto supone que su diseño, aplicación, seguimiento y evaluación debe basarse en el reconocimiento de las personas y comunidades a las que están destinadas como sujetos titulares de derechos humanos, cuyo goce efectivo debe ser asegurado.

³ La *vis expansiva* hace referencia a la capacidad de los derechos humanos para permear intensamente las estructuras del Derecho internacional, hasta el punto de erosionar el principio de soberanía.

⁴ SÁNCHEZ MOJICA, B. E, "Niños en la frontera. El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los menores migrantes en situación irregular." *Hendu Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* Vol. 3 N° 1, 2012, pp.62.

⁵ Así lo ha señalado en su opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* de 17 de septiembre de 2003, en su decisión sobre las medidas provisionales en el caso *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales* de 18 de agosto de 2000 y en la sentencia del caso *Vélez Loor contra Panamá* del 23 de noviembre de 2003.

⁶ STEDH *Abdulaziz, Cabales, y Balkandali contra Reino Unido*, 28 de mayo de 1985 y *Üner contra Holanda*, 18 de octubre de 2006.

⁷ CorteIDH, OC *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párr. 168 y 169.

El origen de este enfoque debe situarse en la última década del siglo pasado en Naciones Unidas. El programa de reforma de esta organización, presentado en 1997 por el Secretario General Kofi Annan, señaló la necesidad de integrar los derechos humanos en todas las actividades de la organización, con especial énfasis en la labor llevada a cabo por las agencias de desarrollo. Esto suponía la necesidad de reconfigurar los programas e intervenciones que estaban siendo llevados a cabo, de manera que la garantía de estos derechos se incluyera como uno de sus objetivos principales. Así mismo, exigía establecer canales para garantizar la participación de las personas beneficiadas, fijar mecanismos de rendición de cuentas y, en particular, combatir las situaciones de desigualdad. Esta propuesta fue acogida progresivamente por las diversas agencias y entidades que conforman la organización, modificando de manera importante la manera como se conciben y aplican sus distintas actividades⁸.

En la actualidad este enfoque ha desbordado los límites de la acción internacional, para constituirse en un elemento central de las políticas públicas tanto de origen internacional, como nacional. Así por ejemplo, en el particular caso de Colombia, la Corte Constitucional de este país ha ordenado la incorporación de éste a la política de atención a las personas en situación de desplazamiento forzado, a través de múltiples decisiones, entre las que destaca la sentencia T-025 de 2004⁹.

Ahora bien, la amplitud de espacios en los que puede ser aplicado conlleva una multitud de formulaciones. Las agencias y organismos de Naciones Unidas, conscientes de ello, se han dado a la tarea de identificar los elementos centrales que deben reunirse para construir una política pública en torno a esta perspectiva. Éstos han sido sistematizados a través de la declaración titulada

⁸ ACNUR- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Nueva York y Ginebra, 2006, pp. 15-16.

⁹ SÁNCHEZ MOJICA, B, "Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del *soft law* para la gestión del desplazamiento forzado", *Revista de Estudios Políticos*, No. 35, 2009.

“Enfoque basado en los derechos humanos en la cooperación para el desarrollo: hacia un entendimiento común”, de 2003¹⁰.

De acuerdo a esta declaración son tres los atributos que deben reunirse para que sea posible hablar de un enfoque de derechos. En primer lugar, la realización de los derechos humanos debe ser el principal objetivo de las políticas y los programas públicos. En segundo lugar la acción pública debe orientarse a fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicarlos, así como la de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones. Finalmente, los principios contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de las autoridades a lo largo de todas las etapas de la política; desde su diseño hasta su evaluación. Estos principios no son otros que los referentes a la universalidad, la inalienabilidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de los derechos humanos, así como la igualdad ante la ley y la no discriminación, la participación, la rendición de cuentas y el imperio de la ley¹¹.

2.3. El enfoque de derechos en las políticas migratorias.

La regulación del movimiento de personas a través de sus fronteras ha sido, al menos desde el siglo XIX, una de las preocupaciones de los Estados. Con tal propósito se han diseñado políticas que buscan, entre otros fines, la guarda de la seguridad e integridad de las fronteras, la determinación de los derechos de los habitantes del territorio, la protección de un determinado modelo económico y el manejo de las relaciones internacionales. Se trata de objetivos íntimamente relacionados con la existencia misma del Estado, razón por la cual se ha defendido a lo largo de los años su derecho absoluto a regular esta materia, como reflejo de su soberanía. La introducción del enfoque de derechos rompe parcialmente con esta premisa al incluir un objetivo más a los fines que deben perseguir las políticas migratorias, como es la

¹⁰ Aprobada durante el segundo seminario interinstitucional de Naciones Unidas, celebrado en Stamford, Estados Unidos de América, en mayo de 2003.

¹¹ Artículo 2 de la Declaración de Naciones Unidas “Enfoque basado en los derechos humanos en la cooperación para el desarrollo: hacia un entendimiento común”, de mayo de 2003.

protección de los derechos de los migrantes; el cual debe llevarse a cabo siguiendo –como mínimo– las reglas establecidas por el Derecho internacional para la protección del ser humano.

La introducción de este enfoque exige la reconfiguración de estas políticas, en la medida en la que su diseño, aplicación, seguimiento y evaluación deben girar en torno al reconocimiento y protección de los derechos de los migrantes; objetivo que no excluye los demás tradicionalmente buscados con la regulación de los flujos migratorios. Sin embargo, es innegable que esta nueva meta impone nuevas condiciones a las autoridades para la búsqueda de los demás fines, al establecer como límite de sus actividades la guarda de estos derechos.

Ahora bien, el diseño de una política migratoria acorde con este enfoque exige, ante todo, reconocer la condición de vulnerabilidad que, en la mayoría de los casos, acompaña a los migrantes. En efecto, estas personas son ante todo no ciudadanos del país en el que se encuentran, lo que las ubica en una situación de carencia de poder, tal y como ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos. Así mismo, con frecuencia son víctimas de situaciones de exclusión, producto de prejuicios culturales, nacionales y étnicos¹². En consecuencia, las medidas que se adopten para regular los movimientos de población deben atender esta condición de fragilidad a fin de otorgarles una especial protección, así como para adoptar los mecanismos necesarios para que este hecho no impida a quienes se desplazan gozar de manera efectiva de sus derechos.

En cuanto a los derechos que deben ser reconocidos a estas personas, existe consenso en relación al hecho que un Estado puede limitar la titularidad de ciertos derechos a sus nacionales, en particular los relacionados con la ciudadanía. Sin embargo, otros deben ser reconocidos a los migrantes por su simple condición de seres humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que entre este grupo deben incluirse, al menos, los derechos a la no discriminación¹³, a la integridad personal¹⁴, a la

¹² CorteIDH, OC *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 112 y 113.

¹³ CorteIDH, OC *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 112-119.

¹⁴ CorteIDH, *Vélez Loor contra Panamá*, párr. 196-205.

libertad personal¹⁵, a las garantías judiciales¹⁶ y a un recurso judicial efectivo¹⁷. Así mismo, y de manera acorde con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia¹⁸, ha señalado que las autoridades estatales deben garantizar a todos los extranjeros el derecho a la asistencia consular¹⁹.

Un derecho adicional a los establecidos por este tribunal internacional, que debe ser asegurado a los migrantes, es el contenido en el principio de *non refoulement*. Esta norma de Derecho internacional, de naturaleza consuetudinaria²⁰, establece el deber estatal de acoger en su territorio a toda persona que, de ser expulsada, afrontaría el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus derechos a la vida y a la integridad personal; siempre y cuando no represente un peligro cierto para la seguridad del Estado²¹. Su respeto exige, por tanto, que las autoridades migratorias comprueben la ausencia de tal amenaza antes de decidir sobre la devolución o expulsión de cualquier persona.

El reconocimiento y garantía de estos derechos constituye un elemento central de una política migratoria construida desde un

¹⁵ *Ibidem*, párr. 166.

¹⁶ CorteIDH OC *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999, párr. 84 y 124. Así mismo *Vélez Loor contra Panamá*, párr. 108.

¹⁷ CorteIDH, *Vélez Loor contra Panamá*, párr. 102 y ss.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *Mexico v. United States of America, formally Avena and Other Mexican Nationals*, 31 de marzo de 2004

¹⁹ CorteIDH, OC Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso legal*, 1 de octubre de 1999.

²⁰ Si bien en torno a la naturaleza de este principio se ha desarrollado un intenso debate, hoy en día la posición mayoritaria reconoce que se trata de una costumbre exigible a todos los miembros de la comunidad internacional. Ver al respecto ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007, párr. 15. Documento disponible en la página web <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123.pdf?view=1> Consultada el 6 de enero de 2014. Así mismo, el trabajo de Guy Goodwin-Gil, *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Paperbacks Oxford, 1996, pp. 145.

²¹ LAUTERPACHT, E., y BETHLEHEM D. "El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión", FELLER E., TÜRK V., y NICHOLSON, F., (Eds.) *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional: Consultas Globales sobre Protección Internacional del ACNUR*, Madrid, Icaria, 2010, pp. 97-197.

enfoque de derechos, pero no el único. Siguiendo las directrices fijadas por la ya mencionada declaración aprobada en 2003 por Naciones Unidas, es preciso además, que se establezcan canales adecuados para garantizar la participación de los migrantes en la construcción y evaluación de las medidas. Así mismo deben establecerse mecanismos para asegurar que las autoridades y entidades responsables de su desarrollo actúen de forma transparente y rindan cuentas de su labor.

3. LA INMIGRACIÓN Y LA EMIGRACIÓN DE COLOMBIA EN CIFRAS

Una vez aclarado el concepto del enfoque de derechos, y los requisitos que debe reunir una política migratoria para estar en armonía con esta perspectiva, es posible pasar a analizar la respuesta que han dado las autoridades colombianas al fenómeno migratorio y el lugar que los derechos humanos ocupan en ésta. Para ello es preciso empezar por presentar la situación de los flujos migratorios desde y hacia el país. Se trata de una tarea compleja dada la ausencia de datos actualizados y confiables que permitan realizar una estimación cierta del número tanto de inmigrantes como de emigrantes, así como dibujar el perfil socio-demográfico de estas poblaciones.

En efecto, si bien desde 2011 la nueva agencia responsable de ejercer el control y vigilancia de los flujos migratorios, Migración Colombia²², ha iniciado las labores para desarrollar un sistema de información, aún no se cuentan con datos consolidados que permitan señalar con certeza el número de extranjeros que residen en Colombia, o la cifra de colombianos que habitan en el exterior. Es por ello que en esta sección se recurrirá a diversas fuentes a fin de ofrecer el panorama migratorio del país. La más importante será la información ofrecida por el censo nacional de población llevado a cabo en 2005 por el Departamento Nacional de Estadística (en adelante DANE) y el estudio post-censal que la misma institución efectuó en 2008. Se recurrirá también, aunque en menor medida, al sistema de información desarrollado por

²² La entidad fue creada a través del Decreto de la Presidencia de la República, 4062 de 31 de octubre de 2011.

Migración Colombia, la encuesta relativa a remesas, elaborada por el DANE y a los datos aportados por la Organización Mundial de las Migraciones y el Banco Mundial.

3.1. Migración hacia Colombia

Colombia, al igual que los demás países de la región, llevó a cabo tras su independencia en el siglo XIX una política orientada a la atracción de migrantes con el fin de poblar las tierras bajas, modernizar relaciones de producción, cubrir desajustes del mercado laboral, impulsar el desarrollo económico y promover el mestizaje con el fin de lograr “el mejoramiento de la raza”²³. Si bien estas medidas se prolongaron hasta la década de los cincuenta del siglo pasado, el país, a diferencia de Venezuela, Brasil y Argentina, no logró convertirse en un destino de interés para las corrientes migratorias. Las razones de este fracaso son variadas. A una economía sujeta a constantes crisis y con excedentes de mano de obra, deben sumarse numerosas guerras civiles y un deficiente sistema de comunicación interna. Así mismo no debe subestimarse la intensa campaña desarrollada por la Iglesia Católica para impedir la entrada de inmigrantes que profesaran otros credos²⁴.

A largo de los siglos XIX y XX sólo arribaron al país pequeños grupos, los cuales se localizaron en áreas determinadas del país formado colonias²⁵. El paso de los años pareció restar aún más atractivo a Colombia como destino de la inmigración. A finales de la década de los treinta del siglo pasado los inmigrantes representaban el 0,63% de la población (54.418 personas). Esta cifra se redujo en 1973 al 0,39% (82.848 personas) y en 1985 al 0,28% (78.396 personas). La tendencia decreciente se mantuvo en los primeros años del siglo XXI. Los datos del censo llevado a

²³ MEJÍA OCHOA, W., *Diseño y formulación operativa de una política integral de gestión migratoria laboral y las herramientas que permitan su desarrollo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011

²⁴ MALAGÓN, A., “Radicalismo e inmigración” A.A.V.V. *Historia del Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado. En prensa.

²⁵ CÁRDENAS, M., y MEJÍA, L., *Migraciones Internacionales en Colombia: ¿Qué Sabemos?*. Bogotá: CEPAL, Documento de Trabajo No. 30, 2006, pp. 42.

cabo en 2005 revelan que los extranjeros apenas representaban el 0,26% de la población residente en el país²⁶.

Ahora bien, en los últimos años las autoridades han percibido un cambio en esta tendencia. El sistema de información de Migración Colombia registró, entre diciembre de 2011 y diciembre de 2012, un incremento de un 10,12% en la entrada de extranjeros al país, mientras que su salida lo hizo en un 8,55%²⁷. Si bien este dato refleja un periodo de tiempo muy reducido y no permite identificar el número de extranjeros que residen actualmente en el país, resulta útil para ilustrar la transformación de la inmigración. Colombia recibe cada vez más extranjeros y parte de éstos opta por no partir. Este cambio puede atribuirse a la intersección de tres factores. Por un lado, pese a la crisis económica y financiera mundial, la economía colombiana crece desde principios de siglo²⁸. Por el otro, el conflicto armado interno se ha estabilizado, reduciendo el riesgo que representa para la seguridad de ciudadanos y foráneos. Finalmente el país ha optado por un modelo económico que busca atraer la inversión extranjera, de manera que ha modificado su legislación para facilitar la entrada de capitales e inversionistas. Sobre este último factor volveremos un poco más adelante.

Las corrientes migratorias hacia Colombia, reforzadas en los últimos años, provienen, básicamente, de tres orígenes: Venezuela, Estados Unidos y Ecuador. Así lo ha señalado el censo de 2005. Estos países comparten no sólo fronteras o facilidades de comunicación con Colombia, sino también lazos socioculturales que han traído como consecuencia la existencia de redes bien definidas

²⁶ MARTÍN, R., SÁNCHEZ, B., VELÁSQUEZ, M., y VIDAL, R., "Políticas públicas sobre migración en Colombia" CHIARELLO L., (Coord.) *Las Políticas Públicas sobre Migraciones y la Sociedad Civil en América Latina. Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y México*. Nueva York, Scalabrini International Migration Network, 2011, pp. 284.

²⁷ MIGRACIÓN COLOMBIA, *Boletín Migratorio, diciembre de 2012*. Bogotá: Migración Colombia, pp. 10.

²⁸ La economía Colombiana se encuentra en un proceso de expansión desde los primeros años del siglo XXI, si bien con ciertas fluctuaciones. Así entre 2005 y 2007 el PIB creció, cada año, un 4,7%, 6,7% y 6,9%. En 2008 y 2009, por el contrario, el crecimiento se limitó a un 3,5% y un 1,7% respectivamente. Sin embargo a partir de entonces se ha registrado una tendencia al alza. Así en 2010 la economía creció un 4,7%, en 2011 un 5,9% y un 4,0% en 2012, pese a la crisis económica mundial (DANE, 2013:1)

de movilidad humana. La población inmigrante, de acuerdo con los datos arrojados por este censo, es mayoritariamente masculina y en edad productiva. En efecto el 51,7% de los extranjeros residentes en el país en 2005 eran varones y el 61% se ubicaba en la franja etaria entre los 15 y 64 años. La mayor parte de estas personas han fijado su residencia en las cinco áreas del país donde se ubican los principales focos de desarrollo económico: Bogotá Valle del Cauca, Antioquia, Norte de Santander y Atlántico²⁹.

La conjunción de los anteriores datos permite dibujar un vago perfil del inmigrante en Colombia. Se trata de personas que han migrado individualmente, con el objetivo de desarrollar una actividad laboral o profesional específica. No se cuenta con datos sobre su nivel educativo, ni los motivos que los han impulsado a establecerse en el país, de manera que poco más se puede decir.

3.2. La emigración en Colombia.

Colombia ha sido tradicionalmente, y en particular desde mediados del siglo pasado, un país de emigración³⁰. Pese a ello las autoridades nacionales ignoraron largamente este fenómeno. En consecuencia no sólo no desarrollaron política alguna para atender a los millones de colombianos residentes en el exterior. Tampoco se ocuparon de establecer un sistema de información que permitiera definir el número y el perfil de estas personas. Esta situación sólo empezó a cambiar en 2005, cuando se incluyó en el censo de población dos preguntas para indagar sobre este asunto. La información obtenida a través de estas dos cuestiones permitió señalar que, en ese momento, 3.331.107 colombianos residían en el exterior, lo que se traduce en una cifra que representa aproximadamente el 8% de la población total del país.

Sin embargo, la información arrojada por este el ejercicio censal resultó incompleta, pues el tipo de preguntas planteadas impidió recoger datos relativos a los hogares en los que todos los miembros habían partido. Es por ello que, con el fin de obtener mayor información, se realizó un estudio post-censal en 2008 que

²⁹ RAMÍREZ, C., ZULOAGA, M., PERILLA, C., *Perfil Migratorio de Colombia, 2010.*, Bogotá:, Organización Internacional de las Migraciones, 2010, pp. 42.

³⁰ CARDENAS, M., Y MEJÍA Op. Cit, pp. 5, 6 y 93. RÁMIREZ,C., et al Op. Cit. pp. 29

complementó los datos del censo con el registro de entradas y salidas de colombianos gestionado por el DAS. A partir de estos datos, así como de los recogidos más adelante por Migración Colombia, el Ministerio de Relaciones Exteriores sitúa, a enero de 2014, en 4.7 millones el número de colombiano en el exterior³¹.

Los datos ofrecidos por el censo y su estudio posterior permiten identificar algunos de los rasgos de los emigrantes, pero no todos. El primero de estos corresponde a sus lugares de destino. De acuerdo con el censo de 2005 Estados Unidos con un 35,3%, España con un 23,4% y Venezuela con un 18,5% acaparan tres cuartas partes de los flujos migratorios. Los destinos que les siguen son Ecuador con un 2,4%, Canadá, con un 2,2% y Panamá con un 1,3%. El segundo rasgo importante de la emigración es su carácter femenino. Así lo señala el estudio post censal de 2008, de acuerdo con el cual el 54% de quienes emigran son mujeres. En cuanto a la variable edad, el mismo estudio señaló que el 78% de la población emigrante se encontraba entre los 15 y 65 años. Los menores de 15 años representan el 20%, mientras los mayores de 65 apenas se corresponden con el 1,5%.

Los motivos por los que se emigra, no obstante, no parecen reflejados ni en el censo ni en su estudio posterior. Este vacío ha tratado de ser cubierto por la Encuesta Nacional de Migraciones Internacionales y Remesas llevada a cabo en 2009. De acuerdo a este estudio el 85,7% de quienes abandonan el país lo hacen por razones económicas. Los motivos personales como contraer matrimonio y la reunificación familiar ocupan el segundo lugar, con un 6,8%. En tercer lugar se encuentra la búsqueda de formación y educación, con un 4,3%. El deseo de conocer mundo se ubica en quinto lugar con un 2,2%. Finalmente, en último lugar se encuentran las razones de seguridad, que corresponden apenas al 1% de los casos³².

Estos datos deben ser cuestionados, a pesar de haber sido recogidos por la Organización Internacional para las Migraciones

³¹ Información tomada de la página web del programa RedesColombia del Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en <http://www.redescolombia.org/informaciondeinteres/caracterizacion>, consultada el 6 de enero de 2014.

³² RÁMIREZ, C., et al Op. Cit. pp. 54.

(en adelante OIM) en su informe de 2010. Ello por cuanto están elaborados únicamente desde el punto de vista de los migrantes que envían remesas al país, lo que permite obviar a aquellos que no lo hacen - por falta de recursos o interés-, así como a buena parte de quienes han abandonado el país en calidad de refugiados. En efecto, de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, a diciembre de 2012, 391,100 colombianos habían cruzado las fronteras en busca de protección internacional. Esta cifra incluye a 282,300 personas que se encuentran en Venezuela y Panamá en situación de refugio aunque no hayan sido reconocidos como tales³³. Por tanto es necesario replantear el orden de las razones por las cuales se emigra en Colombia, reconociendo el impacto del conflicto armado, así como de la violencia ejercida por grupos al margen de la ley.

Los datos con los que se cuenta no permiten trazar un perfil del todo definido del emigrante colombiano. Sin embargo aportan información suficiente para dibujar un bosquejo. Se trata de personas en edad productiva que han cruzado la frontera en busca de un mejor nivel de vida, pero también en busca de refugio ante la violencia derivada del conflicto armado. Su destino final está conformado por un reducido conjunto de países que tradicionalmente han recibido población colombiana, de manera se mueven a través de redes sociales y culturales de apoyo.

4. LA RESPUESTA DEL ESTADO A LAS MIGRACIONES

4.1. El documento Conpes 3603: hacia la formulación de una política pública

Hasta los primeros años del siglo XXI la migración ocupó un lugar muy modesto en las preocupaciones de las autoridades nacionales, que se limitaron a regular aspectos puntuales de este fenómeno³⁴. A partir de 2003 se incrementó la actividad estatal en

³³ ACNUR *Global Trends. Displacement. The New 21st challenge* Ginebra, 2013, pp. 13. Disponible en http://unhcr.org/globaltrends/june2013/UNHCR%20GLOBAL%20TRENDS%202012_V05.pdf Consultada el 6 de enero de 2014.

³⁴ La regulación de la concesión y el trámite de los visados estuvo regida por numerosas normas, que imponían severos requisitos, en especial a los trabajadores foráneos. Entre otras se encuentran los Decretos 1000 de 1986, y 2000 de 1987, 666 y 1546 de 1992, 2241 de 1993,

aspectos relacionados con el ingreso de inversionistas extranjeros al país, así como respecto a los servicios de atención y protección ofrecidos a los colombianos en el exterior, pero estas medidas se encontraban lejos de constituir un planteamiento coherente.

Sólo hasta 2009 el gobierno, a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social³⁵, preparó el primer plan para el diseño e implementación de una verdadera política pública que se ocupara tanto de la regulación de la inmigración, como de la atención a la emigración³⁶. Este radical cambio de actitud respondió a la conjunción de dos factores, que obligaron al Estado a tomarse en serio la necesidad de regular las migraciones: la intensificación del flujo de colombianos hacia el exterior y del cambio del modelo económico. Ninguno de los dos tuvo lugar de manera sorpresiva y en un primer momento no parecían exigir el desarrollo de una política migratoria. No obstante, el paso del tiempo, y la intensificación de sus consecuencias, exigieron a las autoridades preparar una respuesta.

En efecto, si bien desde los años cincuenta la emigración se había convertido en una constante, su ritmo creció de manera exponencial en la última década del siglo. Así, si entre 1980 y 1990 la población colombiana en el extranjero aumentó en 27,5%, entre 1990 y 2000 lo hizo un 70%³⁷. La magnitud de este fenómeno, que evidenciaba una importante pérdida de capital social, exigió que las autoridades nacionales se interesaran, por fin, por el destino de los emigrantes. Por otra parte el modelo de desarrollo adoptado veinte años atrás exigía la adopción de una regulación

2408 de 1999, 1384 de 2002 y 2107 del 2001. En cuanto a la emigración, se adoptaron disposiciones básicas para la protección de los colombianos en el extranjero a través del servicio consular en una fecha tan tardía como 1993, por medio de la ley 76.

³⁵ Este Consejo es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales. Actúa bajo la dirección del presidente y está integrado por todos los Ministros, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Director del Departamento Nacional de Planeación, y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias.

³⁶ En 1994, a través del Documento Conpes 2706, se realizó un primer plan para regular de manera integral la inmigración, que no llegó a ponerse en práctica.

³⁷ CÁRDENAS M., y MEJÍA, L., Op. Cit. pp. 8.

que facilitar ciertos flujos de población. Vale la pena detenerse un momento en este segundo factor, a fin de comprender su magnitud.

A lo largo de la década de los noventa del siglo XX, Colombia se embarcó en un proceso de transformación de su modelo económico, a través de reformas legales y mediante incentivos fiscales, con el fin de adoptar los postulados neoliberales demandados por las instancias internacionales³⁸. De esta manera la economía se desregularizó, los servicios públicos fueron privatizados, el mercado laboral se flexibilizó y los derechos de propiedad vieron reforzadas sus garantías³⁹. Estos cambios permitieron la adopción de la propuesta de desarrollo presentada por el presidente Álvaro Uribe (2002-2010) y ratificada por su sucesor, Juan Manuel Santos (2010-2014).

Este modelo, consagrado en los planes de desarrollo presentados por los dos mandatarios⁴⁰, descansa sobre dos pilares: Las industrias extractivas de recursos naturales - tanto agrícolas como mineros- y la inversión extranjera, con cuyos recursos se aspira a financiar tanto los proyectos extractivos como las obras de infraestructura que el país requiere para transportar las materias primas a los mercados internacionales⁴¹. A fin de facilitar el ingreso y permanencia de estos capitales el país se ha embarcado en un proceso de negociación y firma de numerosos acuerdos relativos a la protección de la inversión extranjera, bien integrados en tratados de libre comercio, bien en instrumentos independientes⁴².

³⁸ EDWARDS, S., y STEINER, R., *La Revolución Incompleta: las reformas de Gaviria*. Bogotá, Norma, 2008.

³⁹ LEMAITRE RIPOLL, J., (Comp.) *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio*. Bogotá, Colección CIJUS- Universidad de los Andes, 2010, pp. 7.

⁴⁰ Los planes nacionales de desarrollo son base de las políticas gubernamentales formuladas por el Presidente de la República, a través de su equipo de Gobierno. Recogen, por tanto los temas y propuestas expuestas durante su campaña electoral.

⁴¹ SÁNCHEZ MOJICA, B., URUEÑA HENÁNDEZ, R., "Derechos Humanos, Desplazamiento forzado y desarrollo económico en Colombia: Una mirada a partir del impacto del Derecho internacional en la política local." Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política. *Derechos Humanos: Posibilidades teóricas y retos prácticos*. Buenos Aires, Librería. En prensa.

⁴² A septiembre de 2013 están operativos los TLCs con México, Chile, MERCOSUR, Salvador, Guatemala, Honduras, Estados Unidos y Canadá. Se ha firmado y está en proceso de ratificación

El desarrollo de este modelo exige la adopción de medidas destinadas a facilitar el ingreso y permanencia en el país de inversores extranjeros, empresas multinacionales e inmigrantes con altas calificaciones profesionales, así como la creación de vínculos con aquellos colombianos residentes en el exterior dotados de conocimientos, habilidades profesionales y capitales que pudieran ser usados en beneficio del crecimiento del país⁴³. En consecuencia la creación de una política pública integral, que contemple tanto la inmigración como la emigración, se hizo imperativa.

El Documento Conpes 3603 constituyó el instrumento a través del cual se establecieron las bases de la necesitada política⁴⁴. Este instrumento parte por reconocer la necesidad de abordar las migraciones a partir de un enfoque integral que reconozca tanto la diversidad de dimensiones de este fenómeno, como sus vínculos con el desarrollo. Las fragmentarias acciones que se habían emprendido hasta el momento debían, por tanto, ser replanteadas de manera que permitieran hacer de los flujos migratorios un factor para el crecimiento del país. Ello mediante el desarrollo de estrategias que permitan mejorar el nivel de vida de los colombianos en el exterior y aprovechar los conocimientos, habilidades y recursos que han adquirido para impulsar los procesos económicos, académicos y sociales que están teniendo lugar en el territorio nacional. Así mismo, se señala la necesidad de reformular el régimen de inmigración a fin de hacer al país más atractivo para inversores extranjeros, profesionales y técnicos altamente cualificados.

el acuerdo con la Unión Europea y se encuentran en proceso de negociación tratados con Turquía, Costa Rica, Panamá e Israel. Todos estos convenios contienen capítulos relativos a la protección de la inversión extranjera. Así mismo se han firmado acuerdos específicos de protección a la inversión extranjera con España, Suiza, Perú, China, India, Reino Unido, Singapur y Corea del Sur, y se encuentran en proceso de negociación otros dos con Japón y los países EFTA.

⁴³ DNP-Departamento Nacional de Planeación (2010), *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos*. Bogotá, DNP, pp. 124.

⁴⁴ Los Documentos Conpes son instrumentos de política pública expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, encargados de desarrollar lineamientos generales de formulación, ejecución y seguimiento respecto de un área de acción del Estado, a partir de sus obligaciones legales. No son vinculantes, por lo que con cierta frecuencia no son llevados a la práctica.

A partir de este diagnóstico el documento propone el desarrollo de una política migratoria integrada, y por tanto plenamente coherente, con la política de relaciones exteriores del país, diseñada a partir de un enfoque de derechos humanos que sitúe la protección de los derechos del migrante como centro de la actuación del Estado. Esta política debería perseguir, en el largo plazo, cuatro objetivos:

1. La defensa, protección y garantía de los derechos de los inmigrantes y emigrantes.
2. El fortalecimiento de la transferencia de capacidades hacia el país de aquellos colombianos con un alto capital humano, así como el mantenimiento y la ampliación de oportunidades de formación para los colombianos en el exterior y para los extranjeros en el país.
3. La garantía de una oferta de servicios estatales permanente, suficiente y efectiva hacia los colombianos en el exterior y los extranjeros en Colombia, teniendo en cuenta los cambios permanentes de la dinámica migratoria; y
4. La apuesta por una migración regular de acuerdo a la normatividad internacional⁴⁵.

Para el logro de estos objetivos se delinea un amplio plan de acción que implica la revisión de los marcos institucional y normativo existentes hasta el momento. En particular se sugiere la adopción de medidas para establecer contacto con los colombianos en el exterior, fomentar su participación en la toma de decisiones que les afectan y garantizar su bienestar en aspectos tan variados como el ingreso al mercado laboral, el acceso a la educación y la vinculación al sistema nacional de seguridad social. La homologación de los títulos universitarios obtenidos en el exterior, a fin de facilitar el retorno de los profesionales y el aprovechamiento de sus conocimientos, es también un elemento a desarrollar. Se apuesta además por el desarrollo de una estrategia de aprovechamiento productivo de las remesas y por la revisión del

⁴⁵ CONPES-Consejo de Política Económica y Social *Documento 3606:Política Integral Migratoria* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2009, pp. 53.

régimen de visados para facilitar el ingreso de las familias de los inversionistas y trabajadores temporales. Finalmente se propone mejorar las estrategias de prevención y lucha contra los crímenes de trata y tráfico de personas, a fin de mejorar la seguridad de los migrantes.

4.2. La estructura de la política migratoria colombiana: En construcción

El Ambicioso plan para la formulación de una política migratoria integral contenido en el Documento CONPES 3603 sólo ha sido llevado parcialmente a la práctica. Al tratarse de un instrumento no vinculante requiere que sus propuestas sean recogidas por normas jurídicamente obligatorias para ser llevado a la práctica. En un escenario ideal una única ley, aprobada por el Congreso de la República, hubiera consagrado al menos los elementos básicos de la propuesta, dotándola de obligatoriedad y estableciendo los recursos para financiarla. Sin embargo, ello no ha ocurrido. Aspectos puntuales del plan de acción han sido adoptados a través de multitud de normas y programas, mientras otros permanecen a la espera de ser desarrollados. Puede decirse en consecuencia, que la política migratoria colombiana se encuentra en proceso de construcción y aún en búsqueda de su enfoque de derechos.

El proceso de transformación que experimentan las normas e instituciones relativas a la gestión de los flujos de población es presentando a lo largo de esta sección. Para facilitar su comprensión se ha optado por exponer, al inicio de cada apartado, la situación previa a la propuesta contenida en el Conpes de 2009, para luego presentar los cambios que se han introducido, tanto a nivel institucional como normativo.

4.2.1. Transformaciones en el marco institucional

El Ministerio de Relaciones Exteriores constituye la principal autoridad en materia migratoria. Es su responsabilidad la formulación, ejecución y monitoreo de las medidas relacionadas tanto con la inmigración como con la emigración. En el pasado reciente, dada la reducida dimensión de la migración en la política nacional, ejercía esta función acompañado tan sólo por el DAS;

ente responsable de controlar las entradas y salidas del país, llevar el registro y documentación de los extranjeros, así como de ejercer su vigilancia. Sin embargo, en la medida en que la migración empezó a adquirir peso específico en los intereses del Estado diversas entidades nacionales asumieron competencias en la materia. Así, por ejemplo, el Ministerio de Educación asumió la tarea de promover la vinculación de los migrantes al sistema educativo y de facilitar la homologación de sus títulos, el Ministerio de Vivienda se encargó de desarrollar mecanismos para canalizar las remesas para la adquisición y mejora de viviendas, así mismo el Ministerio de Protección Social se ocupó de desarrollar instrumentos de acceso a los mecanismos de protección social de inmigrantes y colombianos en el exterior.

La coordinación de estas funciones correspondió a la Comisión Nacional Intersectorial de Migración creada en 2003, por medio del Decreto 1239⁴⁶. Esta instancia fue concebida con el ambicioso propósito de identificar las necesidades de la población colombiana en el exterior, así como los patrones de la migración deseable para el país y a partir de estos datos sugerir las pautas para fijación y coordinación de la política migratoria desde una perspectiva integral. Sin embargo, durante sus primeros años su papel fue prácticamente irrelevante.

La reforma de este mecanismo de coordinación, con miras a su fortalecimiento constituyó el primero de los cambios introducidos en el marco institucional. La ley 1465 de 2011, sin reemplazarlo, lo amplió mediante la creación del Sistema Nacional de Migraciones. Concebido como una amplia red de instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil, el sistema se presenta como una instancia de apoyo al Gobierno en general, y al Ministerio de Relaciones Exteriores en particular, en el diseño y aplicación de la política migratoria. A través de este mecanismo se pretende, además de reforzar las funciones de la Comisión, abrir

⁴⁶ La componen los Ministerios de Interior, Justicia, Relaciones Exteriores, Defensa, Protección Social, Comercio Industria y Turismo; el Departamento Nacional de Planeación, el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior y la Dirección de Asuntos Consulares y Comunidades Colombianas en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores.

un espacio para la participación de la población migrante en la toma de decisiones que le afectan.

Se trata, no obstante, de un intento fallido, ya que la norma presenta importantes vacíos que impiden que este sistema cumpla las funciones para las que ha sido creado. El primero, y más grave, es que la ley no establece de manera clara su conformación. Se limita a señalar que estará integrado por la Comisión Intersectorial de Migraciones así como por “todas las entidades estatales y gubernamentales cuyas funciones y objetos tengan relación directa con los temas concernientes a la migración e inmigración en Colombia”⁴⁷. Fórmula tan vaga que no permite identificar con un mínimo de precisión a los demás integrantes del sistema.

En segundo lugar si bien crea la Mesa Nacional de la Sociedad Civil, como espacio para la participación de la población migrante en el diseño de las políticas, no señala la manera en la que este ente debe conformarse, ni aporta dato alguno sobre su funcionamiento o financiación. Sencillamente menciona su existencia, al tiempo que establece que tendrá un representante ante la Comisión Intersectorial de Migraciones. Con el mismo grado de ambigüedad señala que el Gobierno creará espacios adicionales de participación de los colombianos en el exterior, sin precisar ningún tipo de medida⁴⁸. En este punto es preciso anotar que en uno y otro caso la participación que se busca es la de los colombianos en el exterior, la población extranjera en el país no cuenta con tal opción.

Las funciones asignadas al Sistema responden, parcialmente, a las propuestas realizadas por el Documento Conpes 3603 para enfrentar la inadecuada gestión de las migraciones. Así, entre su tareas se encuentra el identificar las necesidades e intereses de los colombianos en el exterior y sus familias, fortalecer los canales de comunicación entre las autoridades nacionales y los emigrantes, así como reforzar los mecanismos existentes para mejorar la calidad de vida de estas personas. Debe, así mismo promover la vinculación y la articulación de la política integral migratoria a los

⁴⁷ Artículo 5, Ley 1465 de 2011.

⁴⁸ Artículo 7, Ley 1465 de 2011.

planes de desarrollo nacional, regional y local, y hallar mecanismos que permitan la integración social de los inmigrantes⁴⁹.

Estas funciones deben ser llevadas a cabo de manera acorde con los principios orientadores que la norma fija, los cuales son reflejo de los establecidos por el Documento Conpes. Se trata del respeto integral de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, la búsqueda de mecanismos de cooperación internacional para crear un régimen ordenado y garantista de movilidad humana, y la concepción del migrante como un factor de desarrollo nacional, regional e internacional⁵⁰. Sin embargo, la ley no dota a las instituciones y organizaciones vinculadas a esta red de mecanismos o recursos para cumplir tales tareas. Esta ausencia constituye el tercer vacío, que impide que el Sistema resulte realmente operativo.

Es de esperar que, a través de un decreto se reglamente tanto la conformación del sistema, como la de la Mesa, y se determinen con exactitud los mecanismos de participación de los emigrantes. Sin embargo, tres años después de la creación del sistema, el Gobierno aún no ha producido tal norma.

En contraste con esta primera transformación fallida, la segunda reforma al marco institucional ha resultado no sólo exitosa, sino determinante en el proceso de construcción de la política migratoria nacional. Se trata del relevo del DAS en 2011, como entidad responsable del control y vigilancia del flujo migratorio. Esta entidad desapareció de la escena, para dejar paso a otra de carácter eminentemente técnico, vinculada al Ministerio de Relaciones Exteriores: la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (en adelante Migración Colombia)⁵¹. Este cambio ha supuesto toda una declaración de principios en torno a lo que se pretende que sea la gestión de la movilidad humana por parte de las autoridades colombianas. En efecto, el DAS constituía uno de los entes más poderosos y oscuros del país. Responsable de la política de inteligencia de la nación, tenía a su cargo los servicios de espionaje y contraespionaje. Tras varios escándalos de

⁴⁹ Artículo 4, Ley 1465 de 2011.

⁵⁰ Artículo 3, Ley 1465 de 2011.

⁵¹ Decreto 40672 de 2011

corrupción y violación de derechos humanos el Gobierno Nacional ordenó su desmantelamiento y el reparto de sus funciones entre nuevas entidades⁵².

La creación de Migración Colombia supuso una importante transformación de la manera como las migraciones son gestionadas en el país. La nueva entidad, dotada de recursos y con un perfil técnico especializado se presenta como el instrumento indispensable para el desarrollo de una política migratoria moderna, transparente y basada en el respeto al migrante. A las funciones de control y registro, desempeñadas por su antecesor, se suman las de diseñar y gestionar un sistema de información relativo a las entradas y salidas del país que permitan ofrecer datos actualizados y confiables a las entidades responsables de la toma de decisiones.

Es preciso reconocer que la nueva entidad se ha tomado en serio el compromiso de ser vocera del nuevo enfoque en el manejo migratorio. Desde febrero de 2012 publica mensualmente un boletín con la información estadística sobre los flujos de población desde y hacia el país⁵³. Así mismo, ha revisado y simplificado los trámites necesarios para la expedición del documento de identidad de los extranjeros y ha desarrollado un ambicioso plan para la creación de infraestructuras destinadas a la atención a los migrantes. Los Centros Facilitadores de Servicios Migratorios son fruto de este esfuerzo. Se trata de espacios dedicados a la atención ciudadana, que tienen como objetivo facilitar la documentación migratoria. Hasta el momento se han construido 27, a lo largo de todo el país⁵⁴. Su creación y puesta en marcha constituyen un importante paso en la tarea de hacer más atractivo el país a la inmigración, haciendo más sencillo el proceso de registro e identificación.

Probablemente el mayor reto al que se ha enfrentado la nueva entidad ha sido el cambio de mentalidad de sus propios

⁵² Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011.

⁵³ Disponible en la página web <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/banco-de-documentos/boletines-migratorios/category/13-boletin-migratorio.html> Consultada el 6 de enero de 2014,

⁵⁴ MIGRACIÓN COLOMBIA (*Informe de Gestión, 2012. Construyendo las bases de la nueva autoridad migratoria* Bogotá, Migración Colombia, 2013, pp. 50.

funcionarios. El grueso de estos proviene del extinto DAS⁵⁵ por lo que, pese al cambio de normas y estructuras, su aproximación a las migraciones se realizaba desde una perspectiva de seguridad nacional. La dirección de la entidad, consciente de este asunto, ha dedicado tiempo y recursos a la formación de su personal a través de cursos y talleres donde el componente de derechos humanos ha ocupado un lugar importante, al igual que la adquisición de las habilidades necesarias para ofrecer al migrante un trato respetuoso⁵⁶. Es previsible, no obstante, que aun sea largo el camino que se deba recorrer para reemplazar la percepción del migrante como amenaza, por una visión que lo conciba como sujeto de derechos y factor de desarrollo.

4.2.2. Transformaciones en el marco normativo

4.2.2.1. La regulación de la inmigración

Tradicionalmente la regulación de la inmigración en Colombia se ha realizado a través de decretos. Se trata de normas expedidas por el Gobierno Nacional que establecen los requisitos y condiciones relativos al ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional, así como las sanciones en caso de que los no nacionales violen estas disposiciones. Este tipo de normas no reconocen derechos a los extranjeros, se limitan a establecer procedimientos y condiciones para la concesión y prórroga de las visas y los permisos de residencia y trabajo, así como para su cancelación.

Tras el Documento Conpes 3603 de 2009 cabía pensar que, en aras de la garantía de derechos a los inmigrantes, la regulación de este fenómeno daría un giro mediante la formulación de un estatuto que reconociera derechos a estas personas y estableciera mecanismos para facilitar su integración en la economía y la sociedad colombiana. Sin embargo, tal cambio no se ha producido. La regulación de la inmigración se encuentra regida por el Decreto 834 de 2013, norma que se ciñe a la tradición, en el sentido de limitarse a establecer el régimen de visados y permisos de residencia y trabajo, las condiciones de permanencia en el país, el

⁵⁵ *Ibíd*em, pp. 10.

⁵⁶ *Ibíd*em, pp. 30.

régimen de control a los extranjeros por parte de la autoridad migratoria, así como el tipo y monto de sanciones como consecuencia de la transgresión de los procedimientos que establece.

No se trata, por tanto, del esperado régimen de derechos de los migrantes. A primera vista la nueva norma constituye un paso más en el esfuerzo por simplificar el régimen de visados, iniciado años atrás, así como por facilitar la entrada al país de inversionistas y personal vinculado a empresas multinacionales, en especial los procedentes de Estados con los que Colombia ha firmado tratados de libre comercio o de protección a la inversión extranjera⁵⁷. Sin embargo, un análisis un poco más profundo de su contenido revela que introduce una importante transformación en el régimen de las migraciones.

En efecto, la norma, que le precedió, el Decreto 4000 de 2004, establecía un régimen de inmigración planificado, en el que el ingreso de extranjeros al país dependía de las “necesidades sociales, demográficas, económicas, científicas, culturales, de seguridad, de orden público, sanitario y demás de interés para el Estado colombiano”⁵⁸. Por tanto, establecía casos de ingreso preferencial para personas dotadas de los conocimientos, las habilidades o los recursos que el país requería para su desarrollo. Así mismo limitaba la entrada de personas que pudieran comprometer el empleo de los nacionales o generar problemas de tipo económico, político o social⁵⁹. El Decreto 834 de 2013 eliminó estas limitaciones, estableciendo un régimen abierto de ingreso para los trabajadores extranjeros. Ello fue posible pues poco tiempo antes la ley 1429 de 2010, modificó el Código Sustantivo Laboral eliminando todo límite a la contratación de extranjeros por parte de los empleadores nacionales⁶⁰. Sin embargo, ni el decreto ni la ley que le precedió, toman medidas para garantizar los

⁵⁷ Artículo 6, Decreto 834 de 2013.

⁵⁸ Artículo 3, Decreto 4000 de 2004.

⁵⁹ Artículo 4 Decreto 4000 de 2004.

⁶⁰ Artículo 65, Ley 1429 de 2010. Con anterioridad a esta reforma sólo el 10% de los de una empresa trabajadores podía tener este origen, cifra que se elevaba al 20% en los casos de que su presencia fuera necesaria para el desarrollo de labores técnicas y especializadas. La variación de esta proporción requería un permiso especial y temporal por parte del Ministerio de Trabajo.

derechos de los trabajadores extranjeros. Es trata de un vacío importante, pues la Corte Interamericana ha señalado la vulnerabilidad en la que se suelen encontrar estas personas, al tiempo que ha solicitado a los Estados adoptar las medidas adecuadas para protegerles⁶¹. Una política basada en un enfoque de derechos debiera tomar nota de esta recomendación, pero ello no ha ocurrido en Colombia.

Ahora bien, la simplificación del procedimiento para el ingreso al país no debe confundirse con una relajación de los controles. Al contrario, el nuevo decreto amplía, frente a la norma que le precedió, las obligaciones de empleadores, instituciones académicas y demás entidades en las que los extranjeros desarrollan algún tipo de actividad de informar a Migración Colombia sobre su situación⁶². Así mismo aumenta las causales de inadmisión al territorio nacional, añadiendo el rechazo por razones de soberanía y seguridad nacional⁶³. Migración Colombia es la entidad responsable de esta decisión, contra la cual no cabe recurso alguno⁶⁴. Esta entidad es también la responsable de ejecutar las sanciones de deportación y expulsión, cuyo régimen se mantiene sujeto a la regulación previa a la ley 1465⁶⁵, la cual establece amplios espacios para la discrecionalidad de la autoridad migratoria.

4.2.2.2. La regulación de la emigración

La emigración ha sido, a lo largo de la historia de Colombia, objeto de una atención aún menor que la inmigración. En consecuencia, hasta los primeros años del presente siglo, las disposiciones normativas al respecto se limitaban a la regulación del servicio consular y la atención que debe prestar a los colombianos en el exterior. Las leyes 76 de 1993 y 991 de 2005, se ocupan de esta tarea al establecer la obligación de los consulados de contar con personal especializado para la asistencia

⁶¹ CorteIDH opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* de 17 de septiembre de 2003, párr. 104 y 112-118

⁶² Capítulo IV, Decreto 834 de 2013.

⁶³ Artículo 28, Decreto 834 de 2013.

⁶⁴ Artículo 29, Decreto 834 de 2013.

⁶⁵ Capítulos II y III, Decreto 4000 de 2004.

y orientación jurídico-social en ciudades donde resida población colombiana superior a 10.000 personas. Estos profesionales deben encargarse de la promoción de los derechos humanos de estas personas, en especial los relacionados con el debido proceso, así como de brindarles asesoría y apoyo frente a situaciones de privación de libertad, discriminación y abuso en materia laboral. Deben, también, ocuparse de la localización de colombianos desaparecidos, así como de la defensa de los intereses de los menores de edad y de las personas en situación de discapacidad⁶⁶. Como herramienta para el desarrollo de estas funciones se ha creado un fondo que provee los recursos para financiar estas actividades⁶⁷.

Este esquema de atención se vio reforzado, en los primeros años del siglo XXI, a través de distintas medidas adoptadas en su mayor parte por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objetivo de establecer contacto con los emigrantes y poner a su disposición un conjunto de servicios que reforzaran la relación con el país. Así en 2003, y 2007, respectivamente, se crearon los programas “Colombia nos Une” y “Plan Comunidad”, destinados reforzar los nexos entre los colombianos exiliados y las autoridades nacionales. Se diseñó, de igual manera, una estrategia de ferias inmobiliarias a través de varios de sus consulados para promover el uso de las remesas en la adquisición de vivienda en el territorio colombiano. También, en coordinación con el Instituto de Seguros Sociales, se creó el programa “Colombiano Seguro en el Exterior”, abriendo la opción de afiliación ya cotización al sistema de seguridad social en pensiones. Adicionalmente el Ministerio de Educación, en conjunción con el Servicio Nacional de Aprendizaje - instituto responsable de la educación técnica- diseñó programas de formación on-line y desarrolló medidas para facilitar la homologación títulos obtenidos en centros extranjeros⁶⁸.

Ahora bien, es importante señalar que, pese a su diversidad, estas iniciativas han tenido un común denominador. A excepción

⁶⁶ Artículo 3, Ley 76 de 1993.

⁶⁷ Artículo 4, Ley 76 de 1993.

⁶⁸ CONPES-Consejo de Política Económica y Social *Documento 3606: Política Integral Migratoria* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2009, pp. 9-16.

de la asistencia consular ninguna reconoce o garantiza derechos; se limitan a facilitar el acceso a servicios o bienes públicos⁶⁹. Su diseño y aplicación responde a una lógica que percibe al emigrante como un usuario, no como a un titular de derechos. La formulación del plan contenido en el Documento Conpes 3603 no ha modificado esta situación. Si bien los programas e iniciativas para la población residente en el exterior han sido reestructurados, estos cambios no han incorporado un enfoque de derechos.

Los emigrantes aun no son concebidos como titulares de derechos. Prueba de ello es la ausencia de un estatuto que reconozca sus derechos, así como las vías para hacerlos efectivos. La acción estatal se ha focalizado en centralizar los servicios a través del programa “Colombia nos une”, sin que ello suponga una mejora en la cantidad o la calidad de la oferta. A esta iniciativa, además, le han sido asignadas dos tareas más: la promoción de la migración ordenada y el apoyo los procesos de retorno⁷⁰.

El primero de los nuevos cometidos implica que a través de este programa se gestionan los acuerdos internacionales suscritos por Colombia tanto en materia de migraciones laborales⁷¹, como de combate del crimen de trata de seres humanos⁷². En desarrollo de esta función realiza labores de acompañamiento y difusión de los programas que, desde el Ministerio de Relaciones Exteriores se han lanzado para cumplir con estas obligaciones internacionales⁷³.

⁶⁹ La asistencia consular en los casos de privación de la libertad constituye un derecho del extranjero, directamente vinculado al debido proceso. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del caso *Mexico v. United States of America, formally Avena and Other Mexican Nationals*, fallada el 31 de marzo de 2004.

⁷⁰ La información sobre el programa Colombia nos une está disponible en la página web <http://www.redescolombia.org/> Consultada el 6 de enero de 2014.

⁷¹ Colombia ha suscrito algunos tratados bilaterales mediante los cuales se establecen las condiciones para la gestión de una migración laboral ordenada. Así, por ejemplo, en 2000 celebró un acuerdo con Ecuador y un año después otro con España. Así mismo es parte de la organización regional Comunidad Andina (CAN), que ha aprobado normas en esta materia

⁷² Colombia es parte del Protocolo de Palermo sobre trata, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptado en Palermo en 2000.

⁷³ En materia de trata, por ejemplo, este ministerio suscribió con la OIM un convenio de cooperación técnica y financiera, a través del cual se ha creado un programa de asistencia a las víctimas de trata que involucra el retorno al lugar de origen, seguridad, alojamiento, asistencia médica, psicológica y material, así como información y asesoría jurídica respecto a los derechos y

En materia de retorno se desarrolló, en un primer momento, un modesto programa que se centraba en prestar asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que regresaban al país, así como en dar orientación en los procesos de inserción laboral a los retornados en general. Esta pequeña iniciativa está siendo modificada, pues la ley 1565 de 2012 establece un nuevo y ambicioso esquema para el retorno que supera la visión asistencialista manejada hasta el momento. Por un lado busca incentivar el regreso de los colombianos que han adquirido conocimientos, habilidades profesionales o recursos que puedan resultar útiles para el crecimiento económico y social del país. Por el otro pretende facilitar el retorno de quienes abandonaron el territorio nacional a causa del conflicto armado, reconociendo su calidad de víctimas y su derecho a ser plenamente restituidas⁷⁴. Así mismo mantiene una línea de atención a quienes regresan deportados o en situación vulnerable. Este complejo plan, no obstante, aún se encuentra en fase de implementación, mientras el gobierno aprueba un decreto que permita llevar sus disposiciones a la práctica.

5. LA REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN EN COLOMBIA: DÓNDE ESTÁ EL ENFOQUE DE DERECHOS?

La política migratoria colombiana ha sido anunciada como un sistema de gestión de la movilidad humana construido a partir de un enfoque de derechos humanos. Sin embargo el análisis que se ha desarrollado a lo largo de este texto revela que esta afirmación está aún lejos de ser alcanzada. Las nuevas normas e instituciones, creadas a partir de 2011, manejan efectivamente un lenguaje de derechos, pero su garantía no parece constituir uno de los objetivos centrales del sistema que integran. Éste, por el contrario, ha priorizado la atención a las dimensiones del fenómeno migratorio necesarias para el desarrollo del modelo económico adoptado por el país, descuidando la protección de los migrantes, a

procedimientos legales. Así mismo Migración Colombia, se encuentra desarrollado alianzas multilaterales para la lucha contra este delito.

⁷⁴ Este tipo de retorno se encuadra en la política de atención y restitución integral de las víctimas del conflicto armado estructurada en torno a la ley 1448 de 2011.

los que parece concebir más como factores de crecimiento, que como titulares de derechos.

La ausencia de un estatuto del migrante, resulta particularmente reveladora en este sentido. El país no cuenta, casi cinco años después de la aprobación del Documento CONPES 3603, con una ley aprobada por el legislador donde se consagren los derechos de inmigrantes y emigrantes, así como las vías para hacerlos efectivos. Adicionalmente las normas que en la actualidad regulan la entrada y salida de personas al territorio nacional presentan fallos en materia de reconocimiento y protección de derechos. El decreto 834 de 2013, mediante el cual se establece el régimen de extranjería, crea espacios de discrecionalidad para Migración Colombia frente a las sanciones de expulsión y deportación que resultan problemáticos frente al debido proceso y a las obligaciones establecidas por el principio de *non refoulement*. La decisión se deja en manos de una autoridad administrativa sin que se establezcan las garantías necesarias para asegurar que el migrante contará con un recurso efectivo para la revisión de su caso. Por otro lado no se establecen mecanismos que obliguen a la agencia estatal a comprobar el riesgo que entraña para la vida e integridad del expulsado o deportado la devolución al país del que proviene.

Esta misma norma, en conjunción con la ley la ley 1429 de 2010, abre las puertas del mercado laboral nacional a los trabajadores extranjeros. Pero al hacerlo descuida por completo el reconocimiento de derechos a estas personas, pese a que desde instancias internacionales se ha advertido de su especial vulnerabilidad. Este vacío no es casual. Responde a la percepción del migrante como un mero factor para el desarrollo del modelo económico elegido por el país. Algo similar ocurre con la regulación de la emigración, centrada en ofrecer servicios y no en garantizar derechos.

La falta de canales claros para la participación de los migrantes en los procesos de toma de las decisiones públicas que les afectan constituye un argumento más para sostener la ausencia de un enfoque de derechos en esta política. Si bien la ley 1465 de 2011 crea espacios para los emigrantes colombianos, no establece

los mecanismos para hacerlos efectivos. Por otra parte ni esta norma ni ninguna otra se ocupa de la intervención los inmigrantes.

Es cierto que la nueva política representa un avance frente a la regulación anterior, en particular en lo relativo a la transparencia de la gestión y a la rendición de cuentas. La creación y consolidación de Migración Colombia como entidad técnica responsable de la gestión y control de las corrientes migratorias ha constituido un paso fundamental en este sentido. Así mismo, la labor desarrollada por este organismo ha sido importante para mejorar la calidad del trato que reciben los viajeros. Sin embargo, estas transformaciones no tienen el calado suficiente para que pueda hablarse de un enfoque de derechos en la política migratoria colombiana. Para que ello ocurra es preciso, por un lado, la discusión y aprobación de las normas necesarias para reconocer y garantizar de manera plena los derechos de los migrantes. Pero también es necesario que el sistema de regulación existente se replantee, para que la protección de estas personas se constituya realmente en uno de sus objetivos y no en una consigna vacía.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Nueva York y Ginebra, 2006.
- AYALA, G., BEMÚDEZ, S., MASÓN, A. y MURCIA, P. "Un Acercamiento al Actual Éxodo Colombiano al Exterior", *Colombia Internacional* N° 51, 2001.
- CÁRDENAS, M. y MEJÍA, L. *Migraciones Internacionales en Colombia: ¿Qué Sabemos?. Bogotá: CEPAL, Documento de Trabajo No. 30, septiembre de 2006.*
- CONPES-Consejo de Política Económica y Social (2009) *Política Integral Migratoria* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. 2009
- DANE-Departamento Nacional de Estadística *Boletín de prensa N° 12. Producto interno bruto*, 20013
- DAUVERGNE, C., "Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times" *The Modern Law Review Limited*, Vol. 67, Issue 4, julio 2004
- DOCQUIER, F y MARKFOUK, A "International migration by educational attainment (1990-2000)" Ozden, Ç y Schiff, M (Eds.)

- International Migration, Remittances and the Brain Drain*, Washington, World Bank- Palgrave Macmillan, 2006.
- DNP-Departamento Nacional de Planeación (2010), *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos*. Bogotá: DNP.
- EDWARDS, S. y STEINER, R. *La Revolución Incompleta: las reformas de Gaviria*. Bogotá, Norma, 2008.
- LAUTERPACHT, E., y BETHLEHEM D. "El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión", FELLER E., TÜRK V., y NICHOLSON, F., (Eds.) *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional: Consultas Globales sobre Protección Internacional del ACNUR*, Madrid, Icaria, 2010.
- LEMAITRE RIPOLL, J. (Comp.) *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio*. Bogotá, Colección CIJUS- Universidad de los Andes, 2010.
- MALAGÓN, M. "Radicalismo e inmigración" A.A.V.V. *Historia del Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado, en prensa.
- MÁRMORA, L. "El desarrollo de la política de migraciones laborales en Colombia" A.A.V.V. *Migraciones Laborales 1*. SENALDE - Ministerio de Trabajo, Proyecto P.N.U.D. / O.I.T. 1976.
- MARTÍN, R., SÁNCHEZ, B., VELÁSQUEZ, M. y VIDAL, R., "Políticas públicas sobre migración en Colombia" Chiarello, Leonir (Coord.) *Las Políticas Públicas sobre Migraciones y la Sociedad Civil en América Latina. Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y México*. New York, Scalabrini International Migration Network, 2011.
- MARTÍNEZ, J. y VILLA, M. *Tendencias y patrones de la migración internacional en América latina y el Caribe*. Bogotá: CEPAL, Notas de Población No. 73, 2004.
- MEDINA, C y POSSO C.M. "Colombian and South American Inmigrants in the United States of America: Education leves, Jobs qualifications and the decision of go back home" *Borradores de Economía*, Nº 572, 2009.
- MEJÍA OCHOA, W., *Diseño y formulación operativa de una política integral de gestión migratoria laboral y las herramientas que permitan su desarrollo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MIGRACIÓN COLOMBIA, *Boletín Migratorio, diciembre de 2012*. Bogotá: Migración Colombia, 2013
- MIGRACIÓN COLOMBIA, *Informe de Gestión, 2012. Construyendo las bases de la nueva autoridad migratoria* Bogotá: Migración Colombia, 2013.
- RAMÍREZ, C., ZULOAGA, M. y PERILLA, C., *Perfil Migratorio de Colombia, 2010.*, Bogotá, Organización Internacional de las Migraciones, 2010

RATHA, D. y SHAW W.,. "South-South Migration and Remittances", World Bank Working Paper No. 102, The World Bank, Washington D.C, 2007

SÁNCHEZ MOJICA, B, "Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del *soft law* para la gestión del desplazamiento forzado", *Revista de Estudios Políticos*, No. 35, 2009.

SÁNCHEZ MOJICA, B. "Niños en la frontera. El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los menores migrantes en situación irregular." *Hendu Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* Vol. 3 N° 1, 2012.

SÁNCHEZ MOJICA, B. E. y URUEÑA, R. "Derechos Humanos, Desplazamiento forzado y desarrollo económico en Colombia: Una mirada a partir del impacto del Derecho internacional en la política local." Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política. *Derechos Humanos: Posibilidades teóricas y retos prácticos*. Buenos Aires: Librería, en prensa.

UNHCR *Global Trends. Displacement. The New 21st challenge*, 2013.

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003.
- Opinión Consultiva, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999.
- Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales, 18 de agosto de 2000.
- Vélez Loo contra Panamá del 23 de noviembre de 2003.

Corte Internacional de Justicia, *Mexico v. United States of America, formally Avena and Other Mexican Nationals*, 31 de marzo de 2004

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Abdulaziz, Cabales, y Balkandali contra Reino Unido, 28 de mayo de 1985.
- Üner contra Holanda, 18 de octubre de 2006.

8

LA NACIÓN EN LA REGIÓN: LAS MIGRACIONES HACIA LA ARGENTINA EN EL CONTEXTO SUDAMERICANO. UN ENFOQUE ANTROPOLÓGICO Y DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Natalia Gavazzo
CONICET-UBA-UNSAM

RESUMEN

En este trabajo se examinará brevemente un panorama de las migraciones internacionales en la región de América del Sur en el marco del actual proceso de “integración regional”. A partir de los discursos, normativas legales y políticas públicas de los gobiernos de los países involucrados en tales procesos, se enfocará luego en el caso de la inmigración intra-regional hacia la Argentina, que constituye un ejemplo particular de esas dinámicas por su historia y características. Con esto se pretende mostrar que *nación* y *región* son dos niveles de análisis centrales en la comprensión del lugar que los Estado-nacionales juegan en los procesos de transnacionalización y de migraciones internacionales, especialmente en términos de las normativas migratorias y su vínculo con los derechos humanos. Y que a pesar de ciertos cambios positivos que se ven a nivel regional en América del Sur, tal como sucede en el caso argentino, los dispositivos discriminatorios heredados y presentes en la construcción de las identidades nacionales persisten como obstáculos para el acceso de los inmigrantes a sus derechos básicos.

1. FLUJOS MIGRATORIOS E INTEGRACIÓN REGIONAL

Podemos decir que existen tres grandes patrones migratorios en la región latinoamericana¹. El primero corresponde a la inmigración de ultramar hacia la región, cuya intensidad declinó durante los últimos decenios del siglo XX debido a la no renovación de las corrientes históricas, los movimientos de retorno y los efectos de la mortalidad. Luego, el segundo patrón es el de la emigración de latinoamericanos con destino principal Estados Unidos y, en segundo lugar, Europa, que ha sido el más estudiado en el (auto) denominado Norte. Y el tercer patrón, que es el más importante a los fines de este trabajo, es el de la migración intrarregional. Impulsada por factores estructurales y coyunturales, los países latinoamericanos se han caracterizado por la enorme frecuencia de los desplazamientos humanos a través de las fronteras nacionales. Este fenómeno se encuentra fuertemente enraizado en la histórica heterogeneidad económica y social de los territorios de la región. Es que “facilitadas por la vecindad geográfica y la proximidad cultural, las corrientes migratorias intrarregionales se dirigen de preferencia a aquellos países cuyas estructuras productivas son más favorables para la generación de empleos y que, por lo común, han logrado mayores grados de equidad social”².

En la evolución de este patrón migratorio han influido tanto factores de tipo estructural como coyunturas específicas, de expansión y retracción económica por un lado, y de contingencias sociopolíticas por otro³. Entre estas últimas, podemos mencionar los episodios de ruptura y restablecimiento de las formas democráticas de gobierno que –como ha sido constatado en

¹ MARTINEZ PIZARRO, M; VILLA, M. “Tendencias y patrones de la migración internacional en América Latina y Caribe.” En: *Notas de población* n° 73, CEPAL, Santiago, Chile. 2001

² MARTÍNEZ PIZARRO Y VILLA, 2001, pp.67.

³ PELLEGRINO, A “La movilidad internacional de fuerza de trabajo calificada entre países de América Latina y hacia los Estados Unidos”. En: *Notas de Población, año 21, N° 57, Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE)*. Santiago de Chile, Chile. 1993.

PELLEGRINO, A “La migración internacional en América Latina”. En: *Notas de población, N° 62, Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE)*. Santiago de Chile, Chile. 1995.

PELLEGRINO, A. *Migrantes latinoamericanos: síntesis histórica y tendencias recientes*. Universidad de la República/Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), inédito. Montevideo, Uruguay. 2000.

diversos estudios- han repercutido en el desplazamiento de exiliados entre naciones con fronteras comunes⁴. Debido al impacto tanto del retorno de la democracia en varios países de la región como de las crisis económicas y los subsecuentes programas de reforma estructural a lo largo de la década de 1980, el crecimiento de la migración intrarregional experimentó un ostensible descenso⁵. Al mismo tiempo, se dio una importante migración de retorno hacia algunos países tradicionalmente emisores de población como Paraguay. Sin embargo, los orígenes y destinos de las corrientes migratorias dentro de América Latina no se alteraron mayormente en las décadas posteriores. Como los censos de población y vivienda de 2010 en algunos países del subcontinente aún no han sido procesados, no podemos realizar afirmaciones basadas en estadísticas regionales para la última década. Sin embargo, casi dos tercios de los latinoamericanos que en 1990 residían en países de la región distintos de los de nacimiento se concentraban en Argentina y Venezuela.⁶ El primero de estos países ha sido y sigue siendo el destino tradicional de numerosos contingentes de paraguayos, chilenos, bolivianos y uruguayos cuya presencia, atraídos por las posibilidades de trabajo en la agricultura, la manufactura, la construcción y los servicios, se fue haciendo más notoria a medida que fue disminuyendo la inmigración europea⁷.

Al respecto de estas migraciones, suele afirmarse su carácter económico. Por ejemplo, las corrientes migratorias de Bolivia y Paraguay hacia la Argentina analizadas en un trabajo anterior⁸ constituyen una población heterogénea, comparten ciertas

⁴ HALPERN, G. *Etnicidad, inmigración y política. Representaciones y cultura política de exiliados paraguayos en Argentina*. Editorial Prometeo. Buenos Aires. 2009.

⁵ En el conjunto de la emigración intrarregional alrededor de 1990, se destaca la movilidad de los colombianos, chilenos y paraguayos, sin embargo –salvo en Paraguay– el número de emigrados es menor al 3% de las poblaciones de los países de origen. Un caso particular es el de la emigración uruguaya hacia la Argentina. Ver al respecto MARTÍNEZ PIZARRO Y VILLA, 2001.

⁶ CEPAL-CELADE, en MARTÍNEZ PIZARRO Y VILLA, Op. Cit., 2001:67.

⁷ MARTÍNEZ PIZARRO Y VILLA, Op. Cit., 2001

⁸ GAVAZZO, N. *Hijos de bolivianos y paraguayos en el área metropolitana de Buenos Aires. Identificaciones y participación, entre la discriminación y el reconocimiento*. Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. 2012.

características comunes, como la de la motivación de la emigración para la búsqueda de mejores posibilidades laborales. De hecho, según datos de 2002, los trabajadores provenientes de estos dos países constituyen los grupos que presentan perfiles de calificaciones más bajas y semejantes entre sí; existiendo un alto predominio de calificación operativa, lo que se vincula con las ocasionalmente desfavorables condiciones de trabajo de los inmigrantes en relación a la población argentina⁹. Hombres bolivianos y paraguayos se concentran en varias áreas de actividad, entre ellas: construcción, comercio (venta ambulante y en el sector informal), industria manufacturera y servicios (reparaciones)¹⁰. En relación a las mujeres, hay una gran proporción que trabaja en servicio doméstico, particularmente las mujeres paraguayas quienes presentan una alta tasa en trabajo doméstico (prácticamente seis de cada diez). Por su parte, las mujeres bolivianas presentan una mayor diversificación en relación a las ramas de actividad, incluyendo: comercio al por menor, industria manufacturera y actividades agropecuarias¹¹. En relación a eso, podemos decir que otra característica de estas migraciones es la de presentar una alta tasa de mujeres¹². Más allá de los condicionamientos económicos, las migraciones de estos países, especialmente en el caso paraguayo, también han estado motivadas por cuestiones de persecución política en los países de origen¹³.

¿Cómo se dan las migraciones en el contexto de lo que se define como “integración regional”? En el caso de América del Sur debemos atender a la constitución de bloques como el Mercado

⁹ Fuente: Encuesta Complementaria de Migraciones Internacionales – ECMI, 2002.

¹⁰ En total estas ramas concentran el 63% de trabajadores paraguayos y el 59% de bolivianos (aunque casi un cuarto de estos últimos realizan tareas en la agricultura). Fuente: ECMI, 2002.

¹¹ CERRUTI, M. *Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en la Argentina, Serie de documentos de la Dirección Nacional de Población 02*, Secretaría del Interior, Ministerio del Interior. Organización Internacional para las migraciones (OIM). 2009.

¹² La feminización de estas migraciones se vincula a las transformaciones del mercado de trabajo que se iniciaron en década de 1970 -y que se profundizaron en la de 1990- y que implicaron cambios que “repercutieron en el trabajo femenino, aumentando las formas de explotación de las mujeres en los mercados de trabajo, muchas de las cuales debieron migrar internamente en sus países y luego al exterior en busca de mejores oportunidades” MAGLIANO, 2009, pp.12.

¹³ HALPERN, Op. Cit., 2009.

Común del Sur (MERCOSUR) que, desde sus inicios en la década de 1980, se ha planteado la libre circulación de factores productivos. Si bien lo que se buscaba mediante esos acuerdos era conformar un marco de cooperación con beneficios arancelarios para la creación de un mercado intra-regional competitivo, progresivamente la “voluntad política integracionista” de los gobiernos adoptó sentidos que excedían lo meramente económico¹⁴. Esto, como veremos en este capítulo, tiene implicancias en el acceso a derechos por parte de los migrantes intra-regionales en los países de la región en donde radiquen su residencia.

Respecto de este bloque, resulta interesante analizar algunos discursos presidenciales pronunciados en eventos públicos entre los años 2000 y 2010¹⁵ como claves para la comprensión de las perspectivas que los Estados nacionales adoptan para referirse a la integración y al lugar de las migraciones en ese proceso¹⁶. Tal como se mostrará a continuación estos discursos se apoyan en ciertas concepciones sobre la “ciudadanía regional” y sobre ciertos elementos culturales involucrados en el proceso de dicha integración (económica, social, política y cultural) que –como se analizó en un trabajo anterior-¹⁷ pueden tener luego efectos importantes en la vida de los migrantes de la región, tanto dentro de su estructura familiar y comunitaria como dentro de las sociedades nacionales que dejaron y a las que llegaron.

¹⁴ GALLINATI Y GAVAZZO, “Libre circulación de personas en el Mercosur: la (re)definición de las fronteras de la latinoamericanidad en los discursos presidenciales”. En: *Fronteras de la integración. Las dimensiones culturales del Mercosur*. Território Das Artes, pp.44-75. Porto Alegre. 2011

¹⁵ El recorte temporal coincide con la elección de gobiernos comprometidos con la implementación de un nuevo modelo de integración regional en el bloque.

¹⁶ En un intento por no reificar al Estado, es posible usar la noción de agentes estatales. Si bien para hablar de cómo “el Estado” construye problemáticas es posible usar ese término, es posible objetar esta noción al observar la presencia de agentes estatales constreñidos por el sistema estatal y sus dinámicas. Aunque no será posible desarrollarla en este trabajo, esta es una cuestión central que merece una discusión profunda. Agradezco a Brenda Canelo (que argumenta a favor de la segunda postura en su tesis de 2011) por este comentario.

¹⁷ GAVAZZO, Op. Cit., 2012.

2. DISCURSOS “INTEGRACIONISTAS”: ENTRE LA ECONOMÍA, LA POLÍTICA Y LA CULTURA

Ciertamente, las desigualdades en el desarrollo de los países deben ser entendidas como factores centrales en la orientación de los flujos migratorios de la región. En este sentido, es posible plantear que “una exploración de las relaciones entre la migración y las tendencias del desarrollo permite destacar las potencialidades asociadas a los esfuerzos en favor de un esquema de regionalismo abierto y de integración en el ámbito más amplio de la globalización”¹⁸. Por este motivo resulta interesante destacar que la idea de *desarrollo* ha sido inicialmente entendida desde un punto de vista económico, lo que nos impulsaría a entender las migraciones intra-regionales a partir del crecimiento de los mercados de trabajo y del aporte de la mano de obra migrante que –en estos términos- constituirían “factores productivos”¹⁹.

Sin embargo, esta idea del desarrollo fue criticada hacia la década del 70, cuando destacados intelectuales latinoamericanos - algunos sostenedores de teorías como la de la dependencia y del intercambio desigual- opusieron el concepto de “desarrollo” al término “subdesarrollo”²⁰. La intención era conformar un modelo de comprensión teórica y de acción política capaz de canalizar los reclamos continentales por un nuevo orden mundial que se asumiera como superador de los “viejos colonialismos” de siglos anteriores²¹. A partir de dichos cuestionamientos, la adecuación del desarrollo a las “particularidades culturales” de las comunidades beneficiadas comienza a ser parte sustancial del debate. Y surge así el “desarrollo humano” o “desarrollo social” que comienza a

¹⁸ MARTÍNEZ PIZARRO Y VILLA, Op. Cit., 2001.

¹⁹ GAVAZZO, N. *La Diablada de Oruro en Buenos Aires. Cultura, identidad e integración en la inmigración boliviana*. Tesis de Licenciatura en Ciencias Antropológicas, Mimeo.UBA. Buenos Aires. 2002

²⁰ En la construcción de estos *modelos del desarrollo*, las ciencias sociales han ocupado un lugar importante permitiendo analizar “las razones concretas de los fracasos de los proyectos de desarrollo” y sugerir “las formas en las que se podrían alcanzar los objetivos propuestos” MONREAL, P, Y GIMENO J.C., 1999, pp.11.

²¹ MONREAL, P; GIMENO, J.C. “El poder del desarrollo: antropología de un encuentro colonial”. En: MONREAL, P Y GIMENO, J.C. (eds.) *La controversia del desarrollo. Críticas a la antropología*. UAM. Madrid. 1999.; RADL, A. *La dimensión cultural, base para el desarrollo de América Latina y el Caribe: desde la solidaridad hacia la integración*. INTABL. BID. 2000

prestar atención a las culturas transnacionales que trascienden las fronteras conocidas hasta el momento, como las “culturas migrantes”²². Como solución a su exclusión previa, se afirmó la necesidad de promover la *participación local* y de atender a los conocimientos locales de los beneficiarios, a fin de garantizar el éxito de los planes.²³ Por esta razón, el *desarrollo* constituye un conjunto de asunciones teóricas y prácticas compartidas no sólo por los estados nacionales sino también por los distintos actores sociales (como los migrantes organizados o los organismos internacionales) que se han servido del paradigma para formular sus estrategias de acción política.

Justamente, como afectados y beneficiarios a la vez de las políticas orientadas por este *paradigma desarrollista*, diversos grupos sociales comenzaron a tomar protagonismo, confirmando el imperativo de la participación social como fundamental para el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas hoy. La crítica a los programas diseñados sobre bases puramente económicas y ejecutados por los estados y las agencias nacionales e internacionales, se basó en el argumento de que mayormente están elaborados desde “arriba hacia abajo” (el proyecto se le impone a las personas) en vez desde “abajo hacia arriba” (centralizando el proyecto en las personas)²⁴. Simultáneamente a estos cambios en el paradigma del desarrollo se dieron procesos de democratización en los países de la región -como Argentina, Bolivia

²² En función de esto, los análisis socioculturales han comenzado a centrarse en la cuestión del *poder* mostrando que las voces reivindicatorias de las minorías no son escuchadas cuando se elevan reclamando una mejora en su calidad de vida.

²³ Los antropólogos, desde entonces, se han convertido en interlocutores privilegiados de los beneficiarios, oficiando de intermediarios con las *agencias de ayuda* y con el *estado*. De esta manera, han tratado de mejorar la relación de “contacto cultural” que se da entre los distintos actores involucrados en los proyectos. A pesar de sus buenas intenciones, esta antropología no ha cuestionado al propio *desarrollo* sino que simplemente ha buscado un mejoramiento de los métodos con los cuales se lleva a cabo. Así, lo que podría también denominarse *antropología del encuentro colonial*, primera antropología del desarrollo, fue ampliamente criticada, cayendo en desgracia en parte debido a los cambios en el propio *paradigma del desarrollo*, pero sobre todo debido a los cambios ocurridos en el interior de las ciencias sociales.

²⁴ GAVAZZO, Op. Cit., 2002.

y Paraguay entre otros- que contribuyeron a abrir nuevos canales de participación social²⁵.

Así como las políticas migratorias no estuvieron al margen de esta tendencia, los migrantes también supieron aprovechar las favorables condiciones para la movilidad, no sólo incorporando el argumento discursivo del desarrollo a sus reivindicaciones sino también movilizándose y presionando a los gobiernos a incorporar sus demandas en la agenda migratoria de bloques como el MERCOSUR. De este modo, la integración de América del Sur puede pensarse como “un movimiento más amplio que excede a la firma de tratados comerciales regionales, en el que las dimensiones económica, política, social y cultural siempre estuvieron imbricadas”²⁶. De ahí que es posible analizar *lo cultural* como una dimensión que –aunque no ha sido privilegiada en la agenda- ha ocupado y ocupa un lugar central en la configuración del “proyecto identitario continental” del cual se nutre el bloque económico.

En dicho proyecto se vuelve central la constitución de “lo latinoamericano” que se convierte en el referente de una cultura común en la región y que fundamenta la construcción institucional que los bloques integrados demandan²⁷. Este proceso de “latinoamericanización” tiene no sólo implicancias políticas y económicas sino también en las relaciones sociales y las representaciones colectivas. En función de eso, resulta posible analizar la integración a partir de la reconfiguración de *fronteras* económicas (que dividen mercados), políticas (territoriales y administrativas de los países), sociales (que separan a los pueblos y grupos) y culturales (que expresan diversas formas de representación e identificación)²⁸.

²⁵ Existe una abundante bibliografía acerca de los procesos de democratización en América del Sur que, por razones de espacio, no podremos ampliar en esta tesis, pero que constituyen la base de trabajos anteriores.

²⁶ BRANDALISE, C. 2008. “A idéia e concepção de “latinidade” nas Americas: a disputa entre as nações.” En: Aderaldo; Rothschild. (comp.). *Latinidade da America Latina, enfoques socio-antropologicos*. Sao Paulo. Brasil

²⁷ Esta *latinoamericanidad* comparte -pero no totalmente- determinados valores con otras culturas occidentales aunque presenta rasgos particulares que no son europeos ni anglosajones. Ver al respecto PARKER GUMUCIO, 2008.

²⁸ GALLINATI Y GAVAZZO, Op. Cit., 2011.

Al respecto de los movimientos poblaciones en la región debe decirse que no sólo resultan en la consolidación de *redes transnacionales* en las que circulan personas e información, sino que también representan un importante sistema de generación de capitales para las economías de bloques como el MERCOSUR, tanto desde el punto de vista de los países receptores como emisores. De este modo, es posible observar un re-direccionamiento de la política regional que “primeramente orientada a un reducido grupo empresarial -favorecido por las facilidades arancelarias y de inversión en el mercado intrarregional- busca ampliarse a todos los ciudadanos de los países de bloques como MERCOSUR o UNASUR”²⁹.

Como consecuencia, la cuestión de las migraciones intra-regionales en el marco de la integración pasa a ser concebida cada vez más en términos de “libre circulación de ciudadanos” y menos como “circulación de factores productivos”, lo que traslada el foco hacia el área de los derechos, fijando a los movimientos migratorios regionales como punto central de la agenda política³⁰. Esto implica un desplazamiento en el foco de los discursos integracionistas, que originalmente se sustentaban sobre la dimensión *económica*, hacia un privilegio de cuestiones *sociales*. Dicho desplazamiento, a su vez, ha contribuido a una redefinición de las dimensiones *culturales* de la integración, es decir de los elementos identitarios de las naciones que componen la región y especialmente de la “latinoamericanidad” que supuestamente comparten³¹.

²⁹ La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) fue fundada en mayo de 2008 como una versión ampliada del MERCOSUR, entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela. GALLINATTI, GAVAZZO, Op. Cit. 2011.

³⁰ DOMENECH, E. “La ciudadanía de la política migratoria en la región sudamericana: vicisitudes de la agenda global.” En: NOVICK, S (comp.). *Las migraciones en América Latina: Políticas, culturas y estrategias*, CLACSO Ed. Buenos Aires. 2008.

³¹ Es que “las identidades latinoamericanas se encuentran hoy en un período de ebullición sociocultural a través de los profundos impactos que trae la migración de millones de personas al interior de nuestro continente y al exterior de él, de la influencia de los medios de comunicación, televisión e Internet, en grandes capas de la población, trayendo aparejados una serie de nuevos procesos culturales entre las comunidades indígenas, en los grupos jóvenes, en la configuración de las familias y los roles sexuales, de los nuevos espacios de configuración de sentidos, etc.” SALAS ASTRAÍN, 2008, pp.101.

Sin embargo no se trata simplemente de marcar la reconfiguración de auto-imágenes y representaciones sino que el hecho de que en América del Sur se estén creando políticas de libre circulación de personas facilita no sólo la movilidad y la obtención de residencia para los ciudadanos de los países de la región, sino el acceso a numerosos derechos fundamentales para las poblaciones migrantes. Por ejemplo se observa la constitución de una red regional de políticas contra la discriminación y la xenofobia, incluso –según algunos estudios- se ha llegado a consolidar una estructura institucional capaz de ponerlas en marcha³². Asimismo, puede notarse que diversos movimientos sociales que lucharon por el retorno de la democracia desde el exterior han sido, al menos en parte, la base de apoyo de varios de los actuales mandatarios sudamericanos. Específicamente en América del Sur, tal como he desarrollado con anterioridad³³, es posible afirmar que los líderes y las organizaciones de migrantes han producido demandas cuyo fin ha sido ejercer una presión en la agenda política de los gobernantes. Y es que “son las que afrontan a diario buena parte de los problemas que sufren los inmigrantes: violaciones de derechos humanos, abusos, tráfico de personas, falta de asistencia legal y humanitaria, problemas laborales, conflictos en las fronteras, deportaciones”³⁴.

Ciertamente son los migrantes quienes han activado las *redes* (tanto locales como transnacionales), estimulando la participación social y política de los mismos tanto en el país de origen como en el de destino. Por eso, la creación de estas políticas de libre circulación muestran que –en términos del acceso a los derechos básicos que los acuerdos legitiman- las organizaciones de la sociedad civil en general y las de migrantes en particular juegan un

³² SANTILLO, M. *Balance de las migraciones actuales en América latina* [En línea] CEMLA. Argentina. Disponible en <http://iuvemib.files.wordpress.com/2008/04/las-migraciones-actuales-en-america-latina.pdf>. 2001; MONTERO, F; PAIKIN, D. AND MAKARZ, J. (comp.) *Hacia una ciudadanía plena. los desafíos de las políticas antidiscriminatorias en el Mercosur*. Ed. INADI. Argentina. 2009; INADI *Hacia una Argentina sin discriminación. Informe de gestión del INADI: Septiembre 2006 / Agosto 2007*. Ministerios de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Buenos Aires, Argentina. 2007.

³³ GAVAZZO, Op. Cit. 2012.

³⁴ SANTILLO, Op. Cit. 2001.

papel clave para el “control” y seguimiento de las decisiones de los gobiernos de la región. En definitiva, lo que se pretende destacar es que los discursos “integracionistas” contribuyen a legitimar derechos básicos de los ciudadanos migrantes, como el de migrar o el de acceder a ciertos recursos primordiales para su supervivencia en los lugares de residencia.

Por su parte, varios de los discursos presidenciales analizados en el mencionado trabajo conjunto remiten al “problema de la desigualdad”, lo que se observa también especialmente en sus programas de campaña previos a las elecciones. Dichos discursos se enfocan en la procura de “igualdad ante la ley”, principio básico de todo régimen democrático y componente fundamental para disminuir la desigualdad. Dicho principio es enunciado por los mandatarios de la región como un valor que tiene que ser defendido y preservado. Valores como el de la igualdad constituyen la base de la conciencia de una historia en común, de una forma común de identificarse como “pueblos latinoamericanos”, diversos pero iguales. Se da entonces una reivindicación de ciertos valores paralelamente a una revisión de la historia. Esa historia compartida por los países integrados se basa en el lugar subordinado que ha tenido la región en la economía y política mundial³⁵.

Si tomamos en cuenta esos procesos de “dominación” y “resistencia” presentes en los discursos presidenciales y, específicamente, de la inclusión del discurso de los derechos humanos como eje de la retórica política post-recuperación democrática³⁶, es posible afirmar que la construcción del “nosotros” regional puede proyectarse como una meta que se logra mediante la *práctica política* (en sus discursos y normativas).

³⁵ Entre los procesos que definen esas historias compartidas podrían mencionarse las “luchas entre conservadores y liberales”, el “dominio oligárquico”, el “despertar de las clases medias y populares”, los “populismos” y los “latinoamericanismos”, incluidos los partidos políticos democráticos, los movimientos socialistas, los modelos políticos desarrollistas, los golpes de Estado y los regímenes de seguridad nacional (Parker Gumucio, 2008:85). Para el contexto externo podemos mencionar el rechazo a la colonización lusitana e hispánica y a las hegemonías (o imperialismos) europeos y estadounidenses. Y para las últimas décadas podemos sumar los procesos de redemocratización, el predominio de modelos neoliberales y la emergencia y fortalecimiento de los denominados “nuevos movimientos sociales” GALLINATI Y GAVAZZO, 2011, pp.54.

³⁶ GALLINATI Y GAVAZZO, Op. Cit. 2011.

Por este motivo se debe atender a “los cambios en el accionar de mecanismos identitarios que engendran el “proyecto integracionista”, donde el *nosotros latinoamericano* se opone al *ellos europeos*”.³⁷ A diferencia de las narrativas de los intelectuales del siglo XIX que no pensaron la inmigración intra-regional en términos “integracionistas”, el actual “nosotros” regional propone la revalorización y el rescate de una supuesta “identidad compartida perdida” que contrasta con el imaginario “europeizante” de aquella época. Como se analizó previamente³⁸, estas iniciativas reconfiguran profundamente el tratamiento de la cuestión migratoria en toda la región, afectando las identificaciones y formas de participación de los bolivianos y paraguayos en Argentina.³⁹

En todo caso, los discursos presidenciales analizados en el trabajo ya referido se corresponden con normativas migratorias que, mientras que en la década de 1970 se fundamentaban en las doctrinas de seguridad nacional, conflicto bélico y de control y restricción de los movimientos poblacionales, actualmente se traducen en “proyectos inclusivos”.⁴⁰ Al respecto, los discursos de los presidentes actuales parecen proponer un “modelo integracionista” en donde las dimensiones cultural, social, económica y política están articuladas, como sosteníamos: “si en el ámbito social la integración se proyecta en términos de igualdad y equidad, en el ámbito cultural se propone un modelo basado en la *unidad en la pluralidad*. Estos términos -y dimensiones- encuentran su articulación en la esfera de lo político, de la

³⁷ PARKER GUMUCIO, C. “Identidad latina e integración sudamericana.” En: ADERALDO & ROTHSCHILD (ed.), *Latinidade da America Latina, enfoques socio-antropologicos*. Sao Paulo, Brasil. 2008.

³⁸ GAVAZZO, Op. Cit..2012.

³⁹ En este punto, es interesante resaltar la diferencia existente entre el tratamiento de la cuestión migratoria en esta región con el que se observa en los contextos europeo y estadounidense, donde la misma atraviesa por un progresivo endurecimiento de las así llamadas “leves de extranjería”. Esta tendencia –que se ha visto impulsada en gran medida por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y por las crisis económicas de los últimos años en Europa- encuentra un notable contraste con América del Sur, donde los acuerdos bi y multilaterales han promovido y apoyado las políticas migratorias basadas en los derechos humanos y civiles, más que las políticas de control y seguridad, como ocurría hasta fines del siglo XX (Domenech, 2008).

⁴⁰ Como Provincia 25 en Argentina y Departamento 20 en Uruguay. Ver GALLINATI 2008 y GAVAZZO 2009.

consecución del objetivo común. La integración busca así una unidad que no anule la especificidad cultural de cada una de las naciones que la componen, puesto que esta diversidad constituye un complemento necesario para garantizar el valor de la igualdad. En definitiva, esta *pluralidad en igualdad* incluye a los migrantes como actores centrales mediante la revalorización de la “cultura latinoamericana” de la que son “portadores”.

Sin embargo, a pesar de estas iniciativas que promueven una identidad compartida y una normativa de libre circulación a nivel regional (que acerca a los ciudadanos de los países integrados), son los estados nacionales quienes deben encargarse de llevarlas a la práctica. Teniendo en cuenta las especificidades históricas, geográficas y políticas (incluidos los conflictos entre los diferentes países) de cada uno de ellos, la “voluntad integracionista” que emerge de las instancias transnacionales como el MERCOSUR y la UNASUR choca contra el hecho de que son los estados nacionales quienes deben implementar políticas de inclusión y recepción de la inmigración. Con el fin de comprender los límites y posibilidades que esta “regionalización” le impone al tratamiento de la cuestión migratoria en un contexto más concreto, se analizará a continuación el caso de Argentina.

3. EL ESTADO-NACIÓN FRENTE A LA INMIGRACIÓN: EL CASO ARGENTINO

Gestionar la *diferencia en igualdad* se ha vuelto cada vez más complicado para los estados nacionales en esta era de “globalización”, y especialmente para aquellos países de inmigración que “han debido desplegar un amplio rango de instituciones y políticas para responder a los problemas que surgen de la creciente diversidad cultural”.⁴¹ Al respecto, algunos autores afirman que la gestión y organización de la diversidad cultural de la *nación* tiene importantes implicancias en los modos en que el Estado define quién es ciudadano y cómo pueden convertirse en tales aquellos que recién llegan, cuáles son sus derechos y obligaciones durante su permanencia. Por esta razón, los movimientos y asentamientos de población a gran escala

⁴¹ CASTLES; MILLER, 1998, pp.43.

inevitablemente llevan a debates acerca de la *ciudadanía*. Frente a esto: ¿qué efectos tienen las migraciones internacionales y la creciente diversidad que conllevan en las instituciones políticas y en las identidades nacionales? ¿Y cómo se da esto en casos y territorios concretos? ¿Cómo se articula con los procesos de integración regional recién descriptos?

Resulta interesante intentar responder a estas preguntas con un análisis del caso argentino, un país que en el que –como varios otros en América Latina- la identidad de la nación es tanto el producto de la *diversidad* (de la que los inmigrantes han sido y son parte constitutiva) como de las poderosas (y homogeneizantes) *narrativas nacionales*⁴². La tensión entre la diversidad cultural y los intentos de homogeneizarla en una única identidad nacional ha sido manejada desde el Estado frecuentemente a través de la dominación, discriminación o exclusión de minorías, como las compuestas por extranjeros. En este sentido, resulta interesante analizar cómo la identidad nacional argentina ha sido conformada sobre ciertas percepciones de las élites del Estado respecto de la inmigración como parte constitutiva de la diversidad cultural de la nación.

Para eso, se examinarán las estrategias discursivas del Estado nacional para afrontar el “problema de la inmigración” en el camino de la profundización democrática –con su correspondiente “ampliación de derechos”- y su impacto sobre las políticas públicas y los marcos legales, en primer lugar, y sobre la participación social y política de los migrantes, en segundo término. De este modo, se analizará el rol del Estado como agente activo en el proceso de construcción de un “sentido de comunidad” y “pertenencia” y, particularmente, de una imaginación y una identidad nacional. Para ello, se describirán y analizarán los cambios en los discursos acerca de la inmigración en este país –tanto en la bibliografía sobre políticas migratorias como en otras formas de discurso público- desde fines del siglo XIX hasta principios del XXI, haciendo foco en la emergencia de discursos discriminatorios y racistas y sus implicancias en términos de ciudadanía. Prestándole entonces especial atención al rol social de

⁴² WESTWOOD, S.; PHIZACKLEA, A. 2000.

los inmigrantes en la construcción de una *imaginación nacional argentina*, me enfocaré en estudiar el papel del Estado en la construcción de identidades colectivas y en la realización de los derechos humanos. El objetivo será comprender los modos en que la diversidad cultural vinculada con la inmigración ha sido y está siendo construida en Argentina y, en relación a eso, las formas en que ciertos derechos básicos están siendo garantizados por el Estado.

Primero analizaremos entonces los discursos públicos en el ámbito argentino y luego sus vínculos con ciertas normativas y políticas públicas concretas a lo largo de la historia nacional, para – finalmente- comprender sus efectos en los procesos migratorios más importantes de la ciudad de Buenos Aires, como son los iniciados en Bolivia y Paraguay.

3.1. De los europeos a los latinoamericanos: cambios en el discurso oficial

De acuerdo con la amplia literatura producida en Argentina, “la inmigración ha sido constitutiva de nuestra sociedad actual, parte integral del proyecto nacional concebido en el siglo XIX que, a medida que el tiempo ha pasado, ha contribuido a construir cierta identidad”⁴³. De ahí que la frase que resume el núcleo de la identidad nacional argentina sea “crisol de razas” (versión local del *melting-pot* anglosajón). Es por eso que Argentina puede ser considerada como un peculiar laboratorio para el estudio de las migraciones internacionales⁴⁴, ya que inmigrantes de todo el mundo han participado del desarrollo y crecimiento de la nación argentina desde su nacimiento, tanto como mano de obra para el sector agrícola como también –al menos para las elites liberales- como una fuerza para “civilizar” a la población nativa. Funcionarios e intelectuales que promovieron la inmigración transoceánica a fines del siglo XIX y principios del XX pensaron que los inmigrantes europeos iban a “blanquear” a la población local.

Este discurso de apertura se correspondió con una normativa –denominada la Ley Avellaneda- de recepción de los inmigrantes y

⁴³ OTEIZA, NOVICK, ARUJ, Op. Cit.1997, pp.7.

⁴⁴ JELIN Y GRIMSON. 2006

la garantía de sus derechos básicos. Sin embargo, a pesar de ser vistos como “claves para la modernización” y como parte importante del “imaginario nacional”⁴⁵, gran parte de la inmigración europea debió enfrentarse con una fuerte discriminación que obstaculizó el acceso a ciertos derechos⁴⁶. Paralelamente, desde el siglo XIX, existe además un importante sistema migratorio en el Cono Sur gracias al cual –como se mencionó anteriormente– Argentina podría ser definida como un país “receptor” en relación a las naciones vecinas⁴⁷. Mientras que las olas migratorias de origen europeo iban disminuyendo, desalentadas por la crisis económica provocada por la Gran Depresión de la década del 30, ya en la década del 40 el modelo de sustitución de importaciones comenzó a visibilizar tanto a la migración interna como a la inmigración de países limítrofes⁴⁸, que se fueron volviendo cada vez más urbanas, llegando a constituir actualmente mayoría dentro de la población migrante.

De todos modos, si observamos los censos de población de la Argentina se cae en la cuenta de que el flujo proveniente de países limítrofes se ha mantenido constante desde sus orígenes (ver *Anexo Estadístico*). Entonces, a pesar de que las cifras que marcan una constante en el flujo hacia la Argentina, el descenso de la inmigración europea marca un giro en los discursos del gobierno, las políticas migratorias y los marcos legales referidos ahora a los latinoamericanos. Por esta razón, los cambios en la “imaginación” de la nación vinculados a los denominados “nuevos” migrantes en Argentina que analizaremos a continuación deben ser vinculados a factores extra-demográficos, como –por ejemplo– las transformaciones en los discursos nacionalistas del Estado, y eso es lo que se pretende analizar en esta parte. ¿Qué nos puede decir un análisis de los distintos discursos públicos acerca de la imaginación nacional argentina sobre los modos de gestionar la

⁴⁵ ANDERSON, 1991

⁴⁶ La mayor parte de los migrantes provenía de las zonas económicamente más rezagadas de Europa y eran campesinos u obreros de baja calificación, en tanto que las políticas de colonización no tuvieron la eficacia esperada puesto que más del 80% de los recién llegados se instaló en áreas urbanas.

⁴⁷ BALÁN, 1982.

⁴⁸ Ver DEVOTO, 2003.

diversidad cultural de la nación de la que los inmigrantes latinoamericanos actualmente son parte tan importante?

Se puede partir de que existen dos discursos públicos sobre la inclusión de los migrantes latinoamericanos como ciudadanos de la nación argentina y que determinan sus posibilidades de convertirse en ciudadanos argentinos: uno de “hermandad de los pueblos vecinos” y otro “particularista y xenofóbico”⁴⁹. Estos discursos se han ido alternando en Argentina, definiendo y redefiniendo los sentidos de pertenencia de los latinoamericanos que residen en el país (marcándolos o desmarcándolos étnicamente) y los derechos vinculados a estos sentidos. Al respecto de las *políticas étnicas*, el Estado del siglo XIX implementó un proceso de “des-etnicización” (o *invisibilización étnica*) de los inmigrantes mediante repetidos esfuerzos que “hicieron de la asimilación la única ruta posible para las personas marcadas étnicamente con el fin de lograr la totalidad de los derechos de ciudadanía”⁵⁰. Los inmigrantes europeos tuvieron que adquirir un “estilo” y la cultura argentina (a través de la educación pública) para efectivizar sus derechos ciudadanos.

A partir de la década de 1930, con los cambios en el origen de los flujos inmigratorios, nuevas rendiciones de la ideología, la raza y la etnicidad nacional argentina emergieron siguiendo las transformaciones sociales y económicas⁵¹. En la década de 1940 y con más fuerza en 1950, como mencionábamos, con la introducción de la industrialización por sustitución de importaciones y el asociado crecimiento del empleo, cuestiones como las diferencias raciales y étnicas fueron subsumidas dentro de la polarización política que emergió durante el gobierno de Perón, la cual se debatió mayormente en términos de “clase”⁵². En concordancia con la ideología del movimiento peronista y los cambios políticos y económicos, la migración interna rural-urbana se incrementó y los latinoamericanos comenzaron a visibilizarse

⁴⁹ JELIN, E. 2006. “Migraciones y derechos: instituciones y prácticas sociales en la construcción de la igualdad y de la diferencia.” En: GRIMSON, A Y JELIN, E. (Comp), *Migraciones Regionales hacia Argentina. Diferencia, Desigualdad y derechos*. Prometeo Libros, Buenos Aires.

⁵⁰ GRIMSON, Op. Cit., 2005

⁵¹ GRIMSON, Op. Cit., 2005, pp.26

⁵² Para más información ver GAVAZZO, 2012.

como parte de una “masa de pobres” (los famosos “descamisados” en la retórica del movimiento, los “villeros” de hoy) convirtiéndose en la base del apoyo popular al gobierno. En contraste con los migrantes europeos, estos “nuevos” migrantes (latinoamericanos pero también internos de las provincias y principalmente de áreas rurales) eran denunciados por algunos opositores y críticos como los factores de un efecto de atraso y de anti-modernización. Por lo tanto, a pesar de los intentos de homogeneización cultural y étnica, el *racismo* dirigido a los indígenas y mestizos no fue eliminado, y las clases medias y altas urbanas siempre se refirieron despectivamente a los migrantes de las provincias como “cabecitas negras”⁵³.

Para esta época, en los discursos públicos se consolidó la tendencia iniciada en el siglo XIX de construir la *negritud* en torno a características muy alejadas del convencional estereotipo africano: en el lenguaje común, “ser negro” es “ser pobre”. Pero la masa de pobres de la que los “nuevos” migrantes formaban parte logró obtener numerosos derechos en el contexto de un Estado benefactor que construyó su legitimidad apelando a su apoyo. Para 1970, cuando la inmigración europea hacía rato que había dejado de ser masiva, la mayoría de los migrantes de las naciones limítrofes seguía “asimilado” como parte de las clases populares pero ya estaban asentados en Buenos Aires, la supuesta “capital europea de América Latina”. Sin embargo, los sucesivos gobiernos militares han marcado la suspensión total de los derechos básicos, no sólo para los extranjeros sino para toda la población que sufrió abusos y violaciones de gravedad durante décadas.

En la última parte del siglo XX, podría decirse que las ideas y prácticas neoliberales reemplazaron definitivamente a aquellas del Estado benefactor, y las nuevas maneras en las cuales las políticas están siendo usadas como instrumentos de poder para moldear individuos pueden relacionarse con cambios globales en los

⁵³ Esto implicó una racialización de las clases populares que marcó lo que se entiende por “ser negro” en Argentina como equivalente a “ser pobre”, tema que desarrollan ampliamente Marquis y Urresti 1999. Podemos de este modo confirmar que “el racismo juega un rol crucial en consolidar los estados nacionales y está íntimamente ligado al sexismo y a la dominación de clase” CASTLES., 2000, pp. 14.

patrones de gobierno⁵⁴. En Argentina, con la consolidación del neoliberalismo en la década de los 90s, los identificadores de la política tradicional comenzaron a diluirse y se incrementó la segregación y la fragmentación social. Las iniciativas y políticas anti-inmigrantes fueron desplegadas, impactando negativamente en la mayor parte de las percepciones sociales⁵⁵. El gobierno y los medios de esa década describieron “un torrente de inmigración de los países vecinos” como causantes “de la explosión de desempleo y crimen”⁵⁶. En contraste, “ser argentino” era enmarcado en los discursos políticos como “ser parte del primer mundo”. A pesar de estar en democracia, el agravamiento de la situación de los derechos humanos de los inmigrantes fue acompañado por tendencias discriminatorias entre la población y una falta de protección política para los migrantes⁵⁷. A pesar de este incremento de la visibilidad pública (*hiper-visibilización*) que implicó una re-etnicización, la información demográfica demuestra que no existe una conexión entre el aumento de la inmigración y el del crimen y el desempleo, con lo cual el discurso oficial puede ser comprendido como el producto de la necesidad de tener un “chivo expiatorio” de la crisis económica y social del país⁵⁸.

A modo de ejemplo, puede citarse al Ministro del Interior Carlos Corach del gobierno de Carlos Menem quien afirmó públicamente que

“cada país tiene que regular la afluencia de trabajadores extranjeros. Nosotros tenemos un 11 o 12% de desocupación. Si no regulamos la cantidad de

⁵⁴ En este punto rescato la propuesta de Shore y Wright (1997:4) “By examining policies, we aim to shed light on the changing styles and systems of governance and how they are reshaping the relationship between individuals and society”.

⁵⁵ Grimson menciona que “a poll in 1996 found that 81% of Argentines agreed that foreign labor should be strictly limited, 91% felt Argentines were hurt by immigration and half of those polled supported the expulsion of ‘illegal immigrants’”, Op. Cit., 2005, pp.27

⁵⁶ GRIMSON, Op. Cit., 2005, pp. 25

⁵⁷ OTEIZA, NOVICK, ARUJ, 1997.

⁵⁸ MAGUID, A. “Migrantes limítrofes en el mercado de trabajo del Área Metropolitana de Buenos Aires, 1980 – 1996”. En: *Estudios Migratorios Latinoamericanos, Año 12, N° 35*. Buenos Aires.; MAGUID, A. “Problemas de empleo. El chivo expiatorio”. En *Revista Encrucijadas Año 1, N° 7*. UBA. Buenos Aires. 2001.

gente que entra al mercado, agravamos la desocupación”⁵⁹.

Asimismo, el entonces Gobernador de la Provincia de Buenos Aires Eduardo Duhalde estableció la “defensa del trabajo argentino” como uno de los pilares de su gestión plasmado en un Plan Laboral cuyos ejes eran el asfalto de calles y la persecución de trabajadores ilegales⁶⁰. A su vez, esta percepción del extranjero –y muy particularmente del boliviano y del paraguayo– como competidor desigual fue difundida por la Unión Obrera de la Construcción – República Argentina (UOCRA) en una campaña gráfica de 1993: una foto con una leyenda que decía

"Que no se apoderen del pan nuestro de cada día con la importación de mano de obrera clandestina. Defendamos los intereses de los trabajadores argentinos."

Las exigencias por mejor fiscalización pública de las condiciones laborales en la construcción derivaron en pedidos de mayor control de la inmigración, y un incremento de la represión sobre los inmigrantes limítrofes. En agosto de ese año, 10.000 obreros de la construcción marcharon pidiendo seguridad en las obras⁶¹. Sin embargo, los obreros bolivianos y paraguayos que concurrieron a la movilización debieron encolumnarse con otros inmigrantes –como los peruanos– y escuchar cánticos provenientes de las columnas del sindicato, tales como “somos argentinos y peronistas”, y también: “somos argentinos y no *bolitas*”⁶². El “extranjero” no sólo fue señalado como “ladrón de trabajo”, sino también como ladrón a secas. En 1994, el entonces jefe de la Policía Federal sostuvo que ciertos delitos como:

“los arrebatos, el descuidismo, la salidera de bancos, el robo de pasacassettes y otras modalidades delictivas no son obra de delincuentes autóctonos,

⁵⁹ DIARIO CLARÍN, 25 de enero de 1999.

⁶⁰ GRIMSON, A. “Nuevas xenofobias, nuevas políticas étnicas en Argentina”. En: GRIMSON, A; JELIN, E. (compiladores). *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*. Prometeo Libros, Buenos Aires, Argentina. 2006.

⁶¹ GRIMSON, Op. Cit., 2006, pp.83.

⁶² *Bolita* es el término peyorativo para referirse a las personas de nacionalidad boliviana.

sino producto de corrientes inmigratorias no queridas provenientes de países vecinos”⁶³.

Así, se comenzó a hablarse de la “extranjerización del delito”, y se asoció la creciente percepción de inseguridad en las grandes ciudades a la presencia de inmigrantes de países vecinos, tal como enfatizó el propio ministro Corach:

“No decimos que el problema de la delincuencia y de la desocupación lo traigan los inmigrantes ilegales. Pero la inseguridad tiene muchísimos orígenes. Uno de ellos lo muestran las estadísticas de la Policía”⁶⁴.

De más está decir que los diversos proyectos de reforma de la normativa migratoria presentados entre 1989 y 1999 recogían esta perspectiva de “invasión” y de extranjerización del delito⁶⁵. Ahora bien, ¿qué sucede en el siglo XXI? ¿Qué retóricas circulan en torno a la inclusión y exclusión de los migrantes latinoamericanos en la identidad nacional, y cómo impactan esas identificaciones en el cumplimiento de los derechos humanos de los migrantes? Es posible afirmar que las formas en que los argentinos ven su propia “cultura de inmigración”, así como los modos en que esa cultura fue vista por “otros”, han cambiado nuevamente. Estos cambios no sólo se dan al nivel del discurso ni en los patrones de la inmigración sino también en el contexto general de la política en Argentina⁶⁶. En 2001 y 2002, el modelo económico, político y cultural argentino se derrumbó y entró en una crisis que provocó cambios en la *narrativa nacional* y, en consecuencia, en el lugar asignado en ese imaginario a los inmigrantes de los países limítrofes. Podría decirse que las nuevas alianzas políticas entre los presidentes Néstor y Cristina Kirchner y otros mandatarios de la región –como las que se analizaron en el apartado anterior– proponen rupturas con anteriores lineamientos políticos, comenzando a promover una conciencia de “latinoamericanidad”

⁶³ DIARIO CLARÍN, 19 de septiembre de 1994.

⁶⁴ DIARIO CLARÍN, 25 de enero de 1999.

⁶⁵ COURTIS, C. “Hacia la derogación de la Ley Videla: la migración como tema de labor parlamentaria en la Argentina de la década de los '90”. En: GRIMSON, A.; JELIN, E. (compiladores): *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*. Prometeo Libros, Buenos Aires, Argentina. 2006.

⁶⁶ GRIMSON, Op. Cit., 2006.

que recupera el espíritu “integracionista” de las épocas de Bolívar y San Martín, y que respeta el derecho de los ciudadanos de los países miembros como legítimos.

3.2. Los discursos públicos y las normativas: una relación ineludible

Ahora bien, por lo dicho anteriormente, debe asumirse que la migración internacional como tema de la política pública es un hecho temprano en la historia argentina. Los discursos recién descritos, entonces, se corresponden con los lineamientos seguidos para la elaboración de numerosas normativas. Como resaltan Courtis y Pacecca, el marco normativo que reguló la inmigración europea reflejaba el interés del Estado argentino en formación por *poblar* su territorio, asegurando disponibilidad de mano de obra y apuntalando el proceso “civilizador” de la población local. Así, “la asociación entre población y desarrollo estuvo en la base de una serie de acciones de fomento a la inmigración que se plasmó, a lo largo del siglo XIX, en un conjunto normativo invitante”⁶⁷. De hecho la cuestión migratoria fue abordada en la Constitución Nacional de 1853, en donde el gobierno nacional se comprometía a fomentar la inmigración europea (artículo 25) y a equiparar el goce de los derechos civiles entre ciudadanos y extranjeros en el territorio nacional (artículo 20). Este espíritu se sostuvo con la creación de la Ley 817 de Inmigración y Colonización, sancionada en 1876, más conocida como Ley Avellaneda. En ella, las limitaciones para acceder a la residencia eran pocas, y se relacionaban con las aptitudes para el trabajo, con lo que una vez obtenida devenía la obtención de los mismos derechos civiles y sociales con los que contaban los nativos.

Así, aunque la migración transatlántica se apartó del ideal buscado, el inmigrante europeo se convirtió en foco continuo de la legislación migratoria y de las políticas de fomento de la inmigración. En contraste, no sólo la migración regional no fue

⁶⁷ COURTIS, C; PACECCA, M. “Migración y Derechos Humanos: una aproximación crítica al “nuevo paradigma” para el tratamiento de la cuestión migratoria en Argentina”. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires, edición especial sobre derechos humanos*. Buenos Aires. 2007.

objeto de políticas de promoción, sino que rara vez apareció como foco explícito de una normativa que tomara en cuenta sus características⁶⁸. Al contrario, la tendencia restrictiva en política migratoria comienza a consolidarse a partir de la década de 1960, en coincidencia con el evidente cambio en la composición y destino de los flujos migratorios, especialmente con la llegada de los latinoamericanos a la capital nacional. Del análisis parece posible afirmar que existe una relación fuerte entre la normativa y los discursos públicos mencionados más arriba. La misma introduce una serie de distinciones⁶⁹, de criterios de admisión⁷⁰, de categorías de ingreso a las que se asignan permisos de estancia y actividad diferenciales⁷¹, de requisitos⁷², de inhabilidades⁷³ y de prohibiciones⁷⁴ que, si bien no controlan el ingreso, sí controlan la permanencia dificultando las condiciones de residencia y de trabajo de los migrantes limítrofes que ingresan fácilmente como turistas por las fronteras terrestres⁷⁵. Paralelamente a estas restricciones, se observa la creciente delegación del poder de policía en las instancias administrativas.

En este sentido, “esta falta de una legislación comprensiva pensada para los migrantes de países vecinos se hace evidente en la alta fragmentación del corpus normativo que los afecta hasta entrado el siglo XXI”⁷⁶. A lo largo de la historia se ha ido elaborando un complejo rompecabezas de “normas superpuestas de carácter coyuntural” que, sumado al contexto de la doctrina de seguridad nacional, constituye un conjunto de normas aprobadas

⁶⁸ PACECCA Y COURTIS, 2007, pp. 6

⁶⁹ Por ejemplo: ilegalidad por ingreso frente a ilegalidad por permanencia.

⁷⁰ Por ejemplo: parientes de ciudadanos argentinos o de residentes permanentes, profesionales, empresarios, científicos, migrantes con capital propio, religiosos, trabajadores contratados.

⁷¹ Por ejemplo: residencia permanente, temporaria, transitoria, precaria, entre otras.

⁷² Por ejemplo: documentación personal y certificación de antecedentes penales con sellados varios, contrato de trabajo celebrado ante escribano público, altas tasas migratorias.

⁷³ Por ejemplo: edades máximas; enfermedades transmisibles; ejercer la prostitución; tratarse de una persona presumiblemente inútil por carecer de arte, industria, oficio, profesión u otro medio de vida ilícito, entre otras.

⁷⁴ Por ejemplo: pasar de una categoría a otra.

⁷⁵ PACECCA, 1998; COURTIS, 2006.

⁷⁶ COURTIS Y PACECCA, Op. Cit., 2007, pp.5

por fuera del trámite parlamentario regular⁷⁷. En este marco, se inscribe la vigencia, incluso durante más de veinte años de vida formal de la democracia argentina, de la llamada Ley Videla que fue sancionada en 1981 bajo la última dictadura militar⁷⁸. La misma no sólo era violatoria de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, sino que además “devino en un dispositivo generador de ilegalidad que colocó a gran parte de la población migrante en situación de especial vulnerabilidad”⁷⁹. La conservación por más de veinte años de este *corpus* normativo generó una “deuda con la democracia” en materia migratoria que recién comenzó a saldarse en el año 2003, con la aprobación de la Ley 25.871 que, como mencionan Courtis y Pacecca, constituye lo que el actual gobierno ha publicitado como un “nuevo paradigma” migratorio de la Argentina.

Efectivamente en el siglo XXI Argentina aun sigue siendo percibida e imaginada como una nación de inmigración como lo era en el siglo XIX en relación a las corrientes provenientes de Europa, a pesar de que en la actualidad casi el 70% de los inmigrantes provienen de otros países de la región (ver *Anexo Estadístico*). Como vimos, estos migrantes intra-regionales que han sido percibidos generalmente como factores de “atraso” e incluso en términos racistas, debieron enfrentar -durante muchos años- normativas de rechazo y desprotección de sus derechos declarados en la Constitución. Esto justificó comportamientos sociales de estigmatización y vulnerabilidad en la población de ese origen⁸⁰. Pero en 2003, después de 20 años de debate parlamentario, la

⁷⁷ En su mayoría se trata de decretos dictados por el Poder Ejecutivo, más específicamente por su Ministerio del Interior pero también es el caso para todas las normas dictadas con posterioridad a 1910, incluidas las seis amnistías concedidas durante gobiernos democráticos. Estas regularizaciones migratorias tuvieron lugar en 1949, 1958, 1964, 1974, 1984, 1992/94. Las dos primeras, generales; las cuatro últimas, para inmigrantes de países limítrofes. En la década de 1970, se regularizaron por esta vía 147.383 personas; en los años '80, 149.556, y en los '90, 224.471, según datos de la Dirección Nacional de Migraciones.

⁷⁸ Las trabas impuestas por la Ley a la obtención de la residencia legal y la documentación necesaria para ello han generado -según la opinión de varios expertos como Zaffaroni- una gran masa de inmigrantes que permanecen en situación de irregularidad en el país.

⁷⁹ COURTIS Y PACECCA, Op. Cit., 2007, pp.8

⁸⁰ La visión es que son un factor “oscurecedor” de la sociedad local. El término original es “browning factor” y fue acuñado por George Reid Andrews, 2004.

nueva ley migratoria –que declara que la migración es un derecho humano- fue aprobada, marcando una nueva dirección en términos normativos⁸¹. Este paso importante dejó atrás la Ley Videla haciendo corresponder la dimensión discursiva y normativa en el marco de una nueva fase de consolidación del proceso de integración regional. Aunque muchos años de debate debieron pasar para crear una conciencia entre los miembros del MERCOSUR acerca de la importancia de construir una región no sólo de libre comercio, donde los capitales pudieran fluir, sino también de libre movimiento, en donde la gente estuviera habilitada a ir y volver de acuerdo a su beneficio. Los actuales acuerdos bilaterales entre ciertos Estados miembros facilitan la adquisición de la residencia en otros, al eliminar requisitos –como el permiso de trabajo- y al reducir las tasas consulares.

En el caso argentino, el Artículo 75 de la Constitución Nacional afirma que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.” Esto da jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos como son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre otros⁸². En término de legislación migratoria, se observa una concordancia con los principios de los acuerdos internacionales en materia de derechos de los migrantes, principalmente a través de la nueva ley, pero más aún por la Ley 25.902 (Ley de aprobación del Acuerdo de Residencia para los Nacionales de los Estados del MERCOSUR, Bolivia y Chile, 2004) y la Ley 25.903 (Ley de aprobación del Acuerdo de Residencia para los Nacionales de los Estados del MERCOSUR, 2004).

Todo ello ha sido acompañado de la mencionada campaña de regularización de la situación migratoria denominada *Patria*

⁸¹ GIUSTINIANI, R. –editor- (2004)

⁸² Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

Grande, realizado en el año 2005 y 2006 en el que se regularizaron gran cantidad de migrantes provenientes de los países de la región⁸³. A pesar de que la incorporación del discurso de los derechos humanos es lo que fundamenta la afirmación de un “nuevo paradigma en el tratamiento de la cuestión migratoria”, debe destacarse que esta *dimensión transnacional* no elimina la importancia de los *estados nacionales* que, como soberanos en su territorio, son quienes regulan y gestionan la diversidad cultural de la que los migrantes son parte importante. Por estas razones, a pesar de los avances obtenidos en materia de políticas migratorias en la región, y particularmente en Argentina, las limitaciones al libre movimiento todavía existen⁸⁴. La nueva ley migratoria argentina recién fue formalmente implementada y ratificada en 2010, con lo que las agencias estatales –escuelas, hospitales, policía, dirección de migraciones, entre otras- aún continúan ignorando sus mandatos. De todas formas, es posible pensar que la integración regional ha traído nuevos elementos al debate en torno a la *ciudadanía* y a la *nacionalidad* argentina.

4. LO REGIONAL Y LO NACIONAL EN LA (RE)DEFINICIÓN DE LAS FRONTERAS

En este trabajo se analizaron las migraciones internacionales en América del Sur en el marco del actual proceso de “integración regional”. El foco han sido los discursos, normativas legales y las políticas públicas de los gobiernos de los países involucrados en tales procesos, específicamente los referidos a la inmigración intra-regional en Argentina, y su influencia en la creación de una estructura que defienda y garantice el acceso de los migrantes a sus derechos ciudadanos.

En cuanto al examen de los discursos presidenciales, el análisis se centró en diferentes aspectos de la *integración regional* que mostraron que los objetivos del proyecto regional de unificación económica, cultural, política y social se articulan

⁸³ En base a la información de registros de extranjeros disponibilizados por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) se observa que los bolivianos y paraguayos constituyen un 27,8% y un 50,8% (respectivamente) del total de los trámites de regularización migratoria - iniciados y resueltos- mediante el Programa Patria Grande durante su período de vigencia.

⁸⁴ CERIANI CERNADAS, P., 2006.

mutuamente. Como se pretendió mostrar, los discursos “integracionistas” proponen un modelo basado en la pluralidad pero mantienen las identidades nacionales. Por ello, la “latinoamericanidad” aparece como un elemento constitutivo de la unidad que empero no anula las diferencias y desigualdades. Estas narrativas presidenciales recrean distintos aspectos de la historia de la región y se focalizan en la autonomía política, económica y cultural de la región, la igualdad de derechos y en la reducción de las asimetrías económicas y sociales, tanto al interior de las naciones como entre ellas, así como también del bloque en relación a los países del “norte”⁸⁵.

En este sentido, la historia compartida, si bien tiene una raíz histórica, “debe ser entendida como un conjunto de formas contingentes y provisorias que no denotan de ninguna manera un orden definitivo sino que permiten entrever tan sólo momentos de un equilibrio inestable y precario”⁸⁶. De ese modo, los discursos, normativas y políticas “integracionistas” analizados pueden repercutir efectivamente en transformaciones sociales. Por ejemplo, nuevos vínculos entre la Unión Europea (UE) y el MERCOSUR, o cambios en la orientación ideológica de los gobiernos en la región (como producto del resultado de las elecciones), pueden producir consecuencias concretas en estos discursos y normativas y por ende en los derechos de las poblaciones migrantes.

El “reconocimiento”, el “respeto” y la “inclusión” de una mayoría poblacional que no figuraba como principal beneficiaria de los procesos de integración, especialmente en las que refieren a las migraciones intra-regionales, se volvió un eje importante de los discursos y políticas regionales. En el campo migratorio, los discursos y políticas públicas muestran un cambio en los últimos diez años que, además de semántico, trasladó el foco de la cuestión hacia el área de los derechos civiles. Como resultado, los movimientos migratorios regionales se instalan como punto central de la agenda del bloque, más aún en países como Argentina, que

⁸⁵ GALLINATI Y GAVAZZO, Op. Cit., 2011, pp.68-69.

⁸⁶ FERNÁNDEZ BRAVO, A. (comp.) *La invención de la Nación: lecturas de la identidad de Herder a Homi Bhabha*. Ed. Manantial. Buenos Aires. 2000, pp.16

tiene un alto porcentaje de población inmigrante, o como Bolivia, Paraguay o Uruguay, cuya población presente una alta de emigración. Es en dicho contexto que la cuestión sobre el movimiento de personas en la región pasó a concebirse en términos de “libre circulación de ciudadanos” y no como “circulación de factores productivos”, lo que –como mostramos en un trabajo anterior⁸⁷,– puede afectar a las identificaciones y formas de participación de los migrantes y sus descendientes.

En todo caso, con la incorporación del discurso de los derechos humanos en el contexto de la regionalización ciertamente ha habido un giro en el abordaje estatal de la cuestión migratoria, como vimos en el caso de Argentina. Sin embargo, este giro no está exento de tensiones: “en términos generales, a una realista ampliación de los criterios para otorgar la residencia a migrantes de la región, se opone la continuidad de los sutiles pero concretos condicionamientos que permiten niveles de control y de exacción impensables para la población nativa y que, en última instancia, siguen obstaculizando la constitución de un vínculo legítimo con el lugar de residencia y el goce de una ciudadanía *de primera*”⁸⁸. Frente a esta situación resulta importante preguntarse hasta qué punto este encuadre representa un “nuevo paradigma” principalmente cuando se toma en cuenta la historia de los flujos inmigratorios y los discursos que han despertado. El carácter novedoso de la normativa y los discursos debe relativizarse entonces mientras permanezca irresuelta la equiparación práctica y efectiva de los derechos de nacionales y extranjeros que los funcionarios del siglo XIX supieron gestionar, puesto que la ciudadanía no es sólo un estatuto legal sino también un sentido de pertenencia. En relación a ello, “cruzar fronteras tiene efector profundos sobre los individuos y también sobre las formas en que las afiliaciones nacionales y los estados nacionales son entendidos”⁸⁹. Como se mencionó más arriba, el proceso de formación de una nación involucra la conquista e incorporación de otros grupos

⁸⁷ GAVAZZO, Op. Cit., 2012

⁸⁸ COURTIS Y PACECCA, Op. Cit., 2007, pp.12.

⁸⁹ WESTWOOD, S; PHIZACKLEA, A. *Trans-nationalism and the Politics of Belonging*. Routledge. Londres. Nueva York. 2000, pp.15.

étnicos, y una de sus herramientas ha sido la búsqueda de la “unidad cultural”. Sin embargo, “las fronteras porosas y el crecimiento de la diversidad étnico-cultural hacen que la homogeneización cultural sea imposible”⁹⁰. En este sentido, la idea de que cada persona debe pertenecer política y culturalmente a una sola nación se vuelve una herramienta inútil para el análisis de las migraciones internacionales.

Como se analizó con más detalle en el mencionado trabajo⁹¹, parece entonces que “las identidades colectivas no son cosas con las cuales nacemos” y que –en ese sentido- una nación no sólo es una entidad política sino algo que produce significados, un sistema de representación cultural⁹². Por estos motivos, “el pueblo” o “la gente” no son solamente ciudadanos de una nación, sino que también participan de la idea de la *nación* representada en una supuesta *cultura nacional*. Se pertenece a una nación entendida como una comunidad simbólica que tiene el poder de generar un sentido de identidad y de alianza, o de enemistad y rechazo. Así, las culturas nacionales construyen identificaciones (entendidas como sentidos de pertenencia) mediante la producción de significados sobre la nación con los cuales los individuos se pueden auto-presentar y con los que se pueden relacionar, tal como se ha pretendido mostrar a partir del estudio de los discursos públicos en el caso argentino.

La estigmatización de aquellos “otros” que no se “adaptan” a las culturas nacionales locales –que no se “integran”- se sustenta en la idea de que no son seres humanos “iguales” sino “problemas”. Esto –como muestra el caso argentino- se traduce en la acción directa del Estado y en la elaboración y el mantenimiento de aparatos normativos que fundamentan algunas de las conductas más frecuentes de violación a los derechos básicos de los migrantes. Por estos motivos, se debe observar y analizar en profundidad el fenómeno de la discriminación y estigmatización de las identidades vinculadas a los migrantes intra-regionales provenientes de países con desventajas comparativas en relación

⁹⁰ CASTLES, 2000, pp.131.

⁹¹ GAVAZZO, Op. Cit., 2012.

⁹² SOLOMOS Y SCHUSTER, 2000.

al destino, sus espacios y perpetradores frecuentes, para entender qué los obstáculos que aún persisten –a pesar de los cambios positivos en la normativa y los discursos- para la realización de los derechos básicos de los migrantes intra-regionales. Porque por más que los discursos integracionistas convoquen a la unidad y la hermandad y promuevan tratados que establecen cambios a nivel normativo, son los estados nacionales lo que continúan siendo quienes –en definitiva- se encargan de convertir los grandes principios acordados en una realidad concreta para las poblaciones en movimiento.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, B. *Imagined Communities*. Fondo de Cultura Económica. México. 1991.
- BALÁN, J. *Poblaciones en movimiento*. Editorial de la UNESCO. Bélgica. 1982.
- BRANDALISE, C. 2008. "A idéia e concepção de "latinidad" nas Americas: a disputa entre as nações." En: Aderaldo; Rothschild. (comp.). *Latinidade da America Latina, enfoques socio-antropológicos*. Sao Paulo. Brasil
- CANELO, B. *Migración, Estado y Espacio Urbano. Dirigentes Migrantes Bolivianos y Agentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ante Disputas por Usos de Espacios Públicos*. Tesis doctoral. Mimeo. Buenos Aires. 2011.
- CASTLES, S. *Ethnicity and Globalization. From Migrant Workers to Trans-national Citizens*. SAGE-Publications. London, New Delhi. 2000.
- CASTLES, S; MILLER, M. *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*. Second Edition, MacMillan Press LTD. Hampshire, Londres. 1998.
- CERIANI CERNADAS, P. *El reconocimiento de los derechos de los y las migrantes en el contexto de consolidación del Conosur. Los casos de Argentina y el 33 Sandwich*. Ponencia presentada en el 52 Congreso de Americanistas. Sevilla. España. 2006.
- CERRUTI, M. *Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en la Argentina, Serie de documentos de la Dirección Nacional de Población 02*, Secretaría del Interior, Ministerio del Interior. Organización Internacional para las migraciones (OIM). 2009.
- COURTIS, C. "Hacia la derogación de la Ley Videla: la migración como tema de labor parlamentaria en la Argentina de la década de los '90". En: GRIMSON, A.; JELIN, E. (compiladores): *Migraciones*

- regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos.* Prometeo Libros, Buenos Aires, Argentina. 2006.
- COURTIS, C; PACECCA, M. "Migración y Derechos Humanos: una aproximación crítica al "nuevo paradigma" para el tratamiento de la cuestión migratoria en Argentina". En: *Revista Jurídica de Buenos Aires, edición especial sobre derechos humanos.* Buenos Aires. 2007.
- DEVOTO, F. *Historia de la inmigración a la Argentina.* Paidós. Buenos Aires. 2003.
- DOMENECH, E. "La ciudadanía de la política migratoria en la región sudamericana: vicisitudes de la agenda global." En: NOVICK, S (comp.). *Las migraciones en America Latina: Políticas, culturas y estrategias,* CLACSO Ed. Buenos Aires. 2008.
- FERNÁNDEZ BRAVO, A. (comp.) *La invención de la Nación: lecturas de la identidad de Herder a Homi Bhabha.* Ed. Manantial. Buenos Aires. 2000.
- GALLINATI, C. "¿Inmigrantes o ciudadanos? La construcción del "verdadero" modelo de política migratoria en el marco de la "Patria Grande". En: *Revista Pensares, No. 5.* Buenos Aires. 2008.
- GALLINATI, C. *Ciudadano e inmigrante: La permeabilidad de las fronteras clasificatorias en la construcción de un sujeto entre fronteras.* En: Congreso LASA 2009. Asociación de Estudios Latinoamericanos. Río de Janeiro. 2009.
- GALLINATI, C; GAVAZZO, N. "Libre circulación de personas en el Mercosur: la (re)definición de las fronteras de la latinoamericanidad en los discursos presidenciales". En: *Fronteras de la integración. Las dimensiones culturales del Mercosur. Território Das Artes, pp.44-75.* Porto Alegre. 2011.
- GAVAZZO, N. *La Diablada de Oruro en Buenos Aires. Cultura, identidad e integración en la inmigración boliviana.* Tesis de Licenciatura en Ciencias Antropológicas, Mimeo.UBA. Buenos Aires. 2002
- GAVAZZO, N. *Immigrants in the Imagination of the Nation. Latin Americans in Argentina in the early 21st Century.* Dissertation submitted for the MA Degree in Area Studies (Latin America), University of London, School of Advanced Studies, Institute for the Study of the Americas. Londres. 2006.
- GAVAZZO, N. "Para todos los hombres del mundo: diversidad cultural y nación en algunos discursos públicos sobre la inmigración en Argentina". En: VIANA GARCÉS, A. (coord.) *Repensar la Pluralidad,* Fundación Universidad Carlos II y Editorial Tirant Loblanch, Madrid. 2009.

- GAVAZZO, N. *Hijos de bolivianos y paraguayos en el área metropolitana de Buenos Aires. Identificaciones y participación, entre la discriminación y el reconocimiento*. Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. 2012.
- GIUSTINIANI, R. *Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones Nro. 25.871*. Prometeo libros. Buenos Aires. 2004.
- GRIMSON, A. "Ethnic (In)Visibility in Neoliberal Argentina". En: *NACLA Report on Race, Part 2*. Nueva 340ánd, Estados Unidos. 2005
- GRIMSON, A. "Nuevas xenofobias, nuevas políticas étnicas en Argentina". En: GRIMSON, A; JELIN, E. (compiladores). *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*. Prometeo Libros, Buenos Aires, Argentina. 2006.
- HALPERN, G. *Etnicidad, inmigración y política. Representaciones y cultura política de exiliados paraguayos en Argentina*. Editorial Prometeo. Buenos Aires. 2009.
- INADI *Hacia una Argentina sin discriminación. Informe de gestión del INADI: Septiembre 2006 / Agosto 2007*. Ministerios de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Buenos Aires, Argentina. 2007.
- JELIN, E. "Introduction: Human Rights and the Construction of Democracy". En: JELIN, E. And HERSHBERG, E. (eds.) *Constructing Democracy Human Rights, Citizenship, and Society in Latin America*, Westview. 1997.
- JELIN, E.; GRIMSON, A. "Introducción". En: GRIMSON, A Y JELIN, E. (Comp) *Migraciones Regionales hacia la Argentina. Diferencia, Desigualdad y Derechos*. Prometeo libros. Buenos Aires. 2006.
- MAGUID, A. "Migrantes limítrofes en el mercado de trabajo del Área Metropolitana de Buenos Aires, 1980 - 1996". En: *Estudios Migratorios Latinoamericanos, Año 12, N° 35*. Buenos Aires. 1997.
- MAGUID, A. "Problemas de empleo. El chivo expiatorio". En *Revista Encrucijadas Año I, N° 7. UBA*. Buenos Aires. 2001
- MAGLIANO, M. J. "Migración, género y desigualdad social: la migración de mujeres bolivianas hacia Argentina". En: *Revista Estudos Feministas, vol. 17, núm. 2, pp. 349-367* Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. 2009.
- MARGULIS, M.; URRESTI, M. *La Segregación Negada. Cultura y Discriminación Social*. Editorial Biblos. Buenos Aires. 1999.
- MARTINEZ PIZARRO, M; VILLA, M. "Tendencias y patrones de la migración internacional en America Latina y Caribe." En: *Notas de población n° 73*, CEPAL, Santiago, Chile. 2001.

- MONREAL, P; GIMENO, J.C. "El poder del desarrollo: antropología de un encuentro colonial". En: MONREAL, P Y GIMENO, J.C. (eds.) *La controversia del desarrollo. Críticas a la antropología*. UAM. Madrid. 1999.
- MONTERO, F; PAIKIN, D. AND MAKARZ, J. (comp.). *Hacia una ciudadanía plena, los desafíos de las políticas antidiscriminatorias en el 341ándwich*. Ed. INADI, Argentina. 2009.
- OTEIZA, NOVICK, ARUJ. *Inmigración y Discriminación. Políticas y discursos*. Grupo Editor Universitario. Buenos Aires. 1997.
- PACECCA, M. *Legislación, migración limítrofe y vulnerabilidad social*. Ponencia presentada en: VI Jornadas sobre Colectividades, IDES-Museo Roca. Buenos Aires. 1998.
- PARKER GUMUCIO, C. "Identidad latina e integración sudamericana." En: ADERALDO & ROTHSCHILD (ed.), *Latinidade da America Latina, enfoques socio-antropologicos*. Sao Paulo, Brasil. 2008.
- PELLEGRINO, A "La movilidad internacional de fuerza de trabajo calificada entre países de América Latina y hacia los Estados Unidos". En: *Notas de Población, año 21, N° 57*, Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE). Santiago de Chile, Chile. 1993.
- PELLEGRINO, A "La migración internacional en América Latina". En: *Notas de población, N° 62*, Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE). Santiago de Chile, Chile. 1995.
- PELLEGRINO, A. *Migrantes latinoamericanos: síntesis histórica y tendencias recientes*. Universidad de la República/Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), inédito. Montevideo, Uruguay. 2000.
- RADL, A. *La dimensión cultural, base para el desarrollo de América Latina y el Caribe: desde la solidaridad hacia la integración*. INTABL. BID. 2000.
- REID ANDREWS, G. *Afro-Latin America, 1800-2000*. Oxford University Press. U.K. 2004.
- SALAS ASTRAÍN, R. "El problema hermenéutico de una "latinoamericanidad" plural. Una reconstrucción a partir de las teorías de la identidad en el pensamiento latinoamericano actual. En: ADERALDO; ROTHSCHILD. (ccord). *Latinidade da America Latina, enfoques socio-antropologicos*. Sao Paulo, Brasil. 2008.
- SANTILLO, M. *Balance de las migraciones actuales en América latina* [En línea] CEMLA. Argentina. Disponible en <http://juvemib.files.wordpress.com/2008/04/las-migraciones-actuales-en-america-latina.pdf>. 2001

- SHORE, C; WRIGHT, S. *Anthropology of Policy. Critical perspective on governance and power*. Routledge. Londres y New York. 1997.
- SOLOMOS, J; SCHUSTER, L. "Citizenship, Multiculturalism, and the Politics of Identity: Contemporary Dilemmas and Policy Agendas". En: KOOPMANS, R; STATHAM, P. (eit.). *Challenging immigration and ethnic relations politics: comparative European perspectives*. Oxford University Press. Oxford. 2000.
- WESTWOOD, S; PHIZACKLEA, A. *Trans-nationalism and the Politics of Belonging*. Routledge. Londres. Nueva York. 2000.

CUARTA PARTE

POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS SOCIALES

9

¿PUEDE EL JUEZ SER PARTÍCIPE DE LOS PROCESOS DE CAMBIO SOCIAL? DEL JUEZ MONJE AL JUEZ CONSTITUCIONALMENTE COMPROMETIDO

Luis Aguiar

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El capítulo aborda la superación del modelo del Poder Judicial característico del constitucionalismo liberal clásico frente a las exigencias de la sociedad contemporánea en el Estado Constitucional de Derecho. Tras analizar los nuevos roles asumidos por el Poder Judicial como garante de los derechos constitucionales y del correcto funcionamiento del sistema político, así como los límites a la justiciabilidad de los derechos sociales de prestación que derivan de otros bienes, valores y derechos del Estado de Derecho, el texto reflexiona acerca de que rasgos debería reunir un nuevo modelo de juez más acorde con los nuevos roles asignados al Poder Judicial.

1. EL JUEZ MONJE

El Poder Judicial, en la clásica división de funciones y poderes acuñada en su día por **MONTESQUIEU** (Espíritu de las leyes. Capt. VI. Libro XI¹) que tanta influencia tuviera en la configuración del

¹ Como es sobradamente conocido, la habitualmente denominada división de poderes de MONTESQUIEU tiene como punto de partida el análisis de cuáles son las funciones básicas, esenciales que deben satisfacerse por toda organización política a las que denomina "*puissances*". Son éstas "*la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil*".

Y constatado que el poder tiene una tendencia natural a ejercerse de un modo y con unos contenidos abusivos ("*Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*"), en un

constitucionalismo continental europeo, era el tercero de los poderes del Estado, poder al que dicho autor encomendaba "*juzgar las diferencias entre particulares*", lo que se correspondería con lo que hoy se conoce como jurisdicción civil, y "*castigar los delitos*", esto es, encarnar la potestad punitiva del Estado y a la que hoy denominaríamos jurisdicción penal, labores que los jueces desempeñarían cotidianamente mediante la aplicación de la ley a los casos controvertidos que los ciudadanos les sometieran a su consideración.

Sin embargo, esa aplicación de la ley como cauce a través del cual Jueces y Magistrados resolvían los conflictos que se les plateaban, que es lo que ha venido constituyendo el núcleo esencial de la función jurisdiccional, descansaba en la práctica en un entendimiento un tanto mecánico y simplista de lo que sea la interpretación y aplicación de las leyes. En efecto, en última instancia la impartición de justicia desde un punto de vista lógico consistía en desarrollar un mero silogismo en el que la premisa mayor era el enunciado de carácter general contenido en la norma jurídica aplicable al caso, la premisa menor descansaba en un análisis de los hechos que habían generado el conflicto y la conclusión, que materializaba el fallo del proceso, era el resultado de aplicar a los hechos acaecidos el supuesto general contemplado en la norma.

Lo cual a su vez -dicho a modo de complemento- solo era posible gracias al paralelo simplismo que caracterizaba a los ordenamientos de dicha época en el incipiente derecho escrito que comenzaba a ocupar el segmento central de aquél.

Proyectado tal orden de ideas sobre el incipiente constitucionalismo que se produce en el mundo occidental a finales del siglo XVIII y principios del XIX a resultas de la culminación de las grandes revoluciones liberales, el modelo de separación de poderes que allí se refleja contempla un Poder Judicial carente de relevancia tanto para la configuración del orden político como para contribuir a la conformación del orden social. Por lo demás, nada ajeno a las previsiones apuntadas por el ilustre Señor de la Brède y

segundo momento lógico el ilustre bórdeles propone que tales funciones/potestades ("puissance") se ejerzan por poderes ("pouvoirs") diferenciados.

Barón de Montesquieu en su reconocido *Espíritu de las leyes*. Baste a estos efectos recordar las afirmaciones literales vertidas por tan insigne autor en el Capt. VI del Libro XI de la citada obra describiendo el papel encomendado al Poder Judicial en contraste con el que se otorga a los restantes poderes del Estado.

Así, mientras que al Poder Legislativo se le atribuye *“promulgar las leyes para cierto tiempo o para siempre y enmendar o derogar las ya existentes”* (lo que evidentemente tiene un componente creativo, innovador y configurador del ordenamiento con proyección inmediata en la vida social) y al Poder Ejecutivo se le encomiendan cuestiones tan relevantes para la estructuración de la realidad social como *“disponer de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones”*, a los jueces se les define como *“seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”*, lo que llevará a Montesquieu a proclamar un par de páginas más tarde su conocida frase de que *“les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi”*.

A tenor de ello, retomo de nuevo la plasmación de tales ideas en el régimen constitucional, el modelo de Poder Judicial que se impone en el constitucionalismo liberal clásico (que se prolonga hasta la I guerra mundial) es un Poder Judicial meramente pasivo, reflejo, carente de todo protagonismo en la dirección política del Estado e irrelevante en la configuración del orden social concreto lo que plásticamente se traducirá en el derecho positivo en una parca regulación constitucional (por ej., en Francia) y en un escaso tratamiento por la doctrina constitucional².

² En Francia (como país más paradigmático y que más influencia ha tenido en el constitucionalismo de Europa continental), el desinterés de los textos constitucionales por el Poder Judicial se explica por el recelo que tradicionalmente ha venido existiendo en ese país hacia el Poder Judicial. Recelo primero frente a los Parlamentos judiciales y a la noblesse de robe en la etapa final del Antiguo Régimen como consecuencia de la prolongada e intensa connivencia de éstos con la Corte, recelo que estalla de forma virulenta y explícita en el periodo revolucionario de finales del siglo XVIII, pero que proyecta incluso su influencia en los textos constitucionales posteriores prácticamente hasta hoy.

La consecuencia o manifestación más inmediata de este recelo/desinterés y rechazo en el constitucionalismo francés a la configuración del Poder Judicial como una estructura constitucional específica es la sistemática ausencia hasta hoy de la expresión “Poder Judicial” en las sucesivas constituciones que han regido en Francia en los últimos 200 años, ausencia que tiene su vez su correlato en la doctrina constitucional de dicho país. Es anecdótico pero

Un Poder Judicial, por lo demás que, en los sistemas jurídicos de Europa continental, adscritos a lo que habitualmente se conoce como ordenamientos de *civil law*, es detentado por un estamento judicial profesionalizado y burocratizado (en cuanto que la organización judicial se estructura a modo de pirámide en la que se ingresa por los niveles inferiores y se progresa profesionalmente mediante mecanismos de promoción interna) donde el valor estructural, y modelo en el que el valor más apreciado es la independencia (y complementariamente la imparcialidad) del Poder judicial -lo que no es poco- a fin de que sus labores de ^{a)} resolución de los conflictos privados surgidos entre los ciudadanos en el ejercicio de sus respectivos derechos y ^{b)} materialización del poder punitivo del Estado castigando los delitos e imponiendo las penas previstas para éstos, se lleva a cabo con exclusiva y estricta sumisión a la ley. Porque esa es la razón de ser de la independencia judicial, garantizar que en el proceso de mediación entre la norma jurídica (por su propia naturaleza "general") y la aplicación de ésta a unos hechos, no se interfiere ningún elemento extraño.

El hecho de que la mayor novedad que el derecho constitucional positivo del siglo XIX incorpora al estatuto jurídico constitucional del Poder Judicial es la noción de inamovilidad del juez como garantía por excelencia para asegurar la independencia judicial es una buena prueba de lo que se acaba de exponer.

Puestos a buscar un exponente de esta realidad que se acaba de describir creo que el Juez Surra, protagonista de una novela corta de tal título escrita por Andrea Camilleri hace un par de años puede muy bien servirnos.

El autor sitúa su historia en la Sicilia del último tercio del siglo XIX recién estrenada la unidad italiana. Su protagonista, el Juez Surra (obviamente personaje de ficción), es un juez venido del

significativo al respecto, que en la vigente Constitución francesa de 1958 (revisada en 2008) no hay una sola mención al Poder Judicial en cuanto tal o a los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia; tan solo el Título VIII se dedica a la "Autoridad judicial", pero entendiendo por tal el Consejo Superior de la Magistratura. Y en consonancia con ello, en Francia en la casi totalidad de los actuales manuales universitarios al uso en la disciplina de derecho constitucional (así, entre otros, B. Chantebout, J. Gicquel, P. Pactet, D. Turpin o M. Verpeaux), prácticamente ninguno dedica más allá de 4/5 páginas a la explicación del Poder Judicial.

norte, de la Italia rica, para presidir el órgano judicial más relevante de la isla pero absoluto desconocedor de la singular realidad social de Sicilia, una sociedad predominantemente rural, regida por valores tradicionales y caracterizada sobre todo por la existencia de una tupida trama de favores y lealtades, dirigida en la sombra por los miembros de la Cosa Nostra, cuyas conductas no siempre se caracterizan por moverse dentro de los márgenes que la ley permite, por decirlo suavemente.

El Juez Surra vive solo (su familia ha quedado en el norte), apenas conoce el dialecto que se habla en la región con la consecuencia de que no se entera de lo que le dicen ni de lo que de él se dice en su entorno, es ingenuo e ignora por completo los peligros que cotidianamente le acechan. Pero es precisamente este aislamiento del entorno social en el que vive lo que convierte al Juez Surra en el mejor aplicador de la ley, el juez más justo que Sicilia había conocido, lo que le permitirá salir triunfante de su combate contra las extorsiones que hasta entonces habían sido pacíficamente admitidas, logrando la que en la vida de la ciudad (se supone que Palermo) impere la primacía de la ley como regla por excelencia de convivencia.

En todo caso, más allá de la ficción y sus héroes, por lo que se refiere a la imagen del estamento judicial, no es ésta muy distinta de la que ofrecen los grabados y primeras fotografías de la España rural decimonónica en la que el Juez del lugar aparece habitualmente formando parte de escenas en el casino de la localidad disfrutando de una partida de cartas junto al párroco, el médico y el sargento de la Guardia Civil como expresión de las fuerzas vivas de la localidad, sin ningún representante de la realidad social que pudiera perturbar la independencia del Juez.

Algo muy diferente sucederá en el mundo anglosajón.

En Gran Bretaña como máximo exponente de los países de *common law*, tradicionalmente se ha encomendado al estamento judicial un mayor protagonismo en la configuración del ordenamiento mediante la creación judicial del Derecho dada la fuerza jurídica del precedente. Y probablemente por ello, un mayor enraizamiento de sus miembros con la realidad social del lugar donde ejercen la función jurisdiccional, dando lugar a lo que C.

Guarneri -atendiendo a los criterios de selección del estamento judicial en Gran Bretaña- ha denominado “modelo profesional de Magistratura” en contraposición al modelo de “Juez de carrera” propio de los sistemas de *civil law* y más atrás descrito³.

Y todavía más aun en EEUU donde, además de existir -como es sabido- una fuerte tradición de nombramiento de amplios sectores del estamento judicial por vía de sufragio popular que todavía pervive en algunos sectores⁴, la importancia del Tribunal Supremo desde los primeros momentos de vigencia del texto constitucional, al asumir éste el control de constitucionalidad de las leyes, provocará desde antiguo un mayor interés del constitucionalismo por el Poder Judicial tanto en el terreno social y político, como en el terreno doctrinal.

Estos son los dos paradigmas de juez que ofrece el primer constitucionalismo liberal, el modelo de Juez de carrera, funcionarizado, burocratizado y aislado de su entorno social.

En todo caso, volviendo al modelo de juez decimonónico que pervivirá hasta principios del siglo XX en los sistemas de “*civil law*”, permítanme que les confiese que no seré yo quien a título de principio y a falta de datos fehacientes lo critique. Modelo, que en alguna ocasión me he permitido calificar como el modelo del “Juez monje”, expresión con la que no pretendo ni mucho menos denostar a dicho modelo de Juez, sino poner de manifiesto sus valores positivos: vocación y entrega a la Justicia, independencia y moderada imparcialidad en la impartición de ésta, sumisión exclusiva a la ley tanto en su actividad profesional como en su vida personal, etc. Y modelo que, en la medida en que sitúa como principio estructural vertebrador de todo Poder Judicial y de toda actividad jurisdiccional la idea de “independencia” del Juez para que su labor de mediación entre norma aplicación solo impere su exclusiva vinculación a la ley, es irreprochable.

Pero también parece conveniente advertir acerca de las disfunciones que puede provocar este modelo que termina por transformar la independencia judicial en aislamiento casi físico del

³ C. GUARNERI Y P. PEDERZOLI. *Los jueces y la política*. Taurus. Madrid. 1999

⁴ Sobre el acceso a la carrera judicial en EEUU véase R. SERRA SANCRISTOBAL. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters-Civitas, Madrid. 2011

Juez tanto en lo que se refiere a la realidad social en la que vive, como respecto a los problemas que acosan a los ciudadanos que juzga y al marco social y político en que éstos desenvuelven su vida cotidiana. Entre otras razones porque la propia textura y características de los ordenamientos jurídicos contemporáneos no encajan bien con ese modelo de “Juez monje”. Pero de esos temas me ocuparé más adelante.

Permítanme pues ahora que acuda de nuevo a la literatura para mostrar plásticamente los absurdos dislates a los que puede conducir una exacerbada concepción de “la independencia judicial” entendida como un total aislamiento (casi físico) del Juez respecto a su entorno social en que desempeña su labor sin ningún otro tipo de matices a partir de un entendimiento en exceso simplista de lo que sea la interpretación y aplicación de las leyes.

En esta ocasión recurriré a un breve ensayo de Giovanni Papini, ensayista italiano de culto en los años 50 del pasado siglo XX y que en su deliciosa obra El libro negro muestra las ventajas de un imaginario ingenio cibernético que se encarga de la impartición de Justicia en un informatizado Estado de Derecho, máquina u ordenador al que denomina “Tribunal electrónico” que no precisa para nada de la intervención humana para desarrollar su labor, corriendo ésta a cargo de un artilugio “*de siete metros [de ancho], que [a modo de altar] se alza en la pared de fondo del aula mayor del tribunal*”.

El autor, tras describir con detenimiento el funcionamiento de la máquina, explica como culmina ésta su labor: “*tras haberle facilitado los elementos fácticos del caso, un distribuidor automático vomitó un cartoncito en el que estaba recogida la sentencia: veintitrés años de trabajos forzados para el joven asesino. El inspector de policía recogió este cartoncito y condujo fuera al condenado*”), para concluir ofreciendo la sensación que le produce: “*He sido siempre favorecedor de los prodigiosos inventos humanos debidos a la ciencia moderna, pero aquella horrible aplicación de la cibernética me confundió y perturbó profundamente. Ver a aquellas criaturas humanas, quizá más infelices que culpables, juzgadas y condenadas por una lúcida y gélida máquina, era cosa que suscitaba en mí una protesta sorda,*

tal vez primitiva e instintiva, pero a la que no lograba acallar... Aunque he de reconocer que el tribunal electrónico tiene, sin duda, un mérito: el de ser más rápido que cualquier tribunal constituido por jueces de carne humana".

¿Es esa la Justicia ideal que queremos para nuestros días?

Valga pues esta breve hipérbole para mostrar que este modelo de Juez que acabo de describir -para bien y para mal, con sus aspectos positivos (muchos), pero también con sus notables debilidades- está superado por la realidad de los acontecimientos, las exigencias de los complejos conflictos que los jueces son llamados a resolver en la segunda mitad del siglo XX y las transformaciones que se han producido en los actuales ordenamientos diversificados y plurales por el muy diverso origen de sus normas y que a mayor abundamiento cuentan en su cúspide con unos textos constitucionales dotados de plena significación jurídica.

2. EL JUEZ CONSTITUCIONALMENTE COMPROMETIDO

Comenzaré este nuevo apartado de mi reflexión destinado a glosar los aspectos más significativos de lo que en el encabezamiento de este trabajo he denominado el modelo de "Juez constitucionalmente comprometido", presentando algunas notas y episodios en los que se percibe cómo *de facto* tanto los Jueces individualmente considerados, como el Poder Judicial como estructura que encarna el tercer poder del Estado, se han visto abocados a asumir nuevos roles que impiden de todo punto calificar a éstos como "*seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*", que no intervienen en la configuración de la realidad social y que toman decisiones que no interfieren en el desarrollo de la actividad política.

Los primeros rastros que acreditan la superación de este entendimiento tradicional del Poder Judicial se manifiestan ya a finales del siglo XIX y principios de XX con la aparición de los primeros mecanismos de lo que más adelante se denominará el Estado de Derecho. Modelo éste de Estado de Derecho que muy simplemente explicado exige la subordinación más o menos intensa de todos los poderes públicos al Derecho lo que con toda evidencia va a realzar el papel de aquel sector del poder público

llamado a dotar de plena operatividad jurídica a las reglas jurídicas, esto es, el Poder Judicial. Es en ese periodo y contexto donde en el terreno doctrinal se producen en el derecho público bismarkiano las primeras construcciones destinadas a dotar de personalidad jurídica a la organización estatal como estructura sometida al Derecho y como correlato de ello, la aparición de la noción de derechos públicos subjetivos (así en Gerber o Jellinek). Y en el derecho positivo se reformulan determinadas instituciones para que puedan ser más eficaces en la labor de garantizar el control jurídico de la Administración Pública. Así, la instauración en Francia del *Conseil d'Etat* como institución pseudojurisdiccional o parajudicial destinada a garantizar la subordinación de la Administración a la ley (aunque formalmente el Consejo de Estado francés es instituido por la Constitución de 13 de diciembre de 1799, es a principios de la III República cuando por ley de 1872 se atribuye al Consejo la justicia delegada). O en España con vaivenes diversos, se produce la aparición de la jurisdicción contencioso-administrativa (cuyas primeras manifestaciones -según Marta Lorente⁵- deben remontarse a 1845, pero cuyo auténtico origen hay que situarlo en la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 que crea los Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo y el Tribunal Contencioso-administrativo del Consejo de Estado, Tribunal este último que en 1904 se convertirá en una Sala del Tribunal Supremo (Ley Maura-Silvela).

Parece innecesario advertir en qué medida la sumisión de la Administración Pública incluso en sus niveles superiores al Derecho y subsiguiente control de legalidad a cargo de jueces y tribunales va a comportar un cambio sustancial en la posición del Poder Judicial en el marco de la división de poderes. No obstante, en aras de la brevedad, saltaré al periodo inmediatamente subsiguiente a la II guerra mundial que es cuando, con la consolidación del régimen demo-liberal y la transformación del Estado liberal de Derecho (Estado legislativo de Derecho, según los términos empleados por otros autores) en Estado constitucional y

⁵ M. LORENTE. Justicia desconstitucionalizada. España 1834/1869 en M. LORENTE (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. CGPJ. Madrid. 2007.

democrático de Derecho, se va a producir una silente pero patente reformulación del principio de separación de poderes y de las estructuras jurídicas que la encarnan en particular en lo que atañe al papel del Poder Judicial en los regímenes constitucionales de nuestros días.

Como es sobradamente conocido, la noción de Estado constitucional de Derecho alude a esa generación de textos constitucionales que se inicia en los años 46 y 47 del pasado siglo XX con la Constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn. Pero creo que bien se puede afirmar que dicha generación se prolonga hasta el último cuarto de siglo XX con textos tan emblemáticos como la Constitución portuguesa de 1977, la española de 1978, la saga de constituciones latinoamericanas de los años 80 y el conjunto de textos que materializan la recuperación del constitucionalismo democrático-pluralista en Europa central y del Este.

Pues bien ese conjunto de textos constitucionales cuentan entre otras muchas cosas con una serie de notas formales de importante significación jurídica, que merecen ahora ser recordadas: ¹⁾ tales textos reclaman con frecuencia para sí - explícita o implícitamente- la condición de auténticas normas jurídicas, con el correlato de operar como fundamento del orden jurídico a cuya cabeza el propio texto se sitúa, ²⁾ tales textos son igualmente generadores de auténticos derechos subjetivos inmediatamente operativos (desde la Ley Fundamental denominados "derechos fundamentales") que son aplicables incluso en sede judicial y, finalmente, ³⁾ tales textos (y los derechos allí proclamados) están dotados de una fuerza vinculante particularmente intensa, todo lo cual convierte a tales textos constitucionales en el núcleo central de sus respectivos ordenamientos sobre los que proyectan una muy importante eficacia interpretativa.

Nociones tales como Justicia constitucional, Inconstitucionalidad, Derechos Fundamentales, Interpretación conforme, Eficacia horizontal de los derechos constitucionales en las relaciones entre privados, Límites de los derechos fundamentales, etc., son así expresiones que aluden a categorías

que hoy forman parte habitual del lenguaje jurídico cotidiano y que eran prácticamente inexistentes hace 70 años.

Por mor de este nuevo constitucionalismo de la segunda mitad de siglo XX el hasta entonces considerado como Estado legal de Derecho, se ha convertido en Estado constitucional de Derecho, modelo de organización estatal en la que el papel del Juez como actor de la vida jurídica se ha visto sensiblemente transformado e incrementado en el marco del principio de separación de poderes hasta límites inimaginables para el modelo de “Juez monje”.

Transformación que a mayor abundamiento se ha visto redimensionada en combinación con los cambios acaecidos en el sistema de fuentes del Derecho como consecuencia de procesos de integración regional, que con frecuencia han engendrando un subtipo de organización política dotada de capacidad para crear auténticos ordenamientos jurídicos paralelos. Pienso principalmente para el caso español en la Unión Europea y en el derecho de la allí creado, pero tampoco es menor la importancia que a estos efectos deriva de los procesos de integración regional en materia de derechos humanos que también ha generado su vocabulario propio. Piénsese en expresiones tales como “Protección multinivel” o “Dialogo entre Tribunales”, “Control de convencionalidad”. etc.

Pues bien, como no podía ser de otro modo, este doble proceso de reconfiguración de los ordenamientos contemporáneos no solo ha impactado de modo significativo en el modo de entender lo que sea la interpretación y aplicación de las normas a los casos y conflictos que se residencien ante el Poder Judicial, sino que además tales cambios han abierto a Jueces y Magistrados un amplísimo margen de disponibilidad y, por extensión, una paralela ampliación la creatividad de su labor en el panorama de la división de poderes.

Con objeto de reseñar -aunque sea telegráficamente- los aspectos más significativos de este doble proceso que ha abocado a que la labor del Juez se haya visto notablemente redimensionada, me parece necesario apuntar al menos dos líneas:

- De un lado la significativa ampliación del margen de disponibilidad del Juez con ocasión del proceso de

selección de la norma a aplicar en los conflictos y litigios que se someten a su consideración, como consecuencia de la naturaleza extraordinariamente compleja de los ordenamientos contemporáneos dada la pluralidad, heterogeneidad y diversidad de planos de las fuentes del Derecho aplicables en cada conflicto.

- Y de otro la ampliación igualmente relevante de los métodos de interpretación jurídica en el marco de unos ordenamientos en los que, amén de que el valor de la ley como norma de carácter general por excelencia se ha visto sensiblemente devaluado y fraccionado, la interpretación en sentido estricto de ésta ha necesariamente de ponderar como criterio preferente el contenido de los enunciados constitucionales con frecuencia breves, crípticos y siempre generales y densos en valores.

Y ello por no aludir aquí, en detalle, dado que más adelante será objeto de un específico comentario, el fuerte incremento de contenidos de carácter prestacional que registran los actuales textos constitucionales, contenidos que en la práctica se extienden a la totalidad de los derechos constitucionales (desde los más tradicionales derechos de libertad como la libertad de expresión o el *due process law* hasta los derechos de nuevo cuño conocidos como DESC) y en los que la garantía de los mismos y la determinación de la prestación que corresponde en casos de controversia judicial se atribuye al Juez dotando a tal labor de éste de un fuerte carácter creativo.

Pero al cambio de papel del Juez en los sistemas jurídicos contemporáneos y por extensión en la posición de éste en el sistema de división de poderes, no se agota en el entorno de la noción y evolución del Estado de Derecho. También desde dimensiones más inmediatamente políticas se pueden constatar aspectos en los que el papel del Juez, como elemento del sistema de gobierno, ha cobrado un protagonismo impensable en anteriores etapas del régimen constitucional.

En este sentido, categorías que tradicionalmente parecían ajenas y en cierta medida contrapuestas en cuanto regidas por una lógica muy diferente como “sistema de gobierno” y “Poder Judicial”, en el curso de la segunda mitad del siglo XX se han visto con frecuencia solapadas, operando el segundo (esto es, el Poder Judicial) como un importante complemento del primero (el sistema democrático de gobierno) e incluso apareciendo en ocasiones el Poder Judicial a modo de salvaguarda última del sistema democrático-representativo, como consecuencia de fenómenos de excesivo encapsulamiento de la legitimidad de la democracia constitucional y pluralista en una representación política secuestrada por los partidos políticos y por una clase política excesivamente profesionalizada, que debilita los controles en el interior del sistema político y provoca lamentables episodios de corrupción poco respetuosos con la legalidad, cuando no pura y simplemente delictivos.

En tales ocasiones, amén del desgaste que con carácter general provocan estas situaciones, deteriorando la legitimidad del sistema democrático, la clase política es percibida por la ciudadanía como excesivamente preocupada por sus intereses particulares (aunque éstos a veces sean incluso plenamente legítimos, pero excesivamente apegados a los intereses del partido) y en sentido contrario es vista como demasiado alejada de los intereses públicos y generales. Y frente a ella, los Jueces y Magistrados, el Poder Judicial como tercer poder del Estado, se perciben con todos los riesgos que ello pueda acarrear a largo plazo para la legitimidad misma del sistema democrático, como un sector del poder público alternativo a los niveles estrictamente políticos (el Parlamento, el Gobierno, los partidos políticos) que de un lado encarna mejor el interés público y de otro se ocupa más de los problemas que más inmediatamente preocupan a los ciudadanos.

Los Jueces se tornan así, como en recientes ocasiones se ha demostrado, en los garantes del correcto funcionamiento del sistema político y las disfunciones que ocasiona el régimen democrático o, como ha escrito Antoine Garapon, los jueces son los auténticos “*guardianes de las promesas*”⁶

⁶ A. GARAPON. *Jueces y democracia*. Flor del Viento. Madrid. 1997.

Recuérdese a tal efecto y por todos -pero no solo- el papel desarrollado por la justicia italiana en la primera mitad de los años 90 en el proceso conocido como *mani pulite*⁷, en Francia en ese mismo periodo el proceso judicial seguido por el “affaire” de la sangre contaminada en el que estuvo implicado Laurent Fabius en ese momento Primer Ministro y hoy Ministro de Asuntos Exteriores⁸, o en la España más reciente como instrumento para combatir la lacra de la corrupción y la obtención de dinero fácil en el entorno del poder en periodos de fuerte crecimiento económico (Filesa, Gurtel, Bárcenas entre otros) y que en tan alta medida ha provocado, o está provocando en estos momentos, una importante pérdida de legitimidad de las instituciones democrático-representativas.

Pero con todo, desde una perspectiva exclusivamente jurídica y centrada la reflexión teórica acerca del Poder Judicial y el rol de los Jueces en los regímenes constitucionales actuales, quizás donde mayores retos y más interrogantes plantea el paradigma del Juez monje es en el contexto del Estado social de Derecho.

En efecto, el Estado social como modelo de Estado en el que los poderes públicos se comprometen con el bienestar de los ciudadanos y con la remoción de los obstáculos que impiden la efectividad de los principios de libertad e igualdad, lo que se traduce de un lado en un mayor protagonismo e intervención de los poderes públicos en la remodelación de la realidad social asumiendo éstos importantes tareas en dicho terreno y de otro, como complemento y materialización de ello, el reconocimiento de una serie de derechos encuadrados en lo que habitualmente se denominan “Derechos sociales o de prestación”, lo que va irremediamente a propiciar también un incremento del papel y del protagonismo del Poder Judicial en la efectividad de buena

⁷ “L'espressione **Mani pulite** designa una stagione degli anni novanta caratterizzata da una serie di indagini giudiziarie condotte a livello nazionale nei confronti di esponenti della politica, dell'economia e delle istituzioni italiane. Le indagini portarono alla luce un sistema di corruzione, concussione e finanziamento illecito ai partiti ai livelli più alti del mondo politico e finanziario italiano detto Tangentopoli. Furono coinvolti ministri, deputati, senatori, imprenditori, perfino ex presidenti del Consiglio”. Wikipedia. http://it.wikipedia.org/wiki/Mani_pulite.

⁸ A.M. CASTERET. *L'affaire du sang*. La Découverte. Paris. 1992.

parte de tales medidas de acción social, en especial en la garantía de los denominados derechos sociales de prestación.

Por lo que se refiere al plano general de las implicaciones que entraña el Estado social en lo que tiene de atribuir un mayor protagonismo de los poderes públicos (entre los que se encuentra el Poder Judicial) en los procesos de orden social, ha supuesto ciertamente una ampliación del ámbito en las que se desenvuelven las potestades del Juez como bien han detectado Guarnieri y Pederzoli (*“la intervención cada vez más penetrante del Estado providencia en sectores que el Estado liberal dejaba al control privado, se ha resuelto en una expansión sin precedentes del sistema jurídico y, por lo tanto, también en paralela medida en la extensión de la esfera de decisiones del juez”*⁹) ampliación que en todo caso no parece todavía suscitar mayores reparos de fondo. Y así en buena medida lo están acreditando en la actualidad algunos de los pronunciamientos recientes de la justicia española con motivo de la crisis en materia de embargos, restricción de derechos laborales, etc. Así lo ha constatado, por ejemplo, en España el diario El País con una reciente información subtitulada “Los jueces exprimen la ley para mitigar los daños de la crisis. Los tribunales se adelantan a la acción política” (“El último recurso”. Diario *El País*. 2 de febrero de 2014. Pág. 26)

Mayores obstáculos parece sin embargo plantear la eventual ampliación a los derechos sociales del ámbito de protección en el que intervienen los Jueces, tema que desde la famosa monografía de Abramovich y Courtis de 2002¹⁰, es un problema todavía por resolver con criterios universales. Cada ordenamiento tiene sus reglas y sus respuestas al respecto y a ellas habrá que atenerse en cada caso concreto. Y para un enfoque de carácter general, la monografía antes citada ofrece interesantes líneas de reflexión. Pero a los efectos que aquí interesan me parece inexcusable dejar constatación de algunas tesis difícilmente cuestionables:

- 1) Los derechos sociales no serán auténticos derechos en tanto no se hallen protegidos por la actividad

⁹ C. GUARNIERI Y P. PEDERZOLI. *Ob. Cit.* pág. 18.

¹⁰ V. ABRAMOVICH Y CH. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid. 2002.

jurisdiccional, esto es, por los Jueces. Serán otra cosa (el profesor J. L. Cascajo, por ejemplo, los ha denominado "derechos in fieri"¹¹), estarán protegidos por el Juez por vías indirectas, la protección operará solo sectorialmente (por ejemplo a través de la cláusula de no regresividad o por cualquier otra vía), pero desde la perspectiva del rol del estamento judicial en los Estados sociales de Derecho de nuestros días la reflexión entiendo que debe orientarse con carácter general a intentar dotar de la mayor viabilidad posible a la protección de los derechos sociales y de prestación por Jueces y Magistrados.

- 2) Pero sería ingenuo ignorar las serias dificultades que ofrece desde la perspectiva del papel del Juez en los sistemas jurídicos de nuestros días una justiciabilidad generalizada y sin matices de los derechos sociales de prestación. Basta reseñar una: la objeción democrática que advierte que ^{a)} por la naturaleza del contenido protegido por los derechos sociales, ^{b)} la extensión de sus eventuales destinatarios y ^{c)} las implicaciones de todo orden que con frecuencia pueden acarrear los pronunciamientos en sede judicial favorables a reconocer la plena efectividad a determinados derechos sociales, esta protección judicial indiscriminada y sin matices de los derechos sociales trasciende del ámbito de decisiones que un Juez puede ordinariamente adoptar, pues no se puede olvidar que los Jueces a título de principio son en el conjunto de los poderes públicos los máximos exponentes de lo que se ha denominado la lógica contramayoritaria¹².

¹¹ J. L. CASCAJO CASTRO. "Derechos Sociales". *Cuadernos de Derecho Público*. nº. 37, 2009. pág. 27.

¹² La literatura sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial es abundantísima desde A. BICKEL. *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill. Indianapolis, 1962. En castellano un buen acercamiento al tema puede verse en R. GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel. Barcelona, 1996

En todo caso, a los efectos que aquí interesan terminaré este punto con una probablemente precipitada conclusión: la reflexión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, aunque a partir de una actitud general de principio favorable a ella, debe ponderarse en cada caso concreto con otros bienes, valores y derechos que igualmente derivan de las constituciones de los modernos Estados de Derecho.

No obstante, sea cual sea la singularidad de cada ordenamiento en cuanto a las funciones encomendadas al Poder Judicial, parece de todo punto evidente que ese Juez que ha visto por mor de las transformaciones del Estado constitucional, social y democrático de Derecho notablemente redimensionado su papel en el sistema de división de poderes, tiene que ser un Juez conocedor tanto de la realidad social de su tiempo como de las orientaciones políticas dominantes en la sociedad en la que imparte Justicia. Y sobre todo, comprometido con los valores superiores de libertad y justicia que el constitucionalismo encarna. Es a ese Juez al que quiero aludir con el calificativo de “juez constitucionalmente comprometido”, esto es, un Juez que sin estar ideológicamente condicionado y sin perder de vista el interés público general, sepa en todo momento actuar en consonancia con el sistema de valores que puedan derivarse de la respectiva constitución nacional interpretada a la luz y en consonancia con los valores hoy consagrados por el derecho de origen convencional. Un Juez que no puede ni debe sustituir a los poderes genuinamente políticos en aquellas decisiones que en exclusiva les corresponden, pero que tampoco se debe dejar arrastrar por líneas de acción política que ignoran o desdeñan los valores constitucionales que un día fueron proclamados por los constituyentes como expresión de la voluntad de autogobierno de la ciudadanía.

En suma, encarar lo que probablemente sea uno de los mayores retos a que se enfrentan en la actualidad los sistemas judiciales de los Estados de Derecho de nuestros días: Perfilar ese modelo de Juez constitucionalmente comprometido que cuente con la formación técnico-jurídica apropiada, el estatuto jurídico idóneo para garantizarle la independencia e imparcialidad en su labor y las atribuciones procesales necesarias para dotar de contenido

concreto a los valores que consagra la Constitución, pero que tenga también la cultura democrática adecuada para acotar su función a lo estrictamente necesario para administrar Justicia y garantizar y salvaguardar los bienes y derechos de los ciudadanos.

3. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.
- CASCAJO CASTRO, J. L., "Derechos Sociales", *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 37, 2009.
- CASTERET, A. M., *L'affaire du sang*, La Découverte, Paris, 1992.
- GARAPON, A., *Jueces y democracia*, Flor del Viento, Madrid, 1997.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GUARNERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999.
- LORENTE, M., "Justicia desconstitucionalizada. España 1834/1869" en LORENTE, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, 2007.
- SERRA SANCRISTOBAL, R., *La selección de jueces en Estados Unidos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.

10

ENTRE EL DERECHO ECONÓMICO DEL DESARROLLO Y EL DERECHO HUMANO AL DESARROLLO: REFLEXIONES DESDE BRASIL

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa
Universidad Federal da Paraíba

RESUMEN

Este trabajo recurre a las expresiones 'derecho humano al desarrollo' y 'derecho económico del desarrollo' para explicar la coyuntura de los megaproyectos en el contexto del neo desarrollo brasileño. Se tratan de dos ramas jurídicas de formulaciones que se organizan alrededor del derecho económico y/o de los derechos humanos, en las múltiples confluencias de sus interfaces. Se objetiva presentar cuestionamientos, dudas y nuevas formas de lectura de los procesos sociales de la actualidad, de modo a denunciar posibles engaños teóricos y metodológicos, contribuyendo para elucidar la relación entre derechos y desarrollo.

1. INTRODUCCIÓN

Brasil es la séptima mayor economía del mundo, con PIB de 2,391 trillones de dólares en 2012. Con el mundo en recesión, el país viene presentándose como potencia emergente, ambiente para inversiones y prosperidad, dando muestras de que una década de crecimiento económico, aliada a políticas de distribución de renta, ocurridas principalmente en el ámbito de las llamadas reformas de tercera generación, incrementadas a partir del Gobierno Lula, fueron capaces de dar lastro a la disminución de las desigualdades sociales. Sin embargo, es necesario reconocer que el crecimiento económico no significa de *per se* desarrollo y que la noción de desarrollo, al asumir las dimensiones de derecho y de la sostenibilidad, experimenta alteraciones verdaderamente paradigmáticas. A pesar de los avances, el Brasil todavía atrasado

ostenta perversos rasgos, representados por déficits sociales y humanos, como la falta de saneamiento básico en localidades urbanas y rurales; oferta insuficiente de viviendas; corrupción endémica; violencia e inseguridad; fallas en el sistema público de salud, en los aspectos de la prevención y del combate; entre otras dificultades.

Para superar esos déficits con la rapidez necesaria y confiando en la estabilidad causada por el crecimiento económico reciente, los gobiernos brasileños vienen invirtiendo en megaproyectos, especialmente en los sectores de infraestructura y movilidad urbana, generación de energía y eventos deportivos y turísticos. Pueden ser indicados, para ejemplificar, la explotación de petróleo en la capa del presal de la costa brasileña, programa anunciado en 2009¹; la construcción de hidroeléctricas en los ríos de la Amazonia brasileña, tal como ocurre en Belo Monte, en Rio Xingu (Estado de Pará) y en Santo Antonio y Jirau, en el Río Madeira (Estado de Rondonia); las reformas y la edificación de nuevos estadios y complejos deportivos para la Copa del Mundo de 2014 y para las Olimpiadas de 2016; además de las obras de PAC – Programa de Aceleración del Crecimiento, lanzado por el gobierno federal, en 2007. Por todo el país, emprendimientos grandiosos prometen retomar el rumbo del desarrollo económico y promover la inclusión social.

En general, los megaproyectos representan intervenciones de grande porte que demandan entre otros factores, sumas considerables de recursos públicos y privados, fuerte logística y propaganda, además de configurar potencial agresión a derechos sociales básicos, con consecuencias dañosas a los derechos humanos, de la preinstalación a la fase de ejecución y funcionamiento, afectando indistintamente áreas urbanas y rurales. De un lado, la efectuación de esos proyectos depende de

¹ Según los estudiosos, la capa presal abarca las rocas que están bajo la costra terrestre, debajo de la capa de sal petrificada, en el fondo de los océanos. Ese tipo de roca mantiene aprisionado petróleo de buena calidad. La presal brasileña está localizada más allá del mar territorial, dentro de la llamada Zona Económica Exclusiva de Brasil. Comenzó a ser explorada en 2008 y tuvo su marco regulatorio lanzado en 2009. Se estima que, en 2017, sean extraídos 1 millón de barriles por día, conforme cálculos de la PETROBRAS. Disponible en: <http://www.petrobras.com.br/pt/energia-e-tecnologia/fontes-de-energia/petroleo/presal> Accesado el: 20 de dic. 2012.

la intrincada y poco transparente colaboración entre departamentos y empresas ejecutantes y financiadoras del proyecto, por otro lado, depende de la sustentación ideológica proporcionada por el discurso desarrollista, que, en nombre del desarrollo económico como meta mayor, provoca flexibilización de garantías laborales, desconsidera derechos ambientales y urbanísticos y alcanza poblaciones vulnerables, en evidente falta de respeto al real significado del término 'desarrollo', expresión intrínsecamente plural, que no se abriga en la intransparencia, tampoco se legitima en el autoritarismo. Se debe prestar atención a las diferencias entre crecimiento, desarrollo y desarrollismo.

En Brasil, en 2011, un estudio realizado por Cimi - Consejo Indigenista Misionario² señaló 434 emprendimientos que afectan directamente comunidades indígenas, siendo 195 de estos direccionados a la generación de energía y 166 para obras de infraestructura. De acuerdo con esos datos, el impacto de hidroeléctricas y obras de infraestructura estaría superando el impacto causado por la actividad minera ya que fueron encontradas 29 obras de mineras en el mismo periodo. En verdad, los megaproyectos dejan de representar obras de ingeniería con potenciales riesgos ambientales para que se transformen en emprendimientos de efectivo impacto económico, político, ambiental, social y humano, con instalaciones que envuelven, en todas las fases, de la construcción hasta la operación, riesgos e incertidumbres, afectando sustancialmente comunidades históricamente subalternadas y grupos o situaciones vulnerables, como las poblaciones de las riberas, las chabolas urbanas, los pueblos indígenas, la biodiversidad y las generaciones futuras.

No son raras las veces, que la decisión pública del megaproyecto provoca la reacción de esas vulnerabilidades y sus representantes, ocasionando conflictos graves entre el Estado y la sociedad civil³, con foco principal en los derechos económicos,

² Disponible en: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-05-01/indios-querem-que-governo-pare-megaprojetos-que-afetem-suas-comunidades> Accesado el 18 de dic. 2012.

³ En Belo Monte, los conflictos son constantes. En la fase actual de la obra, los conflictos con la Norte Energía, concesionaria responsable por la represa en el Rio Xingu, abarcan demandas indígenas y de pescadores. En 2012, las etnias Xipaia, Kuruaia, Parakanã, Arara del Rio Iririr, Juruna, y Assurini se unieron a los pescadores para exigir la demarcación de las tierras indígenas

sociales y culturales – DESC y sus irradiaciones. El proceso decisivo que tiene como base un proyecto técnico de difícil convencimiento, generador de incertidumbres y riesgos⁴, muchas veces marcado por vicios e ilegalidades⁵, con potencial para ocasionar consecuencias ambientales y humanas irreversibles, revela un conjunto de situaciones que permean aspectos técnicos, científicos y sociales, exhibiendo los vínculos entre esas decisiones e las

de acuerdo con los condicionantes del licenciamiento ambiental; la monitorización territorial; las obras de infraestructura; el saneamiento básico; la construcción de escuelas con enseñanza diferenciada en las comunidades indígenas; los puestos de vigilancia y salud, entre otras demandas. La extensa pauta de los indígenas y las reivindicaciones de los pescadores, ribereños y pequeños agricultores están siempre en disputa con los intereses de la empresa y del gobierno. Disponible en: http://xingu-vivo.blogspot.com.br/2012_09_01_archive.html Accesado el: 26 de dic. 2012

⁴ En el documento “Megaproyecto, megariscos. Análisis de Riesgos para Inversores en la compleja hidroeléctrica Belo Monte”, el foco fueron los riesgos financieros, legales y de reputación. Fue utilizada metodología semejante a las agencias de *rating* para comprender los riesgos del megaproyecto sobre las partes vulnerables de la relación. Los principales factores de riesgo financiero identificados en el informe incluyen (i) aquellos asociados a las incertidumbre sobre los costes y cuantitativos para la construcción del emprendimiento, como variables geológicas y topológicas, de ingeniería y de inestabilidad, en valores de mercado; (ii) los riesgos relacionados a la cuestión de la capacidad de generación de energía, debido a la sazonalidad del río Xingu, hecho que tiende a agravarse con los cambios climáticos, y la baja retención esperada de los reservorios, se confirmó la decisión del Consejo Nacional de Política Energética (CNPE) de prohibir la creación de otros reservorios al montante (río arriba) para regularizar el vaciamiento del río; (iii) los riesgos relativos a la incapacidad de emprendedor de atender los programas de mitigación y de compensación exigidos en el proceso de licenciamiento. Los riesgos financieros podrían desdoblarse en riesgos legales y de reputación que llevarían a grandes perjuicios para el erario. Preceptos legales, nacionales e internacionales, sobre derechos humanos y protección del medio ambiente y otras políticas y “salvaguardas” de responsabilidad socioambiental han sido desconsiderados en la planificación energética y en el proceso de licenciamiento ambiental del proyecto. Los riesgos de construcción van desde incertidumbre sobre los datos geológicos y excavaciones de rocas y suelo (apuntados en el fallo del TCU – Tribunal de Cuentas de la Unión) hasta la cuota máxima a ser alcanzada cuando el reservorio esté lleno, que podría afectar la población mayor de lo que la prevista. Riesgos de operación, jurídicos, de pérdida de la diversidad y sociales (extinción de especímenes y migración, por ejemplo), además de factores como trabajo, empleo y salud, son analizados en el informe.

Cf. Megaprojeto, megariscos. Análise de Riscos para Investidores no complexo hidrelétrico Belo Monte. Relatório. Disponible en:

<https://docs.google.com/file/d/0B8wNLF5yN3IODZIMDIiMWMtZThiYS00ODk2LWFhZTctYzVjYmM1ODhIMjhl/edit?num=50&sort=name&layout=list&pli=1#> Accesado el 18 de dic. 2012.

Cf. MAGALHÃES, Sonia; MARIN, Rosa; CASTRO, Edna. Análise de situações e dados sociais, econômicos culturais. In: MAGALHÃES, S; HERNANDEZ, F. (Org.). *Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte*. Belém, 2009.

⁵ Cf. FEITOSA, Maria Luiza Alencar; FRANCO, Fernanda C. Oliveira. Desenvolvimento e Direitos Humanos. Marcas de Inconstitucionalidade no processo Belo Monte, 2012. Artículo aprobado para publicación.

estructuras de poder económico y político, hecho que demanda nuevas percepciones de la realidad y sus relaciones con la temática del desarrollo, nombradamente en el campo del derecho.

En el caso de los emprendimientos deportivos y de las obras del PAC, por ejemplo, las consecuencias humanas y sociales de las medidas desarrolladoras han sido preocupantes. Si, por un lado, la política de seguridad pública implementada por las Unidades de Policía Pacificadora (UPPs) en Rio de Janeiro han recibido evaluación positiva porque redujo el sentimiento de miedo e inseguridad de la población en general, con posibilidad de contribuir para resignificar representaciones sociales y reducir el prejuicio que generaba desconfianza, falta de crédito y estigma, por otro lado, la desigualdad con relación al efectivo derecho a la ciudad se mantiene y tiende a empeorar. Ocurre que la regulación ora impuesta sobre las estructuras antes informales de acceso a servicios urbanos, obliga a los residentes a pagar las tasas de fornecimiento y mantenimiento de esos servicios, hecho que viene elevando substancialmente el coste de vida de la población que habita en los morros, todavía, la regularidad del fornecimiento de agua, luz, saneamiento, Internet, entre otros beneficios, acarrea mejoras y la decurrente valorización en el precio de los inmuebles⁶. Ese fenómeno, especie de externalidad del proceso de reurbanización, no era absolutamente imprevisible y si no se hace nada en el sentido de la efectiva inclusión social de esos grupos⁷, podrá ocurrir un tipo de “expulsión blanca” de la población pobre de las chabolas cariocas, que será sustituida por la clase media emergente, con el objetivo de formar otras barriadas en las áreas abastadas, en nuevo proceso de invisibilización del indigesto social,

⁶ CUNHA, Neiva Vieira; MELLO, Marco Antonio Silva. *Novos conflitos na cidade: A UPP e o processo de urbanização na favela*. Disponible en: http://www.ifcs.ufrj.br/~lemetro/mello_e_cunha_novos_conflitos_na_cidade.pdf Accesado el: 18 de dic. 2012

⁷ En Rio de Janeiro, hay importantes movimientos en el sentido de ‘urbanizar sin desintegrar’. Merece registro el programa *Morar Carioca Cidadania Ativa*, creado en julio de 2010, por la Prefectura, que, con el apoyo de estudios de arquitectura de la ciudad, procura activar la movilización y la participación de los residentes en la proyección del nuevo espacio, entendido como barrio de la ciudad, respetadas sus peculiaridades. Disponible en: <http://www.ibase.br/pt/2012/06/ibase-lanca-morar-carioca-cidadania-ativa/> Accesado el: 25 dic. de 2012.

al abandono de los poderes públicos y privados. Nuevamente, es necesario alertar que ese proceso escapa a la concepción actual de desarrollo.

Este trabajo recurre a las expresiones 'derecho humano al desarrollo' y 'derecho económico del desarrollo', proposiciones trabajadas pela autora en diversas obras publicadas, algunas mencionadas en este artículo, para explicar la coyuntura de los megaproyectos en el contexto del neo desarrollo brasileño. Se tratan (las dos ramas jurídicas) de formulaciones que se organizan alrededor del derecho económico y/o de los derechos humanos, en las múltiples confluencias de sus interfaces. La idea aquí no es proponer soluciones, sino presentar cuestionamientos, dudas y nuevas formas de lectura de los procesos sociales de la actualidad, en abordajes entrecruzadas, de modo a denunciar posibles engaños teóricos y metodológicos, contribuyendo para elucidar la relación entre derechos y desarrollo.

2. DESARROLLO Y DERECHOS

De inicio, cabe mencionar las principales dimensiones del tema, en las interfaces que presenta con otras ciencias, nombradas como historia, economía, sociología y el derecho, sin perder de vista su intrínseca transversalidad. La búsqueda por la trayectoria histórica del concepto de desarrollo muestra que su evolución principal estaría en la inflexión sufrida de la economía para el derecho o de la idea iluminista de progreso, pasando por la comprensión capitalista de crecimiento económico (exploración constante y durable, acumulativa y especulativa) para la concepción actual de desarrollo como proceso plural de recuperación de capacidades y de inclusión, garantizado por (y garantizador de) derechos. Al menos, es esta la secuencia que interesa para el presente análisis.

Del punto de vista de los derechos, la expresión 'desarrollo' abarca, en general, conjugaciones que se desplazan de la garantía de la inviolabilidad individual a la efectucción de derechos colectivos, pasando por los modos de abonar la solidaridad inter generacional. Aún en el campo de los derechos, el espacio de estudio y de acción práctica se desdobra de lo local a lo global, de lo nacional a lo internacional clásico o a lo supranacional, en

relaciones que remiten a la protección de los sujetos y/o a la promoción de políticas públicas, en la transversalidad que va de la política económica nacional a el orden económico internacional o global, en ítems como regulación del comercio internacional, movilidad de los factores de producción y de las inversiones, política monetaria y financiera nacional e internacional, entre otros.

Considere que en torno de la temática circundan los derechos de primera y segunda generaciones/dimensiones⁸, que se concretizan en los derechos de tercera generación/dimensión. Se realizan, por tanto, (i) en respeto a la vida e identidad; (ii) en derecho a la salud, cultura, vivienda digna, educación y otros derechos sociales; (iii) en la garantía del medio ambiente sano y equilibrado, en la paz internacional y nuevamente en el derecho al desarrollo, incluido por la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) en el catálogo de los derechos de tercera generación/dimensión, especie de manto protector o derecho-plataforma, capaz de abrigar y dar efectividad a otros derechos. Necesariamente, el abordaje de la relación entre desarrollo y derechos requiere la comprensión de como se procesó el pasaje conceptual del desarrollo como crecimiento económico y/o desarrollismo (plasmado en políticas nacionalistas), ocurrida entre los años cincuenta y setenta, para el campo de los derechos humanos, hecho ocurrido en el curso de los años ochenta del siglo XX.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en el contexto del *Welfare State*, la idea de desarrollo fue incorporando propuestas de aumento del bienestar, satisfacción de las necesidades primarias y secundarias y la mejoría de las condiciones de vida de las personas y colectividades. Alrededor de los años setenta y ochenta del siglo pasado, en el curso de la crisis del Estado Social, pasó a abarcar las construcciones relativas a la sostenibilidad ambiental, abrazando el llamado ecodesarrollo, en medio a las discusiones

⁸ Se utiliza la doble designación generación/dimensión en virtud del debate doctrinario brasileño sobre la configuración de los humanos que, en general, recusa la proposición generacional, sustituyéndola por la idea de 'dimensión' o hasta incluso de 'perspectiva'. Para el presente trabajo, esa diferencia no está en causa y no significa nada verdaderamente expresivo.

sobre desarrollo como libertad, que presentaba la imagen de la pobreza como privación de recursos materiales e insuficiencia de capacidades y derechos, causadas por la ausencia de medios⁹.

En ese contexto, surgió el Índice de Desarrollo Humano - IDH como medidor oficial del desarrollo, utilizado en el ámbito del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, a partir de 1993, con el objetivo de comparar el grado de desarrollo de los países (clasificados groseramente como ‘desarrollados’, ‘en desarrollo’ y ‘subdesarrollados’), habiendo pretendido prioritariamente, según su idealizador, Mahbub ul Haq, desviar el foco de la economía y de la contabilización de renta nacional para las políticas centradas en las personas¹⁰, visión confirmada por Amartya Sen, que forneció el cuadro conceptual subyacente a ese proceso, a partir de sus ideas sobre capacidades y *entitlements* (habilitaciones)¹¹.

En el transcurrir de este siglo, se viene pugnado por la identificación de nuevos indicadores de averiguación del desarrollo de los países, llegándose a admitir la expresión ‘desarrollo humano sostenible’. En 2010, el Informe de Desarrollo Humano d la ONU amplió la metodología de comparación del IDH, creando IDHAD – Índice de Desarrollo Humano Ajustado a la Desigualdad. Por otro lado, en el debate académico, ganan fuerza las ideas más radicales de pos desarrollo, como las que predicán el decrecimiento sostenible, ordenando la inmediata desaceleración de las actividades económicas, en proceso de bajo y selectivo crecimiento¹², de modo a retardar y evitar el agotamiento de los recursos naturales del planeta. Entre tanto, esas proposiciones no consiguen dar respuestas a las cuestiones del subdesarrollo, así como no reaccionan a la necesidad mundial de mayor inclusión,

⁹ SEN, Amartya. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Oxford University Press, 1982; idem. *Inequality reexamined*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995; idem. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁰ HAQ, Mahbub ul. *Reflections on Human Development*. New York: Oxford University Press, 1995.

¹¹ SEN, A. 1982, Cit.

¹² Cf. GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *The Entropy Law and the Economic Process*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1971; LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Crescimento Sereno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

como el combate al desempleo en masa y las desigualdades crecientes. Esta es la principal crítica de Sachs a los defensores del decrecimiento, la falta de claridad en relación al contenido operacional concreto de la propuesta, sin elucidar lo que debería ser hecho en las próximas décadas para superar esos problemas, según Sachs, los más relevantes heredados del siglo XX¹³.

A lo largo de ese curso histórico, pueden ser identificadas las dimensiones étnicas (*etnodesarrollo*¹⁴), ecológicas (*ecodesarrollo*¹⁵) y humanas del desarrollo (*desarrollo humano sostenible*)¹⁶, aliadas a la ampliación del concepto de sostenibilidad, que se desplaza del contexto meramente ambiental para abrazar el campo social. En conjunto, la temática del desarrollo caminó del ámbito estatal o interestatal económico para el campo transindividual y transnacional. Significa que migró de las discusiones en torno de asuntos como soberanía nacional, comercio internacional, transferencia internacional de bienes materiales e inmateriales, industrialización, cooperación (y no solidaridad) internacional entre países, reestructuración de sectores económicos y Nueva Orden Económica Internacional – NOEI, para incluir también las discusiones sobre la autodeterminación de los pueblos, efectuación de los derechos de primera y de segunda dimensión, protección a la dignidad humana, solidaridad (más que cooperación) entre los

¹³ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 26.

¹⁴ Término propuesto por Rodolfo Stavenhaqen, sociólogo mexicano, relator especial para asuntos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas. Significa el desarrollo social de un grupo étnico a partir de la observación de su propia cultura.

¹⁵ Término propuesto por Maurice Strong, ambientalista canadiense, en 1973, cuando era secretario de la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo. Fue ampliado por Ignacy Sachs, economista polonés, naturalizado francés. Significa desarrollo coniuqado a la preocupación con el medio ambiente, adicionando cuestiones sociales, económicas, culturales, éticas y de gestión participativa al proceso de desarrollo.

¹⁶ Que amplía las proyecciones de desarrollo y de sostenibilidad en el sentido de lo humano y de lo social. Para Sachs (2004), el desarrollo sostenible estaría estructurado a partir de cinco pilares: a) social, en razón de la perspectiva de sublevación social que para sobre muchos lugares problemáticos del planeta; b) ambiental, con los sistemas de sustentación de la vida en la doble dimensión de proveedores de recursos y “recipientes” para la disposición de residuos; c) territorial, relativo a la distribución espacial de los recursos, de las poblaciones y de las actividades; d) económico, puesto que la viabilidad económica es condición imprescindible para el desarrollo; e) político, teniendo un gobierno democrático instrumento y valor fundante, visto que, conforme afirma el autor, “la libertad hace toda la diferencia”. SACHS, I. 2004, cit., p. 15-16.

agentes, nueva democracia, derecho a información, pluralismo de las fuentes, entre otros temas.

Entonces estaría, en estrecha síntesis, la trayectoria entre el derecho para desarrollo y el derecho al desarrollo. Ese cambio se hace más evidente cuando los aspectos económicos del desarrollo comienzan a perder fuerza, estimulados por el agudizamiento de los conflictos en las relaciones Norte-Sur y en las relaciones de los países en desarrollo entre sí (ante la decadencia de la NOEI) y por la globalización de los mercados, habiendo ganado proyección, en compensación, en los años ochenta del siglo pasado, los aspectos plurales y transversales del abordaje de desarrollo, que se direcciona para concretizar demandas humanas, ultrapasando el contexto macroeconómico y trabajando con el respeto a las minorías, a la autodeterminación de los pueblos, la identidad social y cultural, permeable a la protección internacional, más allá de la circunscripción nacional o regional de las políticas económicas.

El ítem entre uno y otro puede ser encontrado en el camino de la consolidación de los DESC – Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con destaque para las dos últimas vertientes de ese bloque de derechos, siendo ellos, derechos sociales y culturales, donde radica, de modo más expresivo, el derecho humano para desarrollo. De esta forma, es posible observar que el derecho de desarrollo se sitúa más cómodamente en el ámbito del derecho económico constitucional o del derecho económico internacional, en las relaciones entre el Estado y los agentes de mercado, en la esfera nacional o internacional, aunque conjugados a favor del interés social. Alcanzando el DESC, este se abriga en las relaciones entre derechos económicos y sociales, con base en los procesos económicos, en el tratamiento jurídico de fenómenos socioeconómicos, en sentido más promocional que protector, pudiendo ser encontrado en el derecho de trabajo, del consumo, de salud, de ciudad, de comercio interno e internacional, en las decisiones de gobierno y/o políticas públicas que abarcan el sector productivo y las relaciones de producción, la explotación de bienes y servicios, la inversión en sectores y actividades económicas y respectivos desdoblamientos, entre otros.

El derecho al desarrollo se sitúa en el universo mayor de los derechos humanos, caracterizado como derecho de pueblos y colectividades, en privilegio de la dimensión individual y social, en las relaciones que priorizan la dignidad humana. Está instrumentalizado para ese propósito, de naturaleza más proteccionista que promocional, en el contexto de la llamada 'agenda neodemocrática constitucional'¹⁷, que respeta e incorpora dictámenes culturales locales y regionales, patrones ambientales transnacionales, solidaridad intergeneracional, entre otros principios, con base en la ampliación calificada de la participación popular.

Analizando por la vía de los DESC, el derecho al desarrollo radica más adecuadamente en la relación entre los derechos sociales y culturales, uniendo, por los extremos, lo individual/grupal y lo global, al respetar los derechos sociales y culturales de colectividades afectadas por los impactos negativos de las externalidades económicas, cuando pugna por la protección ambiental en beneficio de la especie humana o cuando actúa en la lucha por la inclusión social de los pueblos del planeta. Puede ser encontrado en el derecho al trabajo, a la salud, a la paz internacional, a la autodeterminación de los pueblos, derecho al medio ambiente sano y efectivamente equilibrado, siendo, en todos esos ejes, permeado por la expresión libre y democrática de sujetos y colectividades.

3. APROXIMACIONES Y RIVALIDADES ENTRE EL DERECHO DEL Y EL DERECHO AL DESARROLLO

Los recientes usos atribuidos al término desarrollo revelan la necesidad de desconstrucción de algunos discursos, con ampliación de nuevos diálogos. Comprendido en el campo de los derechos, sin perder de vista sus aspectos económicos y sus rasgos plurales, de

¹⁷ Cf. Neodemocracia o agenda neodemocrática constitucional. Surge en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano, movimiento que toma cuerpo a partir de los años ochenta y noventa del siglo pasado, proponiendo la admisión del Estado plurinacional, que reconoce el pluralismo y la participación de todas las clases sociales en la construcción del Estado, atribuyendo derechos incluso a sujetos como la naturaleza, madre tierra o Pachamama. FREITAS, Juarez. *Direito Constitucional à Democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson (Orqs.). *Direito à Democracia - Ensaios Transdisciplinares*. 1ªed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 11-39.

carácter cultural, político, jurídico, social, ambiental e ideológico, el desarrollo puede representar políticas públicas económicas mediatas e inmediatas, así como puede abarcar el acceso a derechos de inclusión, democráticamente ejercidos. En ese sentido, el desarrollo humano sustentable debe abarcar las variables libertad de escoger, participación popular, planificación, mejoramiento de las condiciones de vida, bienestar y justicia ambiental y social.

Hay quien cuestione la posibilidad de convivencia constructiva entre el capitalismo y la idea de sostenibilidad, por parecer incompatibles, habiendo también los que abogan cambios estructurales urgentes en el seno del propio capitalismo, dada la emergencia de las cuestiones ambientales y sociales de la actualidad. En ambos casos, se observa el cambio conceptual y procedimental que aproxima el desarrollo del campo del derecho, radicando más especialmente en el debate sobre los “nuevos” derechos humanos colectivos, llamados “derechos de solidaridad”. Las construcciones aquí presentadas apuntan hacia abordajes diferentes de desarrollo, siendo una más direccionada al protagonismo del Estado como promotor de políticas públicas económicas y sociales y la otra, en visión contra hegemónica, la representación de desarrollo que puede abarcar incluso la idea de no desarrollo económico (caso de los megaproyectos que afectan a los derechos culturales y sociales), desde que los agentes sociales así lo deseen y necesiten.

En la relación con el Derecho Económico, se ven proyecciones de desarrollo que acatan los procesos decisivos en torno de los megaproyectos, a pesar de que nada justifique la práctica de excesos, ilegalidades o contorciones a derechos y garantías constitucionales, simplemente porque los abusos¹⁸ están fuera del

¹⁸ Hay un caso interesante en juicio en la Comarca de Rio de Janeiro. Una pareja que tuvo su casa ocupada por policías del Batallón de Operaciones Policías Especiales - BOPE en la *Vila Cruzeiro*, en el Complejo del Alemán, accionó el Estado por daños materiales y morales. Durante ocho meses, los policías ocuparon la terraza de la casa, de donde intercambiaban tiros con traficantes, obliquando a la pareja y a su hija pequeña a salir y quedarse en la casa de parientes, sin poder volver ni siquiera después de la salida de los policías, por temer represarías de los traficantes. La 3ª Cámara Civil de la Capital, acompañando el voto del magistrado relator Fernando Foch, determinó que el Estado de Rio de Janeiro indemnice la pareja en R\$ 150 mil,

campo jurídico de acción del Estado de Derecho. El hecho es que, centrado más en los Estados, el derecho económico de desarrollo puede admitir las decisiones de inversión como políticas de rescate de ciudadanía a medio y largo plazo, en el contexto de los encuadramientos legales e institucionales previstos y operantes. Desde que sean respetados los derechos legislados del trabajo, de la salud, del urbanismo, de la protección ambiental, social y otros, el desarrollo estaría justificado como acción del Estado, de los gobiernos y de los mercados, algunos abordajes innovadores que escapan a esa ecuación. Stephen Marks¹⁹ sistematiza algunos enfoques confiriendo mayor énfasis a dos de ellos: (i) el Derecho al Desarrollo – DaD, más amplio y general; (ii) el Abordaje del Desarrollo como Derecho - ABD, más restricto, representando el DaD aplicado a las organizaciones y organismos envueltos en procesos de desarrollo, como modo de implementación de ese derecho, en instancias que exceden a responsabilidad directa de los Estados²⁰, como es el caso de las organizaciones de la sociedad civil y de los organismos bi y multilaterales. Para Marks, a pesar de considerar la diversidad de interpretaciones, la ABD representaría el elemento más importante en la discusión de la implementación del DaD, especialmente por haber conseguido aproximar los militantes del desarrollo con el lenguaje jurídico, normativo y legal de los derechos, discurriendo diversas consecuencias y posibilidades.

De manera general, los abordajes del desarrollo basados en los derechos humanos comparten ciertos elementos. Pueden ser indicados, por ejemplo, (i) la importancia que atribuyen a la

por daños morales. Proc. 0413207-18.2008.8.19.0001. Disponible en: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/108102> Accesado el: 25 dez. 2012

¹⁹ MARKS, Stephen. *The Human Rights framework for Development: Seven Approaches*. Working Paper n.18, The François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights. Harvard University, 2003.

²⁰ Upendra Baxi entiende el paradigma del proceso de privatización del desarrollo como la forma a través del cual las conocidas atribuciones de los gobiernos del Norte con relación a la cooperación para el desarrollo y la asistencia a los países del tercer mundo son transferidas para una variedad de sociedades público-privadas que, a su vez, normalizan nuevas concepciones sobre "desarrollo". BAXI, Upendra. Normative content of a treaty as opposed to the Declaration on the Right to Development: Marginal Observations. In: MARKS, STEPHEN. *Implementing the Right to Development. The role of International Law*. Ginebra: FES, 2008, p.49.

participación y a la ponderación de los sujetos; (ii) el foco en los grupos más vulnerables (mujeres, pueblos indígenas, niños, inmigrantes, etc.); (iii) la centralidad en las causas estructurales de la pobreza como modo de violación de los derechos humanos; (iv) la búsqueda por equidad. Importa destacar que cada eje, en la medida en que van siendo tratados por las distintas organizaciones (al adoptar a ABD en sus políticas y prácticas), aporta al concepto nueva significación y se abre para diferentes interpretaciones, generando nuevas ropajes.

En ese contexto, el derecho al desarrollo presenta un recorrido histórico coincidente con el derecho internacional del desarrollo, aunque se haya proyectado en rumbos y desdoblamientos propios. Después la adopción de la Declaración del Derecho al Desarrollo, por la Asamblea General de la ONU, en 1986, las discusiones sobre el detallamiento y la implementación del Derecho al Desarrollo pasaron a ocupar varias instancias de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, tanto que, en 1990, la Comisión instituyó las llamadas "Consultas Mundiales sobre la realización del Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano", que deberían detallar más a menudo en la Declaración, contando con la participación de estudiosos, reunidos en conferencias, encargados de presentar propuestas de efectuación de ese derecho. Cançado Trindade participó de las Consultas y las reconoce como ejercicio oportuno y útil para la clarificación del concepto de desarrollo elevado a la potencia de derecho humano²¹.

Como las consultas no resultaron en propuestas convincentes, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, a partir de 1996, constituyó Grupos de Trabajo, que, todavía, dadas las diferencias políticas entre los agentes, igualmente presentaron baja productividad. Entonces pasó la ONU a nombrar especialistas (*experts*) independientes encargados de elaborar el informe que serviría de base para la discusión en el ámbito del GT. El primer *expert* fue Arjun Sengupta, profesor en la School of International Studies en Nueva Delhi, miembro de la Comisión de Planificación

²¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. As consultas mundiais das Nações Unidas sobre a realização do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (1990). IN: *Direito das Organizações Internacionais*. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 409-442. p 420.

de la India y director ejecutivo del FMI, que permaneció en el cargo de 1998 a 2004. Sus informes colaboraron para la comprensión del DaD y para la discusión según GT, reunido en 2000²², que debería acompañar y rever el progreso de la implementación del DaD, así como presentar informes a la Comisión de Derechos Humanos y para el Alto Comisariado de las Naciones Unidas, en lo que se refiere a las formas de implementación de ese derecho²³. En 2004, la Comisión de Derechos Humanos creó una Fuerza Tarea de Alto Nivel (HLTF – High Level Task Force) para la implementación del Derecho al Desarrollo, modelo aún en vigor²⁴.

El problema es que nada de eso resultó en excelencia definitiva para el debate en lo que se refiere a la materialización del derecho humano al desarrollo. El aspecto positivo es que esas discusiones provocaron el surgimiento de un abordaje diferente en las relaciones entre derechos humanos y desarrollo, llevando profesionales y académicos a desvendar perspectivas propias para esas relaciones²⁵. A partir de la DaD, el desarrollo fue efectivamente comprendido como derecho, distanciándose de la visión de mero instrumento de solidaridad, entendida más como caridad cristiana, o de la visión de desarrollo en el ámbito de las políticas públicas económicas, típicas del derecho de desarrollo. Esa travesía significó la alteración paradigmática del abordaje de desarrollo basada en necesidades básicas para el abordaje de desarrollo basada en derechos.

Aunque todavía falte mucho para efectuar las bases procedimentales²⁶, el hecho es que existe hoy un campo de acción diverso de aquel que se preocupaba prioritariamente con las relaciones macroeconómicas internacionales y la soberanía

²² KIRCHMEIER, Felix. The right to development: Where do we stand? State of the debate on the right to development. *FES Occasional Papers*, Ginebra, nº 23. julio, 2006, p. 18.

²³ Comissão de Direitos Humanos da ONU. Resolução 1998/72 parágrafo 10 a.

²⁴ KIRCHMEIER, F. Cit., p. 19.

²⁵ ALSTON, Philip. Ships passing in the night: the current state of the Human Rights and development debate seen through the lens of the Millenium Development Goals. In: *Human Rights Quarterly* 27. The Johns Hopkins University Press, 2005, p. 798-799.

²⁶ Report of the high-level task force on the implementation of the right to development on its sixth session. Geneva, 14–22 January 2010, p. 15.

económica de los Estados. En ese contexto de lucha política por la consolidación y el reconocimiento de derechos, de configuración social y humana, cabe aseverar que los megaproyectos económicos hieren la convivencia democrática y los derechos de personas y grupos vulnerables, presentes y futuros. Se puede concordar con Arjun Sengupta, cuando destaca que el DaD se presenta como el derecho humano a través del cual toda persona física y todos los pueblos son llamados a participar, a contribuir para y a aprovechar el proceso de desarrollo, a través del cual los derechos humanos y las libertades fundamentales pueden ser realizadas²⁷.

En ese sentido, los megaproyectos brasileños, de la manera como son conducidos, atentan contra la garantía del derecho a la ciudad sustentable, al medio ambiente sano y equilibrado, al desarrollo. Esos derechos se desdoblán en el acceso calificado a la tierra urbana y rural, a la vivienda, al saneamiento ambiental, a la infraestructura de servicios públicos, al trabajo y ocio, a la gestión democrática²⁸ del suelo (urbano y rural), con verdadera participación de las colectividades y sus representaciones en la formulación, ejecución y acompañamiento de planes, programas y proyectos de desarrollo, mediante el establecimiento de normas especiales, considerada la situación socioeconómica de la población afectada, sus derechos a la ciudadanía y las normas ambientales.

²⁷ SENGUPTA, Arjun. *The right to development as a human right*. Francois-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights. Harvard School of Public Health, 2000, p. 3.

²⁸ La Ley Federal n. 12.527/2011, que regula el proceso de informaciones y establece la publicidad como regla general, determina, en su art. 21, que no podrá ser negado el acceso a la información necesaria para la tutela judicial o administrativa de derechos fundamentales. de esta forma, las informaciones o documentos que versan sobre conductas que implican violación de los derechos humanos practicada por agentes públicos o al mando de autoridades públicas no podrán sufrir restricción de acceso. La gestión democrática, según la cartilla "Conociendo el Derecho: protección y garantía de los derechos humanos en el ámbito de megaproyectos y mega eventos", publicada con el apoyo de la Secretaría Especial de Derechos Humanos de la Presidencia de la República de Brasil, apunta los siguientes instrumentos de gestión democrática: órganos colegiados paritarios y deliberativos; audiencias públicas, debates y consultas públicas con participación de la población y sus representaciones; conferencias; iniciativa popular de proyectos de ley y de planos, programas y proyectos de desarrollo; publicidad de documentos e informaciones, estudio de impacto del vecindario, entre otros. UZZO, Karian Gaspar e SAULE JÚNIOR, Nélon. *Conhecendo o Direito: proteção e garantia dos direitos humanos no âmbito de Megaprojetos e Megaeventos*. São Paulo: Instituto Polis; Brasília: SEDH, 2012, p. 15.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El debate actual es provocante e inconcluso a respecto de la definición de derechos y responsabilidades, de modo a garantizar efectividad para el derecho humano al desarrollo, en contraste al derecho económico del desarrollo. El hecho es que ambos, cuando bien conducidos, pueden convivir pacíficamente y confundirse en una plataforma alargada de afirmaciones de derechos, alcanzando resultados exitosos de instrumentación de las estructuras económicas y sociales para la materialización de derechos, en beneficio del humano, en la consolidación de un nuevo patrón civilizatorio para la humanidad, que considera la justicia ambiental y la sostenibilidad. Sin embargo, cuando entran en choque y se oponen, la tendencia es de prevalecer el más fuerte, aquel que conjuga para sí intereses más poderosos y medios más conocidos y ágiles de ejecución.

Aunque se reconozca que ambas demandan procedimientos democráticos, el hecho es que el derecho económico del desarrollo convive con planos y programas sectoriales, previstos en el contexto normativo nacional e internacional, mientras que el derecho humano al desarrollo demanda planificación global y participación alargada, a veces transnacional, con base en los pactos y acuerdos internacionales de derechos humanos, llevando en cuenta el presente y las futuras generaciones. En contraste, el primero se efectiva ante el PIB elevado e IDH bajo, como ocurre hoy en Brasil, país con el séptimo PIB y octogésimo cuarto IDH del planeta, entre tanto, el derecho humano al desarrollo, a pesar de que necesite la base económica favorable, se instrumentaliza para la reversión de ese cuadro de desigualdad.

La cuestión es que la noción propia de desarrollo se amplió, admitiendo otras dimensiones y asociándose a derechos nuevos y más complejos, por tanto, hoy no se trata más únicamente de priorizar el carácter distributivo del desarrollo, sino de adaptarse a sus nuevas características. En Brasil, el énfasis en la retomada del crecimiento económico aparta la posibilidad de un *right to development* que se efectúe como un todo orgánico, con base en el refuerzo del Estado Democrático de Derecho y de las políticas transversales de inclusión y de justicia ambiental, a pesar de la

baja recaudación fiscal, formateando un proyecto social de desarrollo (meta más ambiciosa que planes o programas gubernamentales). Las altas tasas de desempeño macroeconómico que llevan a más miseria relativa y a la mayor privación de derechos sociales básicos, inhibiendo la verdadera participación democrática, poco significan en términos de efectuación de un tipo de desarrollo que asegura derechos humanos económicos, sociales y ambientales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, P., "Ships passing in the night: the current state of the Human Rights and development debate seen through the lens of the Millenium Development Goals", *Human Rights Quarterly*, n. 27, The John Hopkins University Press, 2005, p. 798-799.
- BRASIL. Lei Federal n. 12.527/2011.
- BAXI, U., "Normative content of a treaty as opposed to the Declaration on the Right to Development: Marginal Observations", en MARKS, S., *Implementing the Right to Development. The role of International Law*, Genebra, FES, 2008.
- CUNHA, N.V y MELLO, M.A.S., *Novos conflitos na cidade: A UPP e o processo de urbanização na favela*. Disponible en: http://www.ifcs.ufrj.br/~lemetro/mello_e_cunha_novos_conflitos_na_cidade.pdf. Accesado el: 18 de dic. 2012
- FAGNANI, E., "As Lições do Desenvolvimento Social Recente no Brasil", *Le Monde Diplomatique Brasil*, Ano. 5, n. 53, dez. 2011.
- FEITOSA, M.L.A.M., "Direito Econômico da Energia e Direito Econômico do Desenvolvimento. Superando a visão tradicional", en FEITOSA; M.L.A.M y FERNANDES, M.M.P., *Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento. Ensaios interdisciplinares*, São Paulo, Conceito, 2012, p. 25-46.
- FEITOSA, M.L.A y FRANCO, F.C.O., *Desenvolvimento e Direitos Humanos. Marcas de Inconstitucionalidade no processo Belo Monte*. 2012. Artigo aceito para publicação.
- FLYVBJERG, B., BRUZELIUS, N., ROTHENGATTER, W., *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- FREITAS, J., "Direito Constitucional à Democracia", en FREITAS, J. y TEIXEIRA, A. (Orgs.), *Direito à Democracia - Ensaios Transdisciplinares*, São Paulo, Conceito, 2011, p. 11-39.
- FURTADO, C., *O Capitalismo Global*, São Paulo, Paz e Terra, 1998.

- _____. *Em Busca de Novo Modelo. Reflexões sobre a Crise contemporânea*, 2ª. ed, São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- GEORGESCU-ROEGEN, N., *The Entropy Law and the Economic Process*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- HAQ, M., *Reflections on Human Development*, New York, Oxford University Press, 1995.
- KIRCHMEIER, F., "The right to development: Where do we stand? State of the debate on the right to development", en *FES Occasional Papers*, Genebra, nº 23. julio, 2006.
- LATOUCHE, S., *Pequeno Tratado do Crescimento Sereno*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- LEFF, E., *Racionalidade Ambiental. A reapropriação social da natureza*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.
- MAGALHÃES, S., MARIN, R., CASTRO, E., "Análise de situações e dados sociais, econômicos culturais", en MAGALHÃES, S; HERNANDEZ, F. (Org.), *Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte*, Belém, 2009.
- MARKS, S., "The Human Rights framework for Development: Seven Approaches", *Working Paper n.18, François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights*, Harvard University, 2003.
- _____. "The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 17, Harvard University, p. 137-168, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 41/128. Dez. 1986.
- _____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.
- _____. Comissão de Direitos Humanos da ONU. Resolução 1998/72 parágrafo 10 a.
- _____. Report of the high-level task force on the implementation of the right to development on its sixth session (Geneva, 14–22 January 2010).
- SACHS, I., *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*, Rio de Janeiro, Garamond, 2004.
- SEN. A., *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- _____. *Inequality reexamined*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- _____. *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

- SENGUPTA, A., "The right to development as a human right", *François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights*. Harvard School of Public Health, 2000.
- SILVA, M.B.O., *Desenvolvimento (Sustentável) no Brasil de Lula: uma abordagem jurídico-ambiental*, São Paulo, Anita Garibaldi, 2009.
- TRINDADE, A.A.C.. "As consultas mundiais das Nações Unidas sobre a realização do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano", en TRINDADE, A.A.C., *Direito das Organizações Internacionais*, 3ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- UZZO, K.G. y SAULE JÚNIOR, N., *Conhecendo o Direito: proteção e garantia dos direitos humanos no âmbito de Megaprojetos e Megaeventos*, São Paulo, Instituto Polis; Brasília, SEDH, 2012.

11

ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO*

Elizabeth Salmón

Renata Bregaglio

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

El trabajo busca identificar el papel real de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano intentando determinar las principales herramientas que los estados deben utilizar al momento de aplicar la Convención Americana “en clave social”, es decir, en consonancia con las características de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos afirmadas por los principales foros mundiales en la materia.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) no son ajenos al sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, ya desde la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración Americana), los estados americanos introdujeron una serie de derechos de contenido social a la lista de los derechos civiles y políticos logrando forjar un documento que contiene ambas facetas de los derechos fundamentales. No obstante, este impulso inicial no fue seguido por un instrumento vinculante que tuviera igual

* El presente texto es una adaptación y actualización de SALMON, E. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo I: Los derechos económicos, sociales y culturales. IDEHPUCP, 2010. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_desc_tomo1.pdf

naturaleza mixta, sino que, por el contrario, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana) no se dio sino hasta casi veinte años después – siguiendo en este sentido el poco entusiasta ejemplo del sistema universal que habría de esperar casi dos décadas para ver los dos grandes Pactos internacionales sobre derechos humanos- y sólo contempló el artículo 26 para afirmar el carácter progresivo de los DESC.

Este panorama, que no es lineal ni continuo, no ha impedido sin embargo que el sistema en su integridad haya generado herramientas interpretativas que han permitido que los DESC encuentren cabida en el sistema regional. En efecto, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión o Comisión Interamericana) como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o Corte Interamericana) han establecido criterios fundamentales que dotan a los derechos civiles y políticos de un verdadero contenido social que no sólo expande y da carácter dinámico a estos derechos, sino que ha significado en la práctica una manera de establecer estándares para una adecuada implementación de los DESC por parte de los estados. De este modo, el presente ensayo busca identificar el papel real de los DESC en el sistema intentando determinar las principales herramientas que los estados deben utilizar al momento de aplicar la Convención Americana “en clave social”, es decir, en consonancia con las características de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos afirmadas por los principales foros mundiales en la materia.¹

¹ La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 32/130, adoptada tras la Cumbre de Viena de 1993 proclamó al carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos. Véase al respecto: SALMÓN, Elizabeth. "Derechos Humanos en América Latina. Comentarios a la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos", *Revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, nº 1, IV época, Barcelona, 1994.

2. INSTRUMENTOS Y REGLAS DE JUEGO DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DESC

2.1. La temprana presencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948

Luego de la barbarie de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional tomó conciencia de la importancia de hacer valer los derechos del individuo en el orden internacional. Este hecho -reciente desde un punto de vista histórico- se encuentra estrechamente ligado al movimiento de los derechos humanos y a la necesidad de plasmar, en el ámbito internacional, la protección de estos.² El primer gran paso dado a este nivel para regular los derechos humanos lo encontramos en la Declaración Americana, adoptada el 2 de mayo de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en Bogotá, Colombia. Este es el primer instrumento internacional sobre derechos humanos, antecedendo en siete meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, Declaración Universal), adoptada el 10 de diciembre de 1948. Ambas declaraciones consagran por primera vez, en forma sistematizada, los derechos fundamentales de la persona, promoviendo la observancia y el respeto de ellos por parte de los estados. Cada una de ellas enmarcadas en dos organizaciones internacionales distintas, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), se constituyen en la base, en el ámbito universal y regional, respectivamente, para la promoción y protección internacional de

² SALMÓN, Elizabeth. "Los aportes del Derecho internacional de los derechos humanos". En: SALMÓN, Elizabeth (coord.), *Miradas que construyen: perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Lima, Idehpucp / PUCP, 2006, p. 150-151.

los derechos humanos y dan inicio al proceso de humanización que caracteriza actualmente al Derecho internacional.³

Estas Declaraciones internacionales plasman una concepción global de los derechos humanos expresada en el hecho de referirse tanto a derechos civiles y políticos, como a los DESC, prescindiendo de toda división artificial entre ambos grupos. Ciertamente, la fundamentación de los derechos humanos como atributos inherentes –todos ellos por igual– a la dignidad del ser humano, hacía claro que su tratamiento debía darse de acuerdo a su naturaleza. Es innegable, además, que el inicial carácter político y programático –mas no vinculante– de las Declaraciones facilitó la expresión de esta visión integral. De esta forma, la Declaración Americana fue precursora en resaltar la importancia del respeto y garantía de los DESC, en la misma medida que los derechos civiles y políticos.

De los derechos tradicionalmente catalogados como económicos, sociales y culturales, la Declaración Americana reconoce el derecho de protección a la maternidad y la infancia (artículo VII), el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), a la educación (artículo XII), a los beneficios de la cultura (artículo XIII), al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) y a la seguridad social (artículo XVI). Como advierte Salvioli, a diferencia de su contemporánea en el ámbito universal, los DESC en la Declaración Americana no se encuentran divididos de los derechos civiles y políticos, “dando una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad.”⁴

La importancia de la Declaración Americana no se reduce a su papel histórico –y ciertamente pionero– en la consagración internacional de los DESC, sino que, por el diseño mismo del sistema interamericano, conserva vigencia y especial utilidad para el supuesto de los estados que no han ratificado la Convención

³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Segunda edición, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 13-14.

⁴ SALVIOLI, Fabián. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, vol. 39, 2004, p. 106.

Americana⁵ o el Protocolo de San Salvador⁶. Asimismo, constituyó la única fuente autorizada de DESC en la región hasta la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador que se produjo el 16 de noviembre de 1999 con la ratificación de once estados, de conformidad con el artículo 21 inciso 3 de dicho instrumento. En efecto, durante estos casi cincuenta años la Declaración Americana fue el único instrumento en la región que, desarrollando el término “derechos humanos” de la Carta de la OEA, sirvió de base para la identificación y desarrollo, ciertamente incipiente a la luz de lo hecho por los estados americanos, de estos derechos.

De este modo, entre finales de los setenta e inicios de los ochenta, cuando la Convención Americana aún no había entrado en vigor o su estado de ratificación era muy reducido, la Comisión utilizó la Declaración en algunos casos. Por ejemplo, así lo hizo en el caso de la tribu Aché, presentado contra Paraguay y referido a la persecución de esta comunidad, incluyendo el asesinato de numerosos miembros de ésta y la venta de niños, la negación de atención médica y medicinas durante epidemias, malos tratos y tortura, condiciones de trabajo inhumanas.” Luego de analizar estos hechos, la Comisión concluyó que el estado violó el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV) y al derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) de la Declaración Americana.⁷

⁵ De los 35 estados miembros de la OEA, 20 han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, y Uruguay). De otro lado, 3 estados han ratificado la Convención Americana pero no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte (Dominica, Grenada y Jamaica). Finalmente, 11 estados miembros de la OEA no son parte al momento de la Convención Americana (Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente & Granadines y Trinidad y Tobago). Cabe señalar que Trinidad y Tobago ratificó la Convención Americana, pero la denunció el 26 de mayo de 1998. De la misma forma, la República Bolivariana de Venezuela denunció la Convención el 10 de setiembre de 2012.

⁶ A la fecha, únicamente 14 de los 35 estados miembros de la OEA han ratificado el Protocolo de San Salvador. Estos son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Aché vs. Paraguay*, Caso 1802, de 27 de mayo de 1977.

Igualmente, en el caso de la Comunidad *Yanomami vs. Brasil*, resuelto el 5 de marzo de 1985, se alegó, además de ciertos derechos civiles y políticos, la violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI) y el derecho a la educación (artículo XII) de la Declaración Americana. Tal alegación se encontraba fundada en que, a raíz del descubrimiento de minerales en la región donde habitaban los Yanomami, el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban fue invadido, sin previa y adecuada protección de su seguridad y salubridad. Ello dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. Frente a estos hechos la Comisión consideró que el estado de Brasil no adoptó “oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami”, lo cual produjo, en lo que a DESC se refiere, la violación del derecho a la preservación de la salud y bienestar, contenido en el artículo 9 de la Declaración Americana.⁸ Actualmente, esta práctica de la Comisión se mantiene en relación a aquellos estados miembros de la OEA que no son partes de la Convención.⁹

2.2. El nacimiento de la Convención Americana y su contenido en materia de derechos económicos, sociales y culturales

En el marco de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959, se aprobó la resolución a través de la cual se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “proyecto de Convención sobre derechos humanos y otro u otros proyectos de Convención sobre la creación de una Corte Interamericana para la protección de los humanos y de otros órganos adecuados para la tutela de la observancia de los mismos”. A semejanza de la Declaración Americana, este incluyó tanto derechos civiles y políticos, como DESC. A pesar de encontrarse listo para su

⁸ CIDH, *Caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil*, Caso 7615, de 5 de marzo de 1985.

⁹ Véase, por ejemplo: CIDH, *Caso Marie y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe No 75/02, Caso 11.140, de 27 de diciembre de 2002 y CIDH, *Caso Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, Informe No. 63/08, Caso 12.534, de 25 de julio de 2008.

discusión y aprobación por parte de los estados miembros de la OEA, la IX Conferencia Interamericana que debía aprobarlo, no llegó a reunirse.

Recién en 1965 cuando, con ocasión de la II Conferencia Extraordinaria realizada en Río de Janeiro, el proyecto fue sometido a aprobación. Sin embargo, frente a la presentación por parte de Chile y Uruguay de nuevos proyectos de Convención para actualizar el realizado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la II Conferencia Extraordinaria ordenó remitirlos al Consejo de la OEA para que, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo observe, cite a una Conferencia Especializada a fin de decidir la aprobación de la Convención de Derechos Humanos.¹⁰ Es así que, sobre la base del texto trabajado por la Comisión Interamericana, tuvo lugar la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, entre el 7 y 22 de noviembre de 1969. A diferencia del proyecto inicial, éste contenía, como identifica Urquilla, tres artículos relevantes en relación a los DESC:

- a) El artículo 25, que en su primera parte establecía el deber de los Estados de incorporar en su derecho interno “los restantes derechos” contemplados en la Declaración Americana que no estuvieran en la Convención, y que en su segunda parte reproducía el artículo 31 –normas económicas – de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967;
- b) El artículo 26, que establecía la obligación a los Estados de informar periódicamente sobre las medidas implementadas para lograr las metas del artículo 25, especialmente las de su parte segunda, y preveía la eventual incorporación de nuevos Protocolos a la Convención Americana para incorporar tales medidas

¹⁰ II Conferencia Extraordinaria. Resolución XXIV. Véase al respecto: NIETO-NATVIA, Rafael. *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1993.

al régimen de la Convención Americana o a cualquier otro que se estime conveniente; y

- c) El artículo 41, que contenía la obligación de los Estados de informar a la Comisión Interamericana sobre las medidas adoptadas para cumplir con la primera parte del artículo 25.¹¹

Como reconoce el mismo autor, este diseño ocasionó polémica entre los representantes de los estados presentes en la Conferencia. Había quienes sostenían que debía excluirse toda referencia a los DESC en la Convención; quienes, basándose en la noción de indivisibilidad e interdependencia¹², consideraban necesario el reconocimiento detallado de estos derechos; y en última instancia, quienes, adoptando una posición intermedia, apostaban por un compromiso general de progresividad.¹³ El texto finalmente aprobado nos permite claramente conocer que prevaleció la tercera posición, es decir, aquella que por su ubicación intermedia permitió, con mayor facilidad, la adopción de la Convención.

La Convención Americana fue finalmente suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor desde el 18 de julio de 1978. Este instrumento consagró veintitrés artículos para la protección de los derechos civiles y políticos y reservó únicamente dos disposiciones para los DESC, los artículos 26 y 42. No obstante, debe notarse que, como reconoce Faúndez, en el Pacto de San José se encuentran también determinados derechos que tienen notorias implicancias económicas y sociales y que forman parte de otros instrumentos dedicados a proteger los DESC. En concreto, nos referimos al derecho a la propiedad, derecho de asociación, derecho a la familia y derechos del niño, contenidos en el Pacto

¹¹ URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. "Los Derechos Económicos, Culturales y Sociales en el contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 31, 2000, p. 264.

¹² Cabe señalar, por ejemplo, la referencia en el debate a la Proclamación de Teherán de 1968, la misma que proclama la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7 - 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos. Citado por: URQUILLA BONILLA, Carlos. Op.cit., p. 265, nota 6.

¹³ *Ibidem*.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y en el propio Protocolo de San Salvador.¹⁴

Sin negar el avance sustancial que la Convención Americana representa para la región, es evidente que, en relación a los DESC, significa un claro retroceso con respecto a la Declaración Americana en la cual se inspiró. En efecto, esta fórmula significó un alejamiento del carácter integral dado a los derechos humanos en la Declaración Americana pues reserva un papel ciertamente marginal y de referencia a los DESC, dedicando su texto casi exclusivamente a los derechos civiles y políticos.

El artículo 26 es la disposición más importante en cuanto a derechos sociales en la Convención y expresa el resultado de los debates en torno a la adopción de la misma. No encontramos una disposición similar al artículo 26 en los instrumentos convencionales de derechos civiles y políticos propios de los demás sistemas de protección de derechos humanos. Asimismo, la remisión que se hace a las normas de la Carta de la OEA puede demostrar, como advierte Craven, la visión predominante en el continente americano al momento de su adopción, consistente en considerar a los DESC, como objetivos de desarrollo social y económico antes que como derechos individuales.¹⁵

Su singularidad, sumada a la poca especificidad de su redacción, ha permitido el surgimiento de posiciones opuestas sobre su contenido y alcance. Como afirman Rossi y Abramovich, en la lectura del artículo 26 se ha oscilado entre aquella postura que lo considera como una norma no operativa -es decir, como “una simple expresión de objetivos programáticos, pero no de obligaciones legales vinculantes, ni derechos justiciables”- y aquella que, partiendo de un “uso extensivo del principio *pro homine* y una inferencia rápida de derechos en el texto de la Carta de la OEA”, utiliza el artículo 26 como una amplísima puerta que

¹⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en: VOLIO, Lorena González (coord.), El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión, Tomo II, San José de Costa Rica, Editorama, 2004, pp. 98-99.

¹⁵ CRAVEN, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights”, en *The Inter-American System of Human Rights*, New York, Clarendon, 1998, p. 299.

permite incorporar un completo listado de DESC, alejándose con ello de la intención de los estados americanos al elaborar la Convención.¹⁶ Este debate sigue vigente al día de hoy. La Corte al día de hoy aún no ha declarado violado algún derecho económico, social o cultura. Al respecto, cabe resaltar los votos razonados del juez Sergio García Ramírez en el 2007¹⁷ y del Juez Alberto Pérez Pérez del 2013¹⁸ que señalan expresamente su negativa a reconocer la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde la otra orilla, es posible destacar la postura del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el año 2013 con respecto a buscar “eficacia normativa plena del artículo 26 del Pacto de San José y así otorgar transparencia y tutela real a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exige aceptar su justiciabilidad directa y, de ser el caso —como sucede con los derechos civiles y políticos—, llegar eventualmente a declarar la violación autónoma de estos derechos, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan.”¹⁹

En lugar de adoptar posturas que resultan algo extremas, consideramos más adecuado para el éxito de la comprensión y aplicación del artículo 26, optar por una lectura que, por un lado, reconozca el carácter vinculante de esta disposición y que, por el otro, se acerque al contenido real de la obligación adoptada en relación a los derechos que se encuentran protegidos. Para conocer las implicancias de lo anterior, puede ser útil identificar los cuatro elementos que consideramos se desprenden de la lectura del artículo 26:

¹⁶ ROSSI, Julieta v ABRAMOVICH, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudio Socio-jurídico*, vol. 9, nº 1, 2007, p. 37.

¹⁷ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador, de 5 de agosto de 2008.

¹⁸ Voto razonado del Juez Alberto Pérez Pérez en la sentencia Suárez Peralta Vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.

¹⁹ Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. en la sentencia Suárez Peralta Vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.

- Uno primero que indica el *contenido de la obligación* que impone el artículo, esto es, “adoptar providencias” para “lograr progresivamente la plena efectividad” de determinados DESC.
- El segundo, referido al *contenido sustantivo* del artículo, que permite identificar los derechos respecto de los cuales se debe cumplir dicha obligación. Para conocer cuáles son, se requiere acudir a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA reformada. Aquellos que se deriven de tales normas, se encontrarán protegidos.
- El tercer elemento sujeta el cumplimiento de la obligación mencionada, en relación con los derechos identificados, a una especie de *condición*. Esta consiste en la disponibilidad de recursos con que cuente el estado obligado.
- El cuarto, enfatiza algunos de los *medios* a través de los cuales se puede cumplir la obligación, refiriéndose, por un lado, a “la cooperación internacional, especialmente económica y técnica” y, por otro, en el nivel interno, a “la vía legislativa u otros medios”.

En esta línea, entendemos, junto con Abramovich y Courtis, que la noción de progresividad implica, en primer lugar, una obligación de *avance gradual y constante* hacia una mayor efectividad de estos derechos, descartándose así la inactividad o pasividad. En segundo lugar, supone una obligación de *no reversibilidad*, por la cual se encontrarán prohibidas aquellas medidas que, sin justificación adecuada, disminuyan la situación de los DESC existente al momento de la adopción de la Convención o que se hayan adoptado posteriormente.²⁰ Sin perjuicio de ello, como reconoce el Comité de DESC en la citada Observación General No. 3 (1990), existen ciertas medidas que deben tomarse de modo inmediato. A este respecto, señala que:

²⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 92.

1. (...) [A]unque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...".

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "*to take steps*", en francés es "*s'engage à agir*" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

A pesar de que el resultado que se obtiene permite, en principio, hacer exigible la protección de los DESC frente a los órganos a cargo del control del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, los términos genéricos del artículo 26 han ocasionado que en la práctica, por un lado, la Comisión y los peticionarios hayan hecho escaso uso del mismo y que, por otro, la Corte haya sido reacia a su aplicación en casos concretos.

En cuanto a casos conocidos por la Comisión, ésta aplicó por primera el artículo 26 en el caso *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, del 11 de octubre de 2001, que constituye la primera ocasión en que la Comisión encontró la violación del artículo 26. Este asunto se refería al desempleo en que quedaron 142 trabajadores de aduanas, de quienes dependían económicamente

más de 600 familiares -más de la mitad eran niños-, como consecuencia de arbitrariedades cometidas por las autoridades administrativas y judiciales.²¹ En virtud a tales hechos, la Comisión consideró que “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”, por lo que concluyó que se violó el artículo 26 de la Convención en perjuicio de Milton García Fajardo y los 141 trabajadores.²²

Un segundo caso interesante es el de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, en el que 27 personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (“VIH/SIDA”) denunciaban al estado salvadoreño la violación del derecho a la salud, entre otros, por no haberles suministrado los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. Sobre la base de estos hechos, la denuncia presentada alegaba la vulneración del artículo 26 de la Convención, la misma que fue declarada admisible por la Comisión el 7 de marzo de 2001, al considerar que los hechos tendían a caracterizar la violación de esta disposición.²³ Sin embargo, en su Informe de Fondo No. 27/09, del 20 de marzo de 2009, la Comisión consideró que:

108. En el presente caso, el Estado acreditó -a satisfacción de la Comisión Interamericana-- que había tomado las medidas razonablemente a su alcance para ofrecer el tratamiento médico a las personas incluidas en el expediente. La CIDH estima que las acciones del Estado fueron suficientemente expeditas, dentro de las circunstancias, para cumplir dicho objetivo de manera eficaz. No es posible hablar, por lo tanto, de alguna violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas identificadas en el Caso 12.249, como hubiera sucedido, por ejemplo, si se demostrara que

²¹ CIDH, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Informe N° 100/01, Caso 11.381, de 11 de octubre de 2001, parágrafo 1.

²² Ídem. parágrafo 101.

²³ CIDH, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Informe N° 29/01, Caso 12.249, de 7 de marzo de 2001.

el Estado se negó a atender a alguno de ellos. Más aun, en el desarrollo del trámite los servicios de salud salvadoreños fueron ampliando la cobertura en forma gratuita a otras personas infectadas con el VIH/SIDA, previo análisis médico. Tampoco se ha alegado que hubiera alguna regresión en el sentido de dejar de conceder algún beneficio a alguno de ellos que tuvieran con anterioridad.

109. En atención a todas las consideraciones que anteceden, la CIDH concluye que el Estado salvadoreño no violó el derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez ni de las otras 26 personas incluidas en el expediente. La Comisión Interamericana concluye, por lo tanto, que el Estado salvadoreño no ha violado el artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de dichas personas, interpretado a la luz del artículo 29 del instrumento internacional citado.²⁴

El tercer y último caso en que la Comisión ha declarado admisible la violación del artículo 26 de la Convención es en el asunto *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela*, en el cual el informe de fondo aún está pendiente. En este caso se alegó "el incumplimiento de dos fallos judiciales dictados por tribunales internos en los que se ampara el derecho a la seguridad social de las presuntas víctimas."²⁵ Al respecto, afirmó que los hechos alegados podrían *prima facie* caracteriza el incumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con lo estipulado en el artículo 26 de la Convención Americana, por lo que declaró el caso admisible de acuerdo a lo establecido en el artículo 47(b).

De otro lado, en relación a asuntos conocidos por la Corte Interamericana, de las diez oportunidades en que a la fecha se ha alegado el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 26 de la Convención²⁶, la Corte no ha declarado nunca la violación

²⁴ Ídem. parágrafos 108-109.

²⁵ CIDH, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela*, Informe de admisibilidad N° 70/04, Petición 667/01, de 13 de octubre de 2004, parágrafo 1.

²⁶ Se ha alegado la violación directa del artículo 26, por parte de la Comisión, en el caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, de 28 de febrero de 2003. Adicionalmente a éste, los representantes de las víctimas han sostenido su afectación directa en cinco casos: "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2004; Comunidad Indígena Yakye Axa Vs.

de esta disposición, aunque sí ha hecho cierto uso de la misma, a raíz de un cambio de estrategia de la Comisión. Así, el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* es el primero en el cual la Comisión y los representantes de las víctimas alegaron directamente la afectación del artículo 26 de la Convención. En esa ocasión, la Corte rechazó tal alegación por considerar que:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente *representativos de la situación general prevaleciente*.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.²⁷ (La cursiva es nuestra).

De manera posterior, en el caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, con un supuesto similar al caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte se detiene a realizar algunas precisiones acerca del alcance del artículo 26 de la Convención. Al respecto, recuerda que, es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención²⁸ y, aplicando una interpretación sistemática, afirma que dado que el artículo 26 se

Paraguay, de 17 de junio de 2005; *Acevedo Jaramillo vs. Perú*, de 7 de febrero de 2006; *Trabajadores Cesados del Congreso (Aquado Alfaro y otros) Vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006 y *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, de 1 de julio de 2009.

²⁷ Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*, de 28 de febrero de 2003, párrafos 147-148.

²⁸ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Óp.cit., párrafos 16-19.

ubica en la Parte I de dicho instrumento internacional, está sujeto también a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2.

En cuanto al contenido propiamente de la disposición bajo comentario, la Corte se pronuncia sobre ciertos aspectos esenciales, haciendo referencia a desarrollos relativos a los DESC en el sistema universal y el europeo. En primer lugar, acerca de la relación entre los DESC y los derechos civiles y políticos, señala la Corte que existe una interdependencia entre estos, por lo que “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.”²⁹

Igualmente, la Corte se refiere al contenido de la obligación de desarrollo progresivo de los DESC. Sobre este punto afirma que la obligación supone principalmente –aunque no de modo exclusivo- una “obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados”. Es importante destacar que la Corte no se detiene aquí, sino que se refiere expresamente a la justiciabilidad de los DESC. En efecto, afirma que dicha implementación progresiva puede ser “objeto de rendición de cuentas” y que, en caso de incumplimiento, el “Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos,” como eventualmente sería la misma Corte.³⁰

Si bien el caso en mención representa un valioso aporte de la Corte para consolidar la justiciabilidad de los DESC, en el asunto en concreto el tribunal rechazó la alegada violación del artículo 26. Ciertamente, consideró que, existiendo sentencias judiciales que ordenaron el pago de las pensiones, “el Estado no adoptó medida alguna dirigida a impedir el desarrollo progresivo del derecho a la pensión”, por lo que concluyó que no se había vulnerado el artículo 26. Esta conclusión resulta cuestionable si se tiene en cuenta que, a pesar de existir tales sentencias, éstas nunca fueron cumplidas, ya que los correspondientes órganos del estado no realizaron

²⁹ Ídem. párrafo 101.

³⁰ Ídem. párrafo 102.

acción alguna para tal efecto y, en la práctica, ello supuso una regresión muy significativa en la percepción de la pensión.

A nuestro juicio, resulta controversial el fallo de la Corte en la medida que lo que analiza su jurisdicción es la situación de víctimas concretas y no de colectivos abstractos. Ciertamente, como hace notar el juez de Roux en su voto concurrente, la Corte

[N]o puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número.³¹

En otros casos, tales como el del *"Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*³², *caso Acevedo Jaramillo v. Perú*³³ y *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*³⁴, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*,³⁵ *Furlan y Familiares vs. Argentina*,³⁶ los representantes de las víctimas alegaron la violación directa del artículo 26. No obstante, la Corte no acogió ninguna de tales alegaciones. Resalta que la Corte no ha sido, en general, muy prolija al momento de desarrollar las razones para desestimar la violación del artículo 26. En los casos antes mencionados por ejemplo, sostuvo que, en tanto había considerado dicha disposición en el análisis de otra alegación, no era necesario pronunciarse al respecto. Por su parte, en el *caso Torres Millacura vs. Argentina*, la Corte desechó el argumento presentado por los representantes de las víctimas sobre una supuesta violación al artículo 26, en la medida que excedía el marco fáctico de la demanda.³⁷

³¹ Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux en la sentencia *Cinco Pensionistas Vs. Perú*, de 28 de febrero de 2003.

³² Corte IDH, *"Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrafo 255.

³³ Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, de 7 de febrero de 2006, párrafo 285.

³⁴ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, párrafo 136.

³⁵ Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012.

³⁶ Corte IDH, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012.

³⁷ Corte IDH, *Torres Millacura y otros Vs. Argentina*, de 26 de agosto de 2011, párrafo 52.

Por otro lado, en el caso de la Comunidad Yakye Axa v. Paraguay solicitó la Comisión la utilización del artículo 26 mediante su interpretación –ya no aplicación– con el objetivo de dotar de contenido a los derechos civiles y políticos de la Convención Americana que se consideraban vulnerados. En su alegación referida a la violación del derecho a la vida, la Comisión señaló que:

e) la situación de riesgo o vulnerabilidad de la Comunidad indígena Yakye Axa ha sido creada por la negligencia del Estado, lo cual no ha sido cuestionado; por el contrario, el propio Estado declaró en 1999 en “estado de emergencia a la Comunidad”. Esta negligencia se produjo en un contexto en que el Paraguay tiene el deber de garantizar las condiciones necesarias para la consecución de una vida digna, un deber que es subrayado por el compromiso recogido en el artículo 26 de la Convención Americana, de adoptar medidas apropiadas para alcanzar la completa realización de los derechos sociales. Sin embargo, a través de la omisión en sus políticas de salud el Estado disminuyó el goce de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de las condiciones mínimas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional.³⁸

En virtud a ello, a efectos de “establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación”, la Corte tomó en consideración las obligaciones derivadas del artículo 4 de la Convención (referido al derecho a la vida), en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, entre otras normas que conforman el *corpus juris* internacional. Sobre la base de ello, la Corte declaró, por unanimidad, que Paraguay violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención.³⁹

³⁸ Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrafo 157.

³⁹ Ídem. párrafo 163.

Si bien la Corte ha afirmado su competencia material para conocer la vulneración al artículo 26⁴⁰, ha preferido adoptar un planteamiento similar en casos posteriores. En efecto, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, los representantes de las presuntas víctimas alegaron el artículo 26 para demostrar la violación del artículo 19 de la Convención, referido a los derechos del niño. Al respecto, señalaron que requiere que se tomen medidas especiales de protección para garantizar el derecho a la educación de los niños. La Corte utilizó el criterio afirmando que, de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.^{41 42}

De lo visto, podemos concluir que la utilización del artículo 26 es algo limitada en el trabajo de la Comisión y de la Corte. Sin embargo, creemos que esta disposición ofrece posibilidades más amplias de protección que pueden explotarse en la medida que en los casos que lleguen a su conocimiento, se sustente su vulneración ajustándose al contenido estricto de la misma y de esta misma forma, sea analizada la alegación.

Con la finalidad de remediar los vacíos dejados por la Convención Americana en materia de DESC, se inició a principios de los ochenta un proceso dirigido a la elaboración de un instrumento interamericano dedicado exclusivamente a la

⁴⁰ La primera oportunidad en que la Corte afirmó su competencia material respecto artículo 26 de la Convención, aunque no de modo explícito, fue en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, al denegar una excepción de falta de alegación previa del artículo 26 y afirmar que tiene la posibilidad de analizar la posible violación del mismo.

⁴¹ Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005.

⁴² Cabe señalar el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, en el cual, frente a la alegada vulneración del artículo 26 de la Convención, la Corte señaló que tendría en cuenta las “consecuencias perjudiciales” de las violaciones a dichas garantías al momento de determinar las reparaciones a las víctimas. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*. Óp.cit., parágrafo 136.

protección de tales derechos.⁴³ Este instrumento tomaría la forma de un protocolo adicional a la Convención Americana, posibilidad existente en virtud a su artículo 77, mediante el cual se admite que cualquier estado parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden someter a la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.”

2.3. El Protocolo de San Salvador. Entre el reconocimiento de derechos y los tímidos aportes en mecanismos de protección

El Anteproyecto del Protocolo de San Salvador fue elaborado por la Secretaría General de la OEA en 1983, a partir de la solicitud que le hiciera la Asamblea General en 1982,⁴⁴ y puesto a consideración de la Comisión y Corte Interamericanas, particularmente en lo referido a los derechos consagrados y los mecanismos de protección. En relación con este último punto, ambos órganos señalaron su preferencia por un sistema de control restringido. Si bien se planteó la posibilidad de que se habilite la presentación de denuncias individuales por violación a los derechos contenidos en dicho protocolo, se consideró que esta posibilidad no debía ser irrestricta, sino reservada únicamente a un determinado número de derechos.⁴⁵

⁴³ Como señala Cancado, los primeros pasos de este proceso los encontramos en las resoluciones AG/RES 510(X-0/80) y AG/RES 510 (X1/81) de la Asamblea General de la OEA, adoptadas por recomendación de la Comisión Interamericana. CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto. “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.” En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1994.

⁴⁴ Resolución No. 619 (XII-O/82) de 20 de noviembre de 1982.

⁴⁵ Esta posición, si bien similar entre la CIDH y la Corte, no respondía a los mismos fundamentos. Así, la CIDH consideraba que la posibilidad de plantear una denuncia debía estar habilitada sólo en la medida que la violación fuera producto de una acción directa del Estado. La Corte, por su parte, puso énfasis en el carácter exigible del derecho, por lo que sostuvo que sólo debía permitirse la tramitación de denuncias individuales por supuestas violaciones a derechos que puedan llegar a ser exigibles jurisdiccionalmente, como el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos, y el derecho a la libre sindicalización. Al respecto ver CIDH, *Informe anual 1983-1984*, OEA/Ser.L/V/II.63.doc.10, de 28 de setiembre de 1984; CIDH, *Informe anual 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66.doc.10 rev.1, de 1 de octubre de 1985; Corte IDH, *Informe anual 1985*, OEA/Ser.L/V/III.12.doc.13, de 15 de agosto de 1985.

Asimismo, en 1985 la Asamblea General de la OEA encomendó a la CIDH a elaborar el proyecto de Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC. Dicho proyecto, culminado en 1986, estableció como uno de los mecanismos de control el de las denuncias individuales, pero reservado únicamente a tres derechos: los derechos sindicales, el derecho de huelga y la libertad de educación.⁴⁶ No obstante, dicha lista fue reducida en la versión definitiva del texto aprobado, permitiéndose la interposición de denuncias sólo para las presuntas violaciones de la libertad sindical, entendida como libertad de formar parte y organizar un sindicato (y ya no de los derechos sindicales en general), y la libertad de educación. De esta manera, el derecho de huelga quedó vetado.

En relación con su contenido normativo, si se comparan las disposiciones del PSS con las del PIDESC, se puede observar que el primero presenta una gama más amplia de derechos protegidos. En realidad, más que derechos adicionales, el PSS establece protecciones específicas para determinadas categorías de personas. De este modo, dentro de los derechos no reconocidos por éste último, y tutelados por el instrumento interamericano se encuentran el derecho a la salud (artículo 10), a un medio ambiente sano (artículo 11), a la niñez (artículo 16), a la protección durante la ancianidad (artículo 17), y a la protección especial de las personas con discapacidad⁴⁷ (artículo 18). Además, de manera similar al PIDESC, el PSS garantiza el derecho al trabajo (artículo 6) y a gozar de condiciones justas y equitativas de trabajo (artículo 7), los derechos sindicales (artículo 8), el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho a la salud (artículo 10) y a desenvolverse en un medio ambiente sano (artículo 11), el derecho a la educación (artículo 13) y a los beneficios de la cultura (artículo 14), entre otros.

Con respecto a los mecanismos de control, el Protocolo de San Salvador establece un mecanismo directo de judicialización, permitiendo la tramitación de peticiones individuales ante los órganos de control interamericanos por violación de los DESC. Sin

⁴⁶ CIDH, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68.doc.8 rev.1, de 26 de setiembre de 1986.

⁴⁷ En el Protocolo se les denomina "minusválidos".

embargo, como se ha señalado, esta competencia de examen de denuncias individuales no es absoluta, sino que únicamente puede interponerse en relación con el derecho asociación y libertad sindical (artículo 8.a) y el derecho a la educación (artículo 13).⁴⁸ Al respecto, Salvioli sostiene que, aún con sus limitaciones, el PSS ha venido a superar progresivamente aquella distinción tajante que se efectuaba con relación a los mecanismos de protección previstos para los derechos civiles y políticos de un lado y los DESC de otro, permitiéndose la posibilidad de utilizar para algunos DESC, los mecanismos de peticiones individuales que inicialmente estaban previstos para los derechos civiles y políticos.⁴⁹

Para otro sector de la doctrina, el Protocolo de San Salvador, al tratar de llenar el vacío dejado por la Convención Americana, habría terminado contribuyendo a la tesis de la restricción de mecanismos de judiciabilidad en torno a estos derechos (al margen de lo que un posterior desarrollo jurisprudencial haya podido hacer por superar dicha restricción normativa). Por lo tanto, como señala Faúndez, el aporte del Protocolo de San Salvador ha sido insuficiente e inadecuado, ya que al restringir las posibilidades de presentar peticiones individuales sólo con relación a los derechos a la educación y libertad sindical, se estaría produciendo un retroceso respecto de lo que ya se había logrado en el propio texto de la Convención Americana con el artículo 26.⁵⁰ Así las cosas, si no existiera el PSS, tal vez sería posible argumentar que los órganos de control interamericanos están habilitados para conocer denuncias sobre violaciones de cualquier derecho humano, incluidos todos los DESC consagrados en el Protocolo de San Salvador. No obstante, al haber un protocolo adicional a la Convención Americana (que es la que regula de manera general la competencia de estos órganos), que explícitamente restringe estas competencias a sólo dos derechos del grupo de los DESC, las posibilidades para utilizar mecanismos contenciosos directos ante

⁴⁸ Artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

⁴⁹ SALVIOLI, Fabián, "El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", en *Trigésimo Cuarta Sesión de Enseñanza del 30 de junio al 25 de julio de 2003. Material de Enseñanza*,. Estrasburgo, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Volumen I, 2003, p. 414.

⁵⁰ FAÚNDEZ, Héctor. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". Op. Cit, pág. 73 y 74.

la violación de cualquier DESC contenido en dicho Protocolo han quedado desechadas a nivel normativo. Así lo ha dejado en claro la Comisión Interamericana en abundante y reiterada jurisprudencia, al señalar lo siguiente:

(...) el artículo 19.6 de dicho tratado [Protocolo de San Salvador] consagra una cláusula limitada de competencia para que los órganos del Sistema Interamericano puedan conocer peticiones individuales relacionadas con los derechos consagrados en los artículos 8 a) y 13 (...).⁵¹

No obstante, una tercera línea argumentativa considera que el que el Protocolo de San Salvador restrinja expresamente el derecho de petición individual a las libertades sindicales y al derecho a la educación, no es razón suficiente para descartar su utilización como herramienta para el litigio. Así, sería el artículo 44 de la Convención Americana (que establece la posibilidad de presentar denuncias individuales) el que estaría habilitando el trámite de denuncias por los derechos reconocidos en el artículo 26 por aquellas normas a las que éste artículo hace referencia (todas ellas recogidas en el Protocolo). Asimismo, señalan los simpatizantes con esta tesis, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 29.a) de la Convención Americana, en el sentido de que ninguna de las disposiciones de este tratado (incluso el artículo 44) puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.⁵²

Sin perjuicio de lo anterior, hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado sobre la violación de los derechos de asociación y libertad sindical. Si bien en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,⁵³ *Huilca Tecse vs. Perú*,⁵⁴ *Cantoral Huamaní y otros vs. Perú*,⁵⁵ y *Kawas Fernández vs. Honduras*,⁵⁶ la Corte examinó la

⁵¹ CIDH, *Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras*, Informe No. 38/09, Caso 12.670, parágrafo 69.

⁵² Al respecto ver IIDH, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2008.

⁵³ Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001.

⁵⁴ Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*, de 3 de marzo de 2005.

⁵⁵ Corte IDH, *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, de 10 de julio de 2007.

libertad de asociación en relación con la libertad sindical, no pudo ampararse en lo previsto por el artículo 8 del Protocolo de San Salvador, en tanto en el primer caso, al momento en que ocurrieron los hechos, Panamá no había ratificado dicha norma, y en los demás casos sólo se alegó la violación del artículo 16 de la Convención Americana (libertad de asociación), mas no el artículo 8 del Protocolo de San Salvador. Por otro lado, en relación con el derecho a la educación, la Corte se ha referido a éste de manera indirecta, en el caso Instituto de *Reducción del Menor vs. Paraguay*⁵⁷ y en el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*⁵⁸, pero sin declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la educación. De manera más reciente, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, a pesar de que se alegó la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador (entre otros artículos), la Corte no se pronunció sobre este.⁵⁹

En razón de lo expuesto se puede concluir que a nivel normativo los DESC han transitado desde la primera enunciación en documentos declarativos junto con los derechos civiles y políticos, a la política separación en los instrumentos vinculantes que restringen las posibilidades de su judicialización, todo ello en virtud de la voluntad soberana de los Estados. Las razones para dicha opción legislativa han quedado plasmadas en las reseñas de los debates aquí esbozadas.

⁵⁶ Corte IDH, *Kawas Fernández Vs. Honduras*, de 3 de abril de 2009.

⁵⁷ Corte IDH, *"Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004.

⁵⁸ Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005.

⁵⁹ Corte IDH, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, parágrafo 5.

3. LA LECTURA SOCIAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: UN PUNTO DE ENCUENTRO CON LOS DESC QUE APUNTA A LA AFIRMACIÓN PRÁCTICA DE LA INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo a la normativa del sistema interamericano⁶⁰, la Corte interamericana no tiene competencia directa para conocer la violación de los DESC contenidos en la Declaración Americana ni en el Protocolo de San Salvador, salvo los casos de los derechos a la educación y libertad sindical ya antes mencionados. No obstante, en la práctica no se ha cerrado la puerta de entrada a los DESC sino que, por el contrario, se ha generado una serie de pronunciamientos que configuran una línea jurisprudencial en el tema. En efecto, la Corte interamericana ha implementado una verdadera interpretación “social” de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana que sirve tanto para dotarlos de contenido, como para responder a una serie de demandas individuales en que están inmersos los DESC. De este modo, se ha generado a este nivel una jurisprudencia sostenida que abunda en esa alianza y que ha servido no sólo para evitar los límites materiales que la Convención Americana le establece, sino también como una forma de dar respuesta a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.

⁶⁰ En relación a la competencia de la Corte, el artículo 62.3 de la Convención Americana dispone que:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Mientras que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador señala que:

En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Debe notarse que la técnica usada por la Corte no le es exclusiva. En efecto, en el marco del sistema universal uno de los casos que marcó la pauta sobre la posibilidad fue el asunto *Zwaan de Vries vs. Países Bajos*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos el 9 de abril de 1987. Igualmente, la Corte Europea no se ha limitado a proteger únicamente los pocos DESC contenidos en la Convención Europea, sino que igualmente ha realizado una interpretación social de los derechos civiles y políticos para proteger los DESC. En el caso *López Ostra vs. España*, por ejemplo, el Tribunal se valió del derecho a la familia (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) frente a un caso en el cual la contaminación ambiental producida por una planta que desechaba desperdicios había producido consecuencias perjudiciales para la salud de miembros de su familia.⁶¹

3.1. Artículo 4. El derecho a una vida digna

Una de las contribuciones más interesantes e importantes que ha realizado la Corte a través de su jurisprudencia de los últimos años es la relativa al concepto de vida digna. De acuerdo a Melish, la idea detrás de esta comprensión del derecho a la vida tiene su primera aparición expresa en la sentencia de reparaciones dada por la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*,⁶² en la que se refiere a la frustración del proyecto de vida de la víctima como consecuencia de la violación a sus derechos fundamentales. De este modo, la fundamentación que subyace se encuentra en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.⁶³ Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado la noción de vida digna, en casos como *Pretty vs. The United Kingdom* en que consideró que este derecho supone la obligación positiva de

⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Lopez Ostra vs. Spain*, de 9 de diciembre de 1994. Véase también *Guerra and others vs. Italy*, de 19 de febrero de 1998. Citados por: KOCH, Ida Elizabeth. "Economic, social and cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, n° 4, 2006, p.408.

⁶² Corte IDH, *Loayza Tamayo Vs. Perú*, de 27 de noviembre de 1998, párrafo 148.

⁶³ Al respecto, véase MELISH, Tara, "The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity", en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, New York, Cambridge, 2008.

generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna.^{64 65}

Este derecho se inserta en la afirmación de que el derecho a la vida no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).⁶⁶ Esto último supone una ampliación al menos en dos sentidos. Uno primero, que podríamos denominar *vertical*, lleva a que el derecho a la vida implica el ejercicio de una serie de derechos tales como el derecho a la salud, educación, identidad cultural, entre otros, sin los cuales no es posible gozar de una vida armoniosa con el principio de dignidad inherente del ser humano, vale decir, con el derecho a una vida digna. Por otro lado, el contenido material del derecho a la vida también se expande de una manera *horizontal* cuando comprende, con todas sus especificidades, a grupos particulares como las personas que viven con discapacidad, grupos indígenas, niños, migrantes, personas privadas de libertad, entre otros. El resultado, es la afirmación de un derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna,⁶⁷ lo que la Corte se ha encargado de definir a través de

⁶⁴ TEDH, *Pretty vs. The United Kingdom*, de 29 de abril de 2002.

⁶⁵ En la jurisprudencia de tribunales internos, como la Corte Constitucional de Colombia, también se encuentra la utilización del concepto de vida digna. Este tribunal, en el caso Manuel José Cepeda Espinosa, sostuvo que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán quiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.” Corte Constitucional de Colombia, Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-772 de 2003.

⁶⁶ Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *Vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999, parágrafo 139. Esta sentencia constituye una de las decisiones más relevantes de la Corte en relación con los DESC, porque integra por primera vez elementos de otros sistemas y de su propia reflexión, para ampliar la noción de los derechos civiles y políticos aplicables, e incluir en ella elementos propios de los derechos económicos y sociales.

⁶⁷ Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *Vs. Guatemala*. Óp.cit., parágrafo 144.

casos concretos en razón de las circunstancias *de facto*, pero también considerando a los titulares de los derechos directamente concernidos.

La comprensión del derecho a la vida como una vida digna, como afirman los profesores Cançado y Abreu, “conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los DESC, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”⁶⁸. La jurisprudencia de la Corte ha construido, por tanto, un derecho a la vida en clave social que tiene manifestaciones concretas en función del titular del derecho, pero que al hacerlo expande el contenido material del derecho a la vida para todos los que, de manera general, detentamos ese derecho.

3.1.1. El derecho a la vida digna de los niños incluye el derecho a la educación y la salud

En el caso de los niños el derecho a la vida incluye “el deber del Estado de realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a los DESC y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”⁶⁹ y, en concreto, “de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”.⁷⁰ Adicionalmente, la propia Opinión Consultiva No. 17/02 señala que:

86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

⁶⁸ Voto razonado concurrente de los Jueces Augusto Cançado Trindade y Aurelio Abreu Burelli en las sentencia “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, parágrafo 4.

⁶⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*, parágrafo 81.

⁷⁰ Ídem. parágrafo 84.

Estas obligaciones se tornan todavía más imperiosas cuando se trata de menores en situación de reclusión frente a los cuales el estado tiene una posición especial de garante por encontrarse estos bajo su custodia o cuidado.⁷¹ En el caso del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, la Corte afirma contundentemente que “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”.⁷² Esto además, debe ser leído junto con la necesidad, ya señalada por el Comité de los Derechos del Niño, de garantizar el desarrollo del niño, lo cual abarca el aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.⁷³

Precisamente, en el caso del *Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay* se verificó que, a pesar de que existía un programa educativo, éste era “deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados” lo que, aunado a las condiciones de detención,⁷⁴ llevó a la Corte a concluir que:

[E]l Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante en esta relación especial de sujeción Estado – adulto/niño privado de libertad, al no haber tomado las medidas positivas necesarias y suficientes para

⁷¹ Respecto a esta posición especial de garante del estado frente a las personas privadas de libertad, véase: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, de 8 de julio de 2004, párrafo 98 y Caso Bulacio Vs. Argentina, de 18 de Septiembre de 2003, párrafo 138.

⁷² Corte IDH, “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. *Paraguay*. Óp.cit., párrafo 161. Asimismo, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*. Óp.cit., párrafos 80-81, 84, y 86-88; Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villaqrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala*, Óp.cit., párr. 196; y la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985. Citados por: Corte IDH, “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. *Paraguay*. Óp.cit., párrafo 161.

⁷³ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Observación General No. 5, 2003, párrafo 12.

⁷⁴ Se constató que el Instituto no contaba con una infraestructura adecuada para albergar a los internos, que había una sobrepoblación carcelaria y, consecuentemente, éstos se encontraban en una situación de hacinamiento permanente. Estaban reclusos en celdas insalubres, con escasas instalaciones higiénicas y muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, lo cual los obligaba a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir las pocas camas y colchones. Corte IDH, “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. *Paraguay*. Óp.cit., párrafos 134.9 y 134.10.

garantizarles condiciones de vida digna a todos los internos y tomar las medidas especiales que se requerían para los niños. Más aun, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida, configurándose de este modo una violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leídos también a la luz del artículo 19 de la misma Convención.⁷⁵ (La cursiva es nuestra).

De manera más reciente, en el caso Contreras y otros vs. El Salvador, la Corte ha construido el vínculo entre la afectación del derecho a la vida producto de la desaparición forzada de niños y los DESC. Así, ha señalado que la sustracción de menores, además de poner en riesgo su vida biológica (violación de la obligación negativa), afecta también el desarrollo de los niños y niñas, este último entendido de una manera amplia abarcando aquellos aspectos relacionados con lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.⁷⁶

3.1.2. La vida digna de las personas migrantes incluye el disfrute de los derechos laborales

La jurisprudencia de la Corte Interamericana participa activamente del desarrollo de normas, principios y estándares relativos a la situación jurídica de los extranjeros en situación irregular. Dos factores influyen decididamente en este proceso. Uno primero es que la gran mayoría de los estados de Latinoamérica y el Caribe constituyen, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, importantes lugares de emigración, cuyo destino principal son países del norte, como Estados Unidos y

⁷⁵ Ídem. párrafos 165-174.

⁷⁶ Corte IDH, *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011, párrafo 90.

Europa.⁷⁷ Este fenómeno genera una conciencia y necesidad social de resguardar sus derechos.

En segundo lugar, la Corte y su jurisprudencia se han distinguido por afirmar la existencia de un acervo humanitario -un *corpus iuris*, en sus propios términos- que busca acercar el desarrollo de los derechos humanos con los aspectos tradicionales de la soberanía estatal, modelando su comprensión y alcances. En este sentido, la Corte Interamericana contribuye a internacionalizar y *humanizar* el régimen jurídico⁷⁸, tradicionalmente estatal, de los migrantes en el Derecho internacional contemporáneo.

La Opinión Consultiva No. 18/03, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes, realiza varios aportes fundamentales que, para efectos de este estudio, se centran en dos ejes interpretativos: de un lado, relacionar el ejercicio de derechos laborales como una condición esencial para el acceso a condiciones de vida digna y, de otro, enfatizar la separación que existe entre estatus migratorio y ejercicio de derechos, es decir, que las personas son titulares de derechos independientemente de su situación migratoria.

En este sentido, y dada la situación particular de las personas migrantes, los derechos laborales -contemplados en los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador; artículo XIV de la Declaración Americana; artículos 25, 26 y 27 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares⁷⁹; entre otros- conforman el ámbito material del derecho a la vida digna, inherente a todo ser humano. En efecto, la Corte afirma que “el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna”, por lo que, “los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral

⁷⁷ Véase al respecto CASTLES, Stephen y MYLLER, Mark J., “La migración a los países altamente desarrollados a partir de 1945”, en *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa, 2004, pp. 89-119.

⁷⁸ Utilizamos este término en el sentido dado por Carrillo Salcedo en su obra anteriormente citada. Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Óp.cit.*, pp. 13-14.

⁷⁹ Adoptada el 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003. Cuenta al momento con 42 estados partes. Destaca que, prácticamente la totalidad de estos, son países emisores de personas migrantes, sin embargo los principales países de destino de migrantes no han ratificado la Convención.

en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno”.⁸⁰ Esta afirmación se condice con la visión contemporánea de los derechos laborales que forman parte del patrimonio jurídico esencial para la consecución de las “aptitudes, habilidades y potencialidades (...) en aras de alcanzar un desarrollo integral como ser humano.”⁸¹

3.1.3. La vida digna de los pueblos indígenas

La jurisprudencia de la Corte se muestra plenamente consciente de las múltiples dificultades que atraviesan los pueblos indígenas en nuestro continente. De hecho, temas como miseria extrema, malnutrición, falta de acceso a la tierra y recursos naturales (como el agua), entre otros, son factores que influyen en una lectura social de todos sus derechos. En el caso específico del derecho a la vida digna, la Corte ha enfatizado nuevamente la vinculación intensa entre alimentación, salud, vivienda y educación con el pleno ejercicio del derecho a una vida digna. De esta forma, en casos como el de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

161. (...) El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

162. Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento (supra párr. 50.97). A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso (supra párrs. 50.98 y 50.99), las especiales deficiencias en la educación que reciben los

⁸⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, parágrafo 158.

⁸¹ *Ibíd.*

niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad.⁸²

Cabe destacarse la alusión especial que hace la Corte al tema de la salud y las condiciones para la salud en el contexto específico del derecho a la vida de las comunidades indígenas, pues la Corte enfatiza que la alimentación y acceso al agua limpia se encuentran íntimamente vinculados al derecho a la salud y éste, a su vez, resulta requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho a la vida digna (y sana). El acceso a la salud debe ser, además, física y económicamente posible para ser real y, sobre todo, para garantizar también el ejercicio de otros derechos humanos como a la educación o a la propia identidad cultural.

Asimismo, la Corte reconoce el papel de la medicina tradicional de las comunidades y su papel fundamental en la prevención y cura de enfermedades, por lo que, el derecho a la salud requiere también, en este caso específico, la garantía de acceso a las tierras y a la propiedad comunitaria.⁸³ En cualquier caso, la Corte, siguiendo jurisprudencia anterior, reafirma el papel de garante del estado en relación con estos grupos desde el momento en que las autoridades saben o deben saber de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados.⁸⁴ En virtud a ello, una interpretación correcta del artículo 4 de la Convención Americana, nos llevaría a afirmar que el estado tiene obligaciones positivas generales y obligaciones positivas particulares en el caso de grupos vulnerables, en especial cuando se presenta un riesgo inminente y real de violación de derechos.

En el mismo sentido, aunque con menor especificidad que en el caso anterior, en el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, la Corte señaló que la destrucción de los hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico,

⁸² Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Óp.cit., párrafos 161-162.

⁸³ Ídem. párrafo 168.

⁸⁴ Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006, párrafo 155.

causó en los pobladores una pérdida de sus condiciones básicas de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad.⁸⁵ Asimismo, en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* la Corte se ha pronunciado sobre el desplazamiento de comunidades indígenas. Dicho caso se encuentra referido a las ejecuciones masivas, colectivas e indiscriminadas de civiles en el caserío El Mozote, el cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles y Jocote Amarillo, así como en el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz, por parte de la Fuerza Armada de El Salvador con el apoyo de la Fuerza Aérea salvadoreña en el marco de una política de “tierra arrasada” planificada y ejecutada por el Estado. En él la Corte señaló que:

Las víctimas sobrevivientes que fueron desplazadas de su lugar de origen “perdieron los vínculos comunitarios y afectivos de sus raíces identitarias, además de los bienes materiales”, lo que derivó en “cambios forzados en la estructura social, lo cual implic[ó] rupturas, p[é]rdidas, dolor, y mucho sufrimiento”. (...) Consta también que las víctimas sobrevivientes desplazadas han sufrido un impacto más fuerte en su bienestar y salud a consecuencia de “la ruptura completa de la red cultural en el norte de Morazán, de la creación de un estado del *anomia* total y de la destrucción completa de una cultura”.⁸⁶

3.1.4. La vida digna de las personas con discapacidad mental

El caso de *Ximenes Lopez v. Brasil* constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte interamericana al tocar, por vez primera, un supuesto de discapacidad mental en situación de internamiento y por la relación que establece la Corte entre el cuidado de la salud de estas personas y su derecho a la vida digna. Haciéndose eco del desarrollo universal que este tema viene teniendo⁸⁷, la Corte

⁸⁵ Corte IDH, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*, de 20 de noviembre de 2013, parágrafo 352.

⁸⁶ Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, de 25 de octubre de 2012, parágrafo 194.

⁸⁷ Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 46/119 de 17 de diciembre de 1991; Organización Mundial de la Salud. División de Salud

señala la situación de vulnerabilidad particular que acompaña a este grupo de la población cuando se encuentra sometido a un tratamiento de salud, en especial, la situación de internamiento psiquiátrico. Y esto “en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidación que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas”⁸⁸. Un segundo punto fundamental de la sentencia es la afirmación de que los estados tienen “el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental”, lo que se traduce en “asegurar los servicios de salud básicos, la promoción de la salud mental, [la menor restricción posible a] la prestación de servicios de esa naturaleza y la prevención de las discapacidades mentales”.⁸⁹

De otro lado, un caso similar conocido por la Comisión y que resulta muy significativo es el de *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, en el cual el señor Rosario Congo, quien sufría de trastornos mentales, fue recluido en una celda de aislamiento. Como consecuencia de ello, la víctima falleció producto de la deshidratación y desnutrición que sufrió durante los cuarenta días que estuvo recluido. Al respecto, la Comisión señaló que “por su estado mental [el señor Rosario Congo] no se encontraba en condiciones de responsabilizarse por su propio cuidado.”⁹⁰ Asimismo, ante las alegaciones del estado de padecer “obstáculos estructurales que le impiden proveer tratamiento médico y psiquiátrico a las personas bajo custodia”, la Comisión afirmó que

Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, 1996; Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidades, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 48/96, el 20 de diciembre de 1993; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971); y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrafos 95 al 107.

⁸⁸ Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, párrafo 129. Igualmente, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, Óp.cit. artículo 9.4; Comité de DESC. *Las personas con Discapacidad*. Observación General No. 5,1994, párrafo. 9. Citados por: Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. cit.

⁸⁹ Idem. párrafo 128.

⁹⁰ CIDH, *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, Informe No. 63/99, de 13 de abril de 1999, párrafo 73.

este hecho “no lo exime del deber de prestar atención médica a [estas] personas.”⁹¹ En conclusión, la Comisión consideró que el estado no tomó las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que, por su salud mental, se encontraba en estado de indefensión, además de aislado y bajo su custodia, por lo que violó el artículo 4 de la Convención Americana.⁹²

De este modo, la jurisprudencia de la Corte y Comisión intenta paliar uno de los problemas más dolorosos y olvidados en la región, cual es la vida digna de las personas que viven en situación de discapacidad mental que bien puede ser producto de una causa genética como también psicológica, especialmente las derivadas de situaciones de violencia y violación de derechos humanos. Por ello, resulta muy importante afirmar que en el caso de este grupo vulnerable el estado resguarda su derecho a la vida cuando cumple con un deber de cuidar, regular y fiscalizar e investigar la situación de los pacientes. Es decir, al deber general de garante, que se aplica a las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado (como responsable de los establecimientos de detención), se suma un deber particular, que surge con las personas que se encuentran recibiendo atención médica y, el deber especialísimo, cuando se refiere a los pacientes con discapacidad mental. Sin esta triada de obligaciones difícilmente se puede afirmar el cumplimiento del derecho a una vida digna que tienen todos los seres humanos.

3.2. Artículo 5. El derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal y su manifestación punitiva (la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes) tiene, de acuerdo a la Corte, una relación directa con derechos como el derecho a la salud, el cuidado médico durante una situación carcelaria y en particular, la situación de los niños.

⁹¹ Idem. párrafos 76-81.

⁹² Idem. párrafo 84.

3.2.1. El derecho a la salud de las personas en situación carcelaria se inserta dentro del ámbito material de protección del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Desde el caso *Lori Berenson vs. Perú*, con ideas que tienen su origen en pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte ha reafirmado que “la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.⁹³ De esta forma, la Corte ingresa a evaluar las condiciones carcelarias generales que pueden terminar generando una situación contraria al artículo 5 de la Convención Americana. En particular, sostuvo que:

[E]ste Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal⁹⁴.

En virtud a estas consideraciones, y “atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides

⁹³ Se basa en el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos recaído en el asunto *Moriana Hernández Valentini de Bazzano c. Uruguay*, No. 5/1977 del 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10.

⁹⁴ Corte IDH, *Lori Berenson Vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2004. parágrafo 102. Iguualmente, Corte IDH, *Cantoral Benavides Vs. Perú*, de 18 de agosto de 2000, parágrafo 89 y ONU. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.⁹⁵

Adicionalmente, ya en el caso *Tibi v. Ecuador*, la Corte había anunciado que no proporcionarle alimento al detenido durante un día entero, también debía ser entendido como una violación del artículo 5 de la Convención.⁹⁶ La alimentación constituye ciertamente una condición esencial para disfrutar del derecho a la salud.

Esto además se condice con la obligación positiva, surgida del propio artículo 5, a que hace referencia la Corte interamericana en el caso *De la Cruz Flores v. Perú* cuando señala que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal”⁹⁷. De esta forma, la Corte, de manera general relaciona la salud (a través de una serie de condiciones para la salud) y la atención médica como elementos necesarios para comprender los alcances de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En un sentido similar, se pronunció la Comisión Interamericana en el caso *Hernández Lima v. Guatemala*, referido al fallecimiento del peticionario durante su detención a causa del tratamiento médico insuficiente que recibió tras haber sufrido un edema cerebral y un ataque de cólera. De este modo, la Comisión destacó que, en virtud a su posición de garante especial de los detenidos, el estado cometió una omisión que violó el “derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la prohibición de infligir tratos inhumanos, crueles o degradantes, consagrados en el artículo 5 de la Convención Americana.”⁹⁸

⁹⁵ Corte IDH, *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Óp.cit., parágrafo 104.

⁹⁶ Corte IDH, *Tibi Vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, parágrafo 151.

⁹⁷ Corte IDH, *De la Cruz Flores Vs. Perú*, de 18 de noviembre de 2004, parágrafo 132.

⁹⁸ CIDH, *Caso Hernández Lima vs. Guatemala*, Informe 28/96, Caso 11.297, parágrafo 59-61.

Asimismo, aunque sin hablar de manera específica sobre el derecho a la vida, desde el año 2005 en los casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, y de manera posterior en los casos *Vera Vera y otros vs. Ecuador* y *Fleury y otros vs. Haití*, la Corte ha señalado que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, respetando los estándares mínimos internacionales en la materia.⁹⁹ Ello en la medida que al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna¹⁰⁰.

Complementando los pronunciamientos reseñados, en el caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* la Corte precisó que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, y añadió que en dicho caso las condiciones de detención eran contraria a la dignidad humana debido a que:

(...) existían condiciones graves de sobrepoblación y hacinamiento, y la celda no contaba con ventilación ni luz natural. Asimismo, el servicio de agua era inadecuado y al momento de los hechos no contaban con agua corriente. Los internos en dicha celda no recibían la atención médica debida, su alimentación era deficiente y no contaban con áreas para las visitas ni había acceso a programas de recreación y rehabilitación (...).¹⁰¹

Asimismo, haciendo una clara remisión al estándar de vida digna, en los caso *Díaz Peña vs. Venezuela* la Corte, respetco de personas que fueron detenidas en el marco de protestas que se llevaron a cabo en la Plaza Francia de Altamira en Caracas,

⁹⁹ Corte IDH, *Fleury y otros Vs. Haití*, de 23 de noviembre de 2011, parágrafo 83; Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, de 5 de julio de 2006, parágrafo 85; Corte IDH, *Vera Vera y otra Vs. Ecuador*, de 19 de mayo de 2011, parágrafo 42.

¹⁰⁰ Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Op. Cit., parágrafo 87; Corte IDH, *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2005, parágrafo 221; Corte IDH, *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, de 6 de febrero de 2006, parágrafo 95; Corte IDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, de 20 de junio de 2005, parágrafo 118.

¹⁰¹ Corte IDH, *Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*, de 27 de abril de 2012, parágrafo 65.

establece de manera explícita la relación entre el estándar de vida digna de las personas detenidas, la integridad personal y los DESC. La Corte señala:

(D)e conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. En esta línea, la Corte ha considerado que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano.¹⁰²

3.2.2. El caso de los niños sometidos a reclusión en centros de internamiento penitenciario. Salud, educación y derecho a permanecer separados de los adultos

En la situación específica de los niños en condiciones de detención, la Corte Interamericana ha aplicado también este estándar en casos como *Bulacio v. Argentina* de 18 de setiembre de 2003 y *el Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay* de 2 de setiembre de 2004. Aquí la Corte afirma la necesidad de

¹⁰² Corte IDH, *Díaz Peña Vs. Venezuela*, de 26 de junio de 2012, párrafo 135.

conjugar la protección general de las personas en situación carcelaria con el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.¹⁰³ Se alude también a que “los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma en su proyecto de vida”¹⁰⁴.

Presentándose además, como una consecuencia particular, la necesidad de que para “salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”.¹⁰⁵

Resulta también importante destacar el énfasis que hace la Corte en relación a la salud mental y los efectos desfavorables en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal.¹⁰⁶ Igualmente, aunque de manera menos clara que en los casos anteriores, la Corte menciona la necesidad de contar con programas de educación (pues esto se asocia indistintamente con el derecho a una vida digna y con el derecho a la integridad personal).¹⁰⁷

3.2.3. Los tratamientos a las personas con discapacidad mental y el derecho a la integridad personal

Ya se ha mencionado antes el deber especialísimo de cuidado que tiene el estado en relación con las personas que viven con una discapacidad mental y, en el caso específico de la salud y la integridad física y psíquica, la Corte se ocupa de la medida de

¹⁰³ Corte IDH, *Bulacio Vs. Argentina*, Op.cit., parágrafo 136. Asimismo, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*. Op.cit., parágrafo 56.

¹⁰⁴ Corte IDH, *"Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Op.cit., parágrafo 172.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Bulacio Vs. Argentina*. Op.cit., parágrafo 136.

¹⁰⁶ Corte IDH, *"Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Op.cit. parágrafo 168.

¹⁰⁷ Ídem. parágrafo 172.

sujeción que, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, “debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes¹⁰⁸. De tal forma, que debe existir un equilibrio entre el interés del paciente y la necesidad de proteger su integridad psíquica, física o moral.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo ha señalado en el caso *Herczegfalvy v. Austria* que normalmente los pacientes de hospitales psiquiátricos se encuentran en una posición de inferioridad y carencia de poder respecto de quienes están a su cargo. Por tal motivo, ha destacado que debe tenerse especial cuidado en el respeto y garantía del derecho a la integridad de estas personas.¹⁰⁹

3.3. Artículos 8 y 25. La lectura social de la protección y garantías judiciales y el debido proceso

Existe una vasta jurisprudencia sobre el contenido y alcances de estos derechos (conjunta y separadamente) que tiene, para el tema que aquí nos interesa, dos manifestaciones particularmente interesantes. Se refieren a casos en que el asunto de fondo se vincula con, por un lado, la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas y, por otro, los derechos laborales. No se trata ciertamente de que el derecho a la protección y garantías judiciales cambie de contenido en estos supuestos, sino de que adquiera, precisamente por los intereses que están en juego, dimensiones particulares.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. cit., párrafo 134.

¹⁰⁹ TEDH, *Herczegfalvy vs. Austria*, de 24 de septiembre de 1992, párrafo 82.

3.3.1. Acceso a la propiedad de las tierras por parte de pueblos indígenas

La Corte ha enfatizado la necesidad de delimitar, demarcar y proceder a un proceso de titulación de las comunidades indígenas para lo que debe existir un “mecanismo (procesal) efectivo”. De tal manera, que el estado violaría los artículos 8 y 25, en conjunción con el deber de adoptar medidas internas consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana, si no prevé en su ordenamiento jurídico una herramienta procesal que sirva para tal fin. En efecto, los artículos 8 y 25 “obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”¹¹⁰.

De ello la Corte desprende tanto la obligación de contar con un mecanismo procesal, como condiciones específicas de efectividad que tengan en cuenta el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de las propias comunidades.¹¹¹ La necesidad de resguardar los derechos de estas comunidades incluye, por tanto, el acceso a la propiedad pero también, como resulta conforme a Derecho, los mecanismos procesales *ad hoc* para lo que las garantías judiciales deben saber ajustarse a las características particulares de quien detenta el derecho.

3.3.2. Derechos laborales y la protección y garantías judiciales

Al igual que en el caso de la comunidades indígenas, la trascendencia de los derechos en juego, en este caso laborales, - consagrados en el Protocolo de San Salvador y en numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo- marca el ingreso de una mirada social al tema de las garantías judiciales y el debido proceso. En ese sentido, la Corte reafirma la necesidad de que el trabajo, y los derechos que ello implica, tengan acceso a la

¹¹⁰ Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Op.cit., parágrafo 67.

¹¹¹ Corte IDH, *Comunidad Mayaqna (Sumo) Awás Tinqni Vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, parágrafo 138. En el mismo sentido Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, de 24 de agosto de 2010, parágrafo 139 y ss.

justicia y todas las garantías judiciales. Es decir, reafirma el carácter general de estos derechos independientemente de si lo que se reclama es un derecho de tipo civil y político o de carácter económico, social o cultural. Pero además, el bien a protegerse, genera una especial preocupación de la Corte porque, como se afirma en el caso *Baena Ricardo v. Panamá*:

134. No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida.

Esta misma argumentación, hace más perentoria aún la necesidad de que los estados garanticen el cumplimiento de una sentencia nacional. El caso *Acevedo Jaramillo v. Perú* constituye un precedente importante acerca de ejecución de sentencias relativas a derechos sociales, pues se refiere al incumplimiento de órdenes de reposición emitidas por instancias internas desde el año 1996, en virtud al despido arbitrario de trabajadores de la Municipalidad de Lima, las mismas que no habían sido ejecutadas hasta 1999, año en que se presenta la denuncia ante la Comisión. En este asunto, la Corte no aceptó el argumento del estado peruano por el cual la falta de presupuesto suspendía los efectos de la sentencia a favor de las víctimas a reincorporarse a su plaza. En tal sentido, un factor económico –insuficiencias presupuestarias– no puede justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias¹¹², algo que se considera sumamente grave “ya que implic[ó] que durante muchos años se afectar[a]n derechos laborales amparados en las mismas [sentencias]”.¹¹³

Igualmente en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, la Corte analizó otro supuesto violatorio de las garantías judiciales, aunque en esta ocasión se trataba de las dificultades en la fase de admisibilidad de los recursos y el acceso a la justicia. En opinión de la Corte, ese “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar

¹¹² Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Op.cit., parágrafo 225.

¹¹³ Ídem. parágrafo 278.

un acceso real a la justicia” y en particular “el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas”¹¹⁴ (que no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativo o de amparo) se considera especialmente por ser el trabajo la fuente principalísima de acceso a condiciones de vida dignas. En tal sentido, como señaló la Comisión Interamericana en su informe sobre *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos supone:

[Una] obligación para los estados que no es sólo negativa --de no impedir el acceso a esos recursos-- sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.¹¹⁵

De manera más reciente, en los casos de la *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador* y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador* se hace referencia también a la afectación de garantías procesales que terminan en última instancia, afectando la permanencia en el puesto de trabajo de las víctimas. En el caso Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador relativo a la destitución de los magistrados de este órgano, la Corte señaló que la destitución de los magistrados por un órgano que no tenía competencia para ello, mediante la aplicación errónea y arbitraria de una disposición legal y sin ser oídos, vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 23.1.c, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función

¹¹⁴ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Op.cit., párrafo 129.

¹¹⁵ CIDH. *Informe sobre 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.L/V/II.129, doc. 4, de 7 de septiembre de 2007.

judicial.¹¹⁶ De esta manera, el derecho de acceso a la función pública se reinterpreta en el presente caso para darle un contenido social, vinculado a la permanencia en el puesto de trabajo. De manera similar, en el caso del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador*, la Corte señaló que permitir durante más de año y medio la posibilidad de revertir la designación de los miembros de dicho tribunal, es decir, que no caduque en un lapso razonable esta posibilidad de analizar y revertir supuestos vicios formales en una designación de tanta importancia, afecta la garantía de estabilidad en el cargo.¹¹⁷

De esta forma, a los derechos laborales también se les aplican las garantías judiciales y el debido proceso (conclusión que puede fácilmente extraerse de los propios artículos de la Convención) y los intereses laborales son vistos como prioritarios al momento de evaluar la posible vulneración de los artículos 8 y 25 (aporte social a la lectura de tales normas). En todos los casos, sin embargo, razones de tipo económico y social no pueden justificar el incumplimiento de sentencias, extremo que forma parte de las garantías judiciales básicas en el marco de un Estado de Derecho.

3.4. Artículo 9. Principio de legalidad y retroactividad

La Corte interamericana hace uso de este principio fundamental para, de un lado, plantear su aplicación para poner fin a la relación laboral y, de otro, para señalar que se debería tener en cuenta la norma más favorable al trabajador y las consecuencias de no hacerlo.

En efecto, en el caso *Baena Ricardo (270 trabajadores) v. Panamá*, la Corte debe hacer frente a una demanda por el despido de trabajadores estatales por causas no existentes al momento de comisión de los hechos (participar en un paro nacional lo cual era visto como atentatorio de la democracia y el orden constitucional) “pese a que esta normativa (la que se les aplicaba temporalmente)

¹¹⁶ Corte IDH, *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, de 23 de agosto de 2013, parágrafo 180.

¹¹⁷ Corte IDH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, de 28 de agosto de 2013, parágrafo 179.

beneficiaba más a los trabajadores estatales”.¹¹⁸ Esta última afirmación entra en diálogo con principios protectores del derecho del trabajo que también se ven como aplicables para evaluar el principio de legalidad y retroactividad consagrado en la Convención Americana. Considera que esto se justifica en el carácter indivisible de todos los derechos humanos incluso en aspectos tradicionalmente considerados ajenos a tal visión.

3.5. Artículo 16. Libertad de asociación y libertad sindical

La jurisprudencia de la Corte afirma el vínculo indisociable entre la libertad de asociación de la Convención americana (del grupo de los derechos civiles y políticos) con la libertad sindical (de claro contenido laboral). En efecto, en el caso Baena, la Corte entiende que la libertad de asociación debe ser analizada en relación con la libertad sindical pues:

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos.

Esto último apunta a una lectura de derechos interdependientes e indivisibles que producen sinergia para el mejor resguardo de los derechos humanos en general. Unión conceptual que también se refleja en la utilización, por parte de la Corte, de mecanismos propios de los derechos laborales como son las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.¹¹⁹ Asimismo, en el caso Huilca Tecse v. Perú, la Corte entiende que la ejecución extrajudicial de un dirigente sindical viola no sólo su

¹¹⁸ Corte IDH, *Baena Ricardo (270 trabajadores) Vs. Panamá*. Op.cit., párrafo 113.

¹¹⁹ Ídem. párrafo 171. Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales.

derecho a la vida, sino también la libertad de asociación en su manifestación social, es decir, la libertad sindical. Esto último porque “el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho”.¹²⁰

En el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v. Perú*, otro supuesto de ejecución extrajudicial de dirigentes sindicales, la Corte entiende que la libertad de asociación, en su manifestación de libertad sindical, implica obligaciones negativas y positivas de prevenir los atentados contra tal libertad y proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad¹²¹. La Corte nuevamente recurre al Comité de Libertad Sindical de la OIT para reafirmar que “los derechos sindicales no pueden ser ejercidos en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia sindical caracterizadas, *inter alia*, por ejecuciones extrajudiciales”.¹²²

La libertad de asociación es, por la reiterada jurisprudencia de la Corte, un ejemplo claro de la necesidad -y también ventajas- de realizar una lectura social de los derechos civiles y políticos que utilice tanto los contenidos de los DESC como los procedimientos creados para resguardarlos. Ciertamente, la ejecución de dirigentes sindicales no sería correctamente apreciada si no se evalúan también las consecuencias que estas muertes tenían en el movimiento sindical peruano en el contexto determinado del régimen de Alberto Fujimori.

¹²⁰ Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*. Op.cit., párrafo 78.

¹²¹ Corte IDH, *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Op.cit., párrafo 144.

¹²² Ídem. párrafo 145.

3.6. Artículo 20. La nacionalidad de los niños y sus consecuencias en la educación primaria gratuita a la que tienen derecho

Ciertamente, el derecho a acceder a una educación primaria gratuita no es un derecho que se encuentre condicionado a la ostentación de determinada nacionalidad. No obstante, lo que la Corte enfatiza es que la falta de nacionalidad generaba, en el caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, una situación de extrema vulnerabilidad por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas que le impidió (en el caso de la niña Violeta Bosico) estudiar en una escuela por no contar con el acta de nacimiento¹²³. Pero no se trata solamente del acceso a la educación, sino también –señala la Corte- la obligación del Estado “de proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.¹²⁴ Esto último no se lograba en el contexto de una escuela nocturna donde la niña debía estudiar con mayores de 18 años.

Cabe destacarse que la utilización del derecho a la educación se hace por la alegación del artículo 26 de la propia Convención americana y no por el artículo 20 sobre nacionalidad que aquí comentamos, pero lo que sí parece reflejo de una lectura integrada es el rechazo a la instrumentalización de un derecho civil para poder acceder a un derecho de naturaleza social (la educación).

3.7. El artículo 21 y el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, su lectura social y el derecho a la seguridad social

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y la utilización que estos mismos han hecho del derecho liberal por excelencia, merecen una mención y desarrollo metódico que se hace en otro volumen de esta misma publicación por lo que el análisis se remite a esa parte del trabajo. No obstante, cabe señalarse aquí que los casos en que la Corte se ha referido a este

¹²³ Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Óp.cit., parágrafo 175.

¹²⁴ Ídem. parágrafo 185.

tema como el de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, *Comunidad Moiwana v. Suriname*, *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay*, *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* y *Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname*¹²⁵, tocan uno de los aspectos más importantes y postergados del desarrollo jurídico en la región, cual es el régimen del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

La jurisprudencia ha intentado llenar los enormes vacíos derivadas de la ausencia de una norma especializada en América Latina, pero también –como en el caso de la desaparición forzada de personas– intenta erigirse como un motor de la actividad normativa de los estados y los órganos internacionales encargados de apoyar ese proceso. La Corte asume un papel de liderazgo cuasi normativo que si bien no puede generar una norma en sí misma, sí hace uso de los derechos ya previstos en la Convención para dotar de protección a las comunidades que recurren a su jurisdicción directamente, como al resto de comunidades de manera indirecta por la acción jurisprudencial de los propios estados. En este sentido, se busca un efecto reflejo que impulse a la jurisprudencia estatal para proteger a estos grupos particularmente vulnerables.

No obstante, hay dos líneas jurisprudenciales adicionales que merecen destacarse. De un lado, los efectos devastadores de la falta de propiedad como consecuencia de un contexto de violencia generalizada, como se manifestó en el caso de *Masacres de Ituango v. Colombia*, y, de otro, el derecho de propiedad sobre la pensión de cesantía en el contexto de la regulación laboral.

En efecto, en el primero de los casos mencionados, la Corte expresa que el robo, por parte de los paramilitares, de 1200 cabezas de ganado a los civiles de una población llamada El Aro, rompe una forma de vida en que “las características del corregimiento y de las actividades cotidianas de sus habitantes (hace que se desprenda) una estrecha vinculación entre éstos y el ganado, dado que el principal medio de subsistencia para esa

¹²⁵ Cabe señalar que el Pueblo Saramaka no es considerado, en estricto, un pueblo indígena, pues “fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam”. De este modo, entendiéndolo un pueblo tribal con elementos sociales, culturales y económicos particulares, la Corte consideró que requieren medidas de protección especiales, a semejanza de un pueblo indígena.

población consistía en el cultivo de la tierra y la crianza del ganado. En efecto, el daño sufrido por las personas que perdieron su ganado, del cual derivaban su sustento, es de especial magnitud. Más allá de la pérdida de su principal fuente de ingresos y de alimento, la manera en la que el ganado fue sustraído con la colaboración explícita e implícita por parte de miembros del Ejército, elevó el sentimiento de impotencia y vulnerabilidad de los pobladores".¹²⁶ Con algunas ideas que también parecen provenir de las normas del Derecho internacional humanitario aplicable a la situación colombiana, la Corte enfatiza el derecho de propiedad de bienes que son indispensables para la supervivencia de la población civil. Esto no sólo refleja la relación que existe con este cuerpo normativo ad hoc, sino sobre todo los efectos económicos y sociales de la privación de propiedad en el contexto específico de la población civil en zona de conflicto. En este sentido, se evalúan las consecuencias económicas y sociales que tal hecho genera para afirmar un derecho de la propiedad que debe ser resguardado por tratarse de personas que tienen en esos bienes la única forma de sobrevivir.

Finalmente, un supuesto particularmente interesante se refiere al tema de las pensiones y la seguridad social y, en concreto, del caso Cinco pensionista v. Perú. La Corte es categórica al afirmar que:

102. (...) [E]l artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley Nº 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

Por lo que:

121. La Corte constata (...) que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas (*infra* Capítulo VIII), violó el

¹²⁶ Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, de 1 de julio de 2006, párrafo 178.

derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención (...) en cuanto fueron conculcados los derechos reconocidos en dichas sentencias.

De esta forma, las pensiones son objeto de protección a través del derecho de propiedad de la Convención dándose cabida a un claro derecho de tipo económico y social consagrado en el Protocolo de San Salvador. Frente a esto, no cabe, como intentó el Estado peruano, afirmar la falta de competencia de la Corte porque el derecho de los pensionistas se subsume en el ámbito de aplicación material del derecho de propiedad. Tampoco la Corte admite la posibilidad de imponer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC (artículo 5 del Protocolo de San Salvador) en este caso por no cumplirse “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Con lo que la Corte no sólo analiza la lógica de la limitación de los derechos sociales, sino que pone una segunda barrera a tal posibilidad de restricción, al afirmar que “si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”¹²⁷.

3.8. Artículo 24. La igualdad ante la ley en lectura social

3.8.1. Las exigencias de igualdad de los migrantes indocumentados

La Corte interamericana ha afirmado la obligación de los estados de proteger los derechos laborales de los migrantes indocumentados. En efecto, en la Opinión Consultiva No. 18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados afirma que los Estados “tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula,

¹²⁷ Corte IDH, *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Op.cit., parágrafo 116.

derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna”¹²⁸.

Adicionalmente, comprende, dentro del ámbito personal de esta obligación, a terceros particulares -que suelen ser los empleadores directos- señalando la eventual responsabilidad internacional que se generaría para el estado “cuando tolera acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación”

Con esto, la Corte impone una obligación positiva para el estado que se justifica también por la particular situación de los migrantes indocumentados y la necesidad de acceder a los derechos laborales como forma de desarrollar un proyecto de vida digna, pero también de ejercer, en un plano de igualdad con el resto de la población, derechos de tipo laboral. Precisamente esta lectura del principio de igualdad ante la ley faculta a la Corte a afirmar “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.”¹²⁹ ¹³⁰

3.8.2. La igualdad de género y derechos laborales

En el año 2001 la Comisión Interamericana conoció el caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala* en el que se alegó que diversas disposiciones internas definían el papel de cada cónyuge en el matrimonio, estableciendo distinciones entre hombres y mujeres que resultaban discriminatorias. En concreto, se indicó que se confería al marido la representación y la

¹²⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*. Óp.cit., párrafo 153.

¹²⁹ Ídem. párrafo 160.

¹³⁰ Para un estudio acerca de las implicancias del derecho a la igualdad de las personas migrantes, véase CHOLEWINSKI, Ryszard. “The human and labor rights of migrants: visions of equality”. *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 22, nº 2, 2008.

administración del patrimonio conyugal; mientras que la esposa tenía “el derecho y la obligación” especial de cuidar de los hijos menores y del hogar. Igualmente, se establecía que una mujer casada “sólo puede ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudique sus funciones de madre y ama de casa” y que además si el marido tenía razones justificadas, podía oponerse a la mujer realice fuera del hogar. Al respecto, la Comisión consideró que las distinciones basadas en el género establecidas en los artículos impugnados no pueden justificarse y contravienen el derecho a la igualdad. Con ello, tuteló el goce igualitario de los derechos laborales de las mujeres.¹³¹

De modo similar, encontramos en la Comisión el caso *Mónica Carabantes Galleguillos Vs. Chile*, en el que se alegó la desigualdad en el goce del derecho a la educación por motivos de género, en virtud a “la negativa de los tribunales de dicho país a sancionar la injerencia abusiva en la vida privada de Mónica Carabantes Galleguillos, quien reclamó judicialmente la decisión del colegio privado que la expulsó por haber quedado embarazada.”¹³² Si bien este asunto culminó mediante un acuerdo de solución amistosa, es importante destacar que en la propuesta del estado está implícito el reconocimiento de que los hechos del caso constituyen una afectación al derecho de igualdad de la peticionaria. Cabe notar además que en esta ocasión, como en varias otras, el proceso ante la Comisión propició encuentros entre las partes, favorecidos por el esfuerzo que ésta realiza para la concreción de acuerdos de solución amistosa que permiten dar respuesta efectiva a la afectación de derechos sociales.

4. CONCLUSIONES

En el marco del sistema interamericano, -al igual que en el universal y los demás regionales- el diseño de la normativa y los mecanismos de protección en materia de DESC no se ha desarrollado de modo tal que garanticen *per se* completa y

¹³¹ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, Informe de fondo N° 4/01, de 19 de enero de 2001, parágrafo 39.

¹³² CIDH, *Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, Petición 12.046, Informe de solución amistosa N° 32/02, de 12 de marzo de 2002, parágrafo. 1.

uniformemente el resguardo de estos derechos. No obstante, ello no ha impedido que los DESC sean –aunque indirectamente– tutelados por los órganos de protección de derechos humanos del sistema. Ciertamente, la Corte y Comisión Interamericanas han utilizado una lectura “social” de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana para evitar sus límites materiales y responder a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.

A partir de ello, el derecho a la vida se ha ampliado para entenderse como vida digna e incluir, de este modo, el derecho a la educación y la salud de los niños y niñas, los derechos laborales de las personas migrantes, el acceso a la tierra y recursos naturales de los pueblos indígenas y el cuidado especial que merecen las personas con discapacidad mental. Asimismo, una interpretación social del derecho a la integridad personal ha permitido proteger el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, a lo que se suma el derecho a la educación cuando se trata de niños reclusos. De otro lado, la protección y garantías judiciales, requieren procesos y recursos que tengan en cuenta el derecho consuetudinario, valores y usos de las comunidades indígenas e igualmente, exige la ejecución de sentencias de carácter laboral, sin constituir las insuficiencias presupuestarias motivo válido para excluirse de su cumplimiento. Por último, esta estrategia de la Corte ha dado como resultado que el principio de legalidad y retroactividad permita proteger contra despidos arbitrarios; que la libertad sindical sea tutelada como manifestación de la libertad de asociación; que el derecho a la educación de niños y niñas se garantice con independencia de su nacionalidad; y que se asegure la igualdad de condiciones en el goce de derechos laborales de las mujeres y de las personas migrantes, sean éstos documentados o no.

Son estos entonces los estándares fijados por la Corte y la Comisión en la materia hasta el momento. Es justo mencionar que esta estrategia de ampliación de los derechos civiles y políticos presenta ciertas limitaciones, pues la Corte solo puede moverse dentro del universo de casos que llegan a su conocimiento. A pesar de no ser quizás el escenario ideal, la protección que permite

brindar es innegable. En cualquier caso, resulta de suma importancia verificar que la línea jurisprudencial utilizada por la Corte interamericana propone una visión integral de todos los derechos humanos que influye –y debe influir– en la actividad estatal. En efecto, la finalidad última del sistema interamericano no es únicamente responder *ex post* a los casos de violaciones concretas, sino que de lo que se trata es de construir un sistema de derechos que pueda ser aplicado en todo momento por los estados, de una manera general y preventiva. En este sentido, creemos que el mensaje de la Corte es claro al indicar a los estados que la lectura contemporánea de los derechos contenidos en la Convención debe incluir necesariamente los aspectos sociales de los mismos, máxime en un continente donde los niveles de pobreza y la falta de acceso a los servicios básicos demandan permanentemente la visibilidad de los DESC.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ASBJØRN, E. (ed.), *Economic, social and cultural rights, Segunda edición*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1994.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Segunda edición, Madrid, Tecnos, 2001.
- CASTLES, S. y MYLLER, M. J., “La migración a los países altamente desarrollados a partir de 1945”, en *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa. 2004.
- CHOLEWINSKI, R., “The human and labor rights of migrants: visions of equality”. *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 22, nº 2, 2008.
- CHURCHILL, R. y KHALIQ, U., “The collective complaints system of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights?”, *European Journal of International Law*, vol. 15, nº 3, 2004.
- CRAVEN, M., “Economic, Social and Cultural Rights”, en *The Inter-American System of Human Rights*, New York, Clarendon, 1998.

- DE ROUX, C. V., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Volumen II, 2001.
- DRZEWICKI, K., "Internationalization of human rights and their juridization", en HANSKI, R. y SUKSI, M. (eds.), *An introduction to the international protection of human rights*, Segunda edición, Turku/Abo, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2000.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H., "Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en VOLIO, L. G. (coord.), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, San José de Costa Rica, Editorama, 2004.
- IIDH, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2008.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tercera edición, Madrid, Dilex, 2007.
- KOCH, I. E., "Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, nº 4, 2006.
- MELISH, Tara, "The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity", en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, New York, Cambridge, 2008.
- MUTUA, M., "The African Human Rights System. A Critical Evaluation". Disponible en:
http://hdr.undp.org/docs/publications/background_papers/MUTUA.PDF#search=%22african%20system%20of%20human%20rights%22>
- NIETO-NATVIA, R., *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1993.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CINCA, 2008.
- ROSAS, A. y SCHEININ, M., "Categories and beneficiaries of human rights", En: HANSKI, R. y SUKSI, M. (eds.), *An introduction to the international protection of human rights*, Segunda edición,

- Turku/Abo, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2000.
- ROSSI, J. y ABRAMOVICH, V., "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudio Socio-jurídico*, vol. 9, nº 1, 2007.
- SALMÓN, E., "Derechos Humanos en América Latina. Comentarios a la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos", *Revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, nº 1, IV época, 1994.
- SALMÓN, E., "Los aportes del Derecho internacional de los derechos humanos", en SALMÓN, E. (coord.), *Miradas que construyen: perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Lima, Idehpucp / PUCP, 2006.
- SALVIOLI, Fabián, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Trigésimo Cuarta Sesión de Enseñanza del 30 de junio al 25 de julio de 2003. Material de Enseñanza*, Estrasburgo, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Volumen I, 2003.
- SALVIOLI, F., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, vol. 39, 2004.
- TOMUSCHAT, C., *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- URQUILLA BONILLA, C. R., "Los Derechos Económicos, Culturales y Sociales en el contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 31, 2000.
- VILJOEN, F., "Africa's contribution to the development of international human rights and humanitarian law", *The African Human Rights Law Journal*, vol. 18, 2001.

6. JURISPRUDENCIA CITADA

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, de 20 de noviembre de 2013.
- Corte IDH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, de 28 de agosto de 2013.
- Corte IDH, *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, de 23 de agosto de 2013.
- Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, de 25 de octubre de 2012.

- Corte IDH, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012.
- Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012.
- Corte IDH, *Díaz Peña vs. Venezuela*, de 26 de junio de 2012.
- Corte IDH, *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, de 27 de abril de 2012.
- Corte IDH, *Fleury y otros vs. Haití*, de noviembre de 2011.
- Corte IDH, *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, de 26 de agosto de 2011.
- Corte IDH, *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, de 19 de mayo de 2011.
- Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, de 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, de 1 de julio de 2009.
- Corte IDH, *Kawas Fernández Vs. Honduras*, de 3 de abril de 2009.
- Corte IDH, *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, de 22 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, de 11 de mayo de 2007.
- Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de Noviembre de 2006.
- Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, de 5 de julio de 2006.
- Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006.
- Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, de 5 de julio de 2006.
- Corte IDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, de 1 de julio de 2006.
- Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, de 7 de febrero de 2006.
- Corte IDH, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, de 6 de febrero de 2006.
- Corte IDH, *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2005.
- Corte IDH, *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2005.
- Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, de 20 de junio de 2005.
- Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, de 15 de junio de 2005.
- Corte IDH, *Huilca Tecse vs. Perú*, de 03 de marzo de 2005.
- Corte IDH, *Lori Berenson vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2004.

- Corte IDH, *De la Cruz Flores vs. Perú*, de 18 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004.
- Corte IDH, *"Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004.
- Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, de 8 de julio de 2004.
- Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, de 18 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, de 28 de febrero de 2003.
- Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001.
- Corte IDH, *Baena Ricardo (270 trabajadores) vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001.
- Corte IDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, de 18 de agosto de 2000.
- Corte IDH, *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999.
- Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 27 de noviembre de 1998.
- Corte IDH, *Voto razonado del Juez Alberto Pérez Pérez en la sentencia Suárez Peralta Vs. Ecuador*, de 21 de mayo de 2013.
- Corte IDH, *Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la sentencia Suárez Peralta Vs. Ecuador*, de 21 de mayo de 2013.
- Corte IDH, *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador*, de 5 de agosto de 2008.
- Corte IDH, *Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux en la sentencia Cinco Pensionistas Vs. Perú*, de 28 de febrero de 2003.
- Corte IDH, *Voto razonado concurrente de los Jueces Augusto Cançado Trindade y Aurelio Abreu Burelli en la sentencia "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999.
- Corte IDH, *Voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, en Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984.
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002.
- Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989.

Corte IDH. *Informe anual 1985*, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13, de 15 de agosto de 1985.

b) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, *Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras*, Informe No. 38/09, Caso 12.670, 2009.

CIDH, *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, Informe No. 63/08, Caso 12.534, de 25 de julio de 2008.

CIDH, *Informe sobre 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.L/V/II.129, doc. 4, de 7 de septiembre de 2007.

CIDH, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela*, Informe de admisibilidad N° 70/04, Petición 667/01, de 13 de octubre de 2004.

CIDH, *Marie y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe No 75/02, Caso 11.140, de 27 de diciembre de 2002.

CIDH, *Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, Informe de solución amistosa N° 32/02, Petición 12.046, de 12 de marzo de 2002

CIDH, *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Informe N° 100/01, Caso 11.381, de 11 de octubre de 2001.

CIDH, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Informe N° 29/01, Caso 12.249, de 7 de marzo de 2001.

CIDH, *Amilcar Menéndez y Juan Manuel Caride vs. Argentina*, Informe No. 3/01, Caso 11.67, de 19 de enero de 2001.

CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Informe de fondo N° 4/01, Caso 11.625, de 19 de enero de 2001,

CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*, 2000.

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

CIDH, *Caso Hernández Lima vs. Guatemala*, Informe No. 28/96, Caso 11.297, 1996.

CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos humanos en Ecuador*, 1996.

CIDH, *Casos No. 9777 y 9718 de Argentina*, de 30 de marzo de 1988.

CIDH, *Comunidad Yanomami vs. Brasil*, Caso 7615, de 5 de marzo de 1985.

CIDH, *Aché vs. Paraguay*, Caso 1802, de 27 de mayo de 1977.

CIDH, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1, de 26 de septiembre de 1986, Capítulo V-II.

CIDH, *Informe anual 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10 rev. 1, de 1 de octubre de 1985, Capítulo V-II.

CIDH. *Informe anual 1983-1984*, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10, de 28 de septiembre de 1984, Capítulo V-II.

c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH. *Pretty vs. The United Kingdom*, de 29 de abril de 2002.

STEDH, *Guerra and others vs. Italy*, de 19 de febrero de 1998.

STEDH, *Lopez Ostra vs. Spain*, de 9 de diciembre de 1994.

STEDH. *Herczegfalvy vs. Austria*, de 24 de septiembre de 1992.

d) Otros

Comisión Africana de Derechos Humanos (Comisión ADH), *Media Rights Agenda et Autres c. Nigeria*, RADH 2000 202 (CADHP 1998).

Comisión ADH, *International Pen et Autres (pour le compte de Saro-Wiwa) c. Nigeria*, RADH 2000 217 (CADHP 1998).

Comisión ADH, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme et Autres c. Angola*, RADH 2000 20 (CADHP 1997).

Comisión ADH, *Pagnouille (pour le compte de Mazou) c. Cameroun*, RADH 2000 61 (CADHP 1997).

Comisión ADH, *Malawi African Association vs/Mauritania, Amnesty Internacional vs/Mauritania, Ms. Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RADDHO vs/Mauritania; Collectif des Veuves et Ayants-droit vs/Mauritania, Association Mauritanienne des Droits de l'Homme vs/Mauritania*, 50/91, 61/91,98/93,164/97 a 196/97 y 210/98, de 11 de mayo de 2000.

Comité de DESC, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observación General No. 3, 1990

Comité de DESC, *Las personas con discapacidad*, Observación General No. 5, 1994.

Comité de los Derechos del Niño, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Observación General No. 5, 2003.

ANEXO

12

**DESPUÉS DEL FALLO:
EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS. UNA PROPUESTA DE
METODOLOGÍA¹**

Autores

Sergio Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez y René Urueña

Asistentes de investigación:

María Harker, Juan David Oviedo, Catalina Pérez y

Luis Eduardo Sánchez

Universidad de Los Andes

RESUMEN

Este artículo estudia el cumplimiento del Estado colombiano respecto a las órdenes de reparación emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su objetivo no es solo analizar el grado de ejecución de dichos requerimientos por parte del Estado sino también identificar qué factores determinan que se cumpla en mayor o menor medida las órdenes de la Corte. Para lograr esto el artículo investiga la posible incidencia de los factores jurídicos, institucionales, presupuestales, informales (cultura organizacional) y los factores externos. Las entrevistas realizadas a personas directamente relacionadas con el proceso de cumplimiento de las órdenes de la Corte, así como los análisis porcentuales y econométricos realizados indican que en el caso Colombiano los factores determinantes para el cumplimiento de las órdenes de la Corte son los informales y externos mientras que los

¹ La presente investigación se realizó en el curso de dos años en la ciudad de Bogotá, Colombia. Es el fruto de un trabajo teórico y empírico el cual implicó la realización de varias entrevistas a personas familiarizadas con el objeto del estudio. La versión original del estudio será publicada por el programa de Justicia Global de la Universidad de los Andes.

factores jurídicos, institucionales y presupuestales no tendrían una incidencia importante en el resultado del proceso.

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) constituye un activo importante para la protección de los derechos humanos en las Américas. Su naturaleza subsidiaria garantiza que frente a la denegación de justicia por parte de los Estados, los individuos tengan otra instancia a la cual acudir para hacer valer sus derechos. Esta instancia adicional es una de las principales virtudes del sistema, pues representa un gran avance en la protección de las personas y su dignidad humana. De hecho, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CORIDH) reconoce que sus sentencias son, por sí solas, una forma de reparación².

Adicionalmente, el SIDH ha buscado brindar reparaciones concretas a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Las principales herramientas para alcanzar este objetivo han sido las recomendaciones, contenidas en los informes finales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), así como las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH.

Si bien es indudable que las sentencias de la Corte o los informes finales de la Comisión, son valiosos por el simple hecho de declarar la responsabilidad internacional del Estado frente a un determinado caso, no se puede perder de vista que las reparaciones son un componente sumamente importante para que el SIDH logre los objetivos que éste ha trazado para sí mismo, y así refuerce su legitimidad ante los Estados y la sociedad civil.

Este estudio se centra en la importancia de las reparaciones del SIDH y su efectiva materialización. Puntualmente, se pretende encontrar qué factores inciden en que un Estado cumpla o no las órdenes de reparación del SIDH. Para este caso específico se

² CorteIDH *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, 15 de septiembre de 2005. La Corte declaró por unanimidad que: (...) 4. [La] Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, en los términos del párrafo 131 de la misma. Ver también CorteIDH *Acosta Calderón Vs Ecuador*, 24 de junio de 2005; CorteIDH *Yatama Vs Nicaragua*, 23 de junio de 2005; y CorteIDH *Caso Fermín Ramírez Vs Nicaragua*, 20 de junio de 2005.

estudiará al Estado colombiano y las sentencias proferidas por la CORIDH declarando su responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos entre los años 2004 y 2012.

La identificación de estos factores tiene como objetivo primordial servir como insumo para la creación de indicadores que permitan, no sólo evaluar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en lo que respecta a las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH (es decir qué tanto cumple un Estado con éstas), sino también establecer correlaciones entre fenómenos externos o extralegales y el resultado del proceso de cumplimiento. La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, ya ha señalado la necesidad de disponer de instrumentos idóneos para la formulación y evaluación de políticas públicas pues éstos se hacen imprescindibles para traducir en hechos materiales la aspiración que subyace a una orden normativa contenida ya sea en un instrumento internacional o una sentencia³.

Como bien señala Pillay, los indicadores tienen limitaciones intrínsecas y no pueden por sí solos, arrojar información suficiente para hacer un juicio de valor respecto al avance o retroceso de una situación particular⁴. Esa misma premisa subyace a este trabajo pues éste parte de la idea que no solo basta medir qué tanto cumple un Estado sus obligaciones frente a la CORIDH sino entender cómo ese cumplimiento se ve afectado por otros factores. Un indicador que se limite a medir el cumplimiento de un Estado respecto a las órdenes de la CORIDH solo podrá ser utilizado para hacer un reproche legal y ético a su compromiso frente a los DDHH en caso que éste sea bajo. Por el contrario, una serie de indicadores que permitan deducir porque un Estado cumple o incumple con determinadas órdenes arrojará luces que faciliten la identificación de problemas o cuellos de botella en los procesos de cumplimiento y consecuentemente se puedan focalizar esfuerzos y recursos para solucionarlos. De esta forma, el potencial de unos indicadores que permitan no solo medir el grado de cumplimiento

³ NACIONES UNIDAS, *Indicadores de Derechos Humanos-Guía para la medición y la aplicación*, Documento HR/PUB/12/5, 2012, pp. III

⁴ *Ibíd.*

sino entender que lo determina es mucho más amplio para el diseño y elaboración de políticas públicas. Indicadores de este tipo permiten realizar un diagnóstico mucho más ambicioso, útil y práctico que seguramente permitirá encontrar los puntos neurálgicos que determinan el éxito o no del cumplimiento de una orden de la CORIDH u otra Corte u organismo de DDHH.

En consonancia con lo anterior este estudio parte de la convicción de que el SIDH debe tener impactos simbólicos y materiales, ambos proyectados mediante las órdenes de reparación. Trabajos como el de Brinks han señalado tipos de impacto que van más allá del cumplimiento de la decisión judicial⁵. De igual forma, Rodríguez & Rodríguez al analizar fallos estructurales, encuentran efectos materiales directos y efectos simbólicos indirectos⁶. Estos efectos son vitales para la legitimidad del SIDH, particularmente en la coyuntura actual en la que acaba de superar su proceso de fortalecimiento iniciado en el año 2011.

Hasta el momento, los niveles de cumplimiento de las órdenes del SIDH son bajos, lo que pone en entredicho su capacidad para garantizar una reparación real a las víctimas. Así, en una investigación cuantitativa enfocada en el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema de peticiones de la CADH, realizada por Basch, se evidencia el incumplimiento de la mitad de estas órdenes de reparación decretadas, recomendadas o acordadas frente a los Estados parte del SIDH⁷. Adicionalmente, el cumplimiento total es de sólo el

⁵ BRINKS, D., & GAURI, V (dir.), *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶ RODRIGUEZ GARAVITO, C. & RODRIGUEZ FRANCO, D., *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.

⁷ Esta investigación comprende el estudio de todos los informes finales de fondo de la CIDH (art. 51 CADH), todos los informes de la CIDH para la aprobación de acuerdos de solución amistosa (art. 49 CADH) y todas las sentencias de la Corte Interamericana entre 01 de junio 2001 y 30 de junio de 2006 y con respecto a los estados miembros de la CADH que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. Por lo tanto, se revisaron 12 informes finales de fondo, 39 soluciones amistosas aprobados por la Comisión, y 41 participaciones de la Corte. Estas 92 decisiones contienen, a su vez, 462 órdenes adoptadas por el SIDH: 45 de ellas fueron recomendados en informes finales de la CIDH, 160 fueron resueltas por acuerdos amistosos, y 257 fueron ordenados por el Tribunal en las sentencias de fondo.

36% de las órdenes de reparación y el cumplimiento parcial es del 14%⁸.

¿Qué explica estos bajos niveles de cumplimiento? Identificar qué factores inciden es determinante para cualquier propuesta o iniciativa que busque mejorar los índices de cumplimiento. Tal es el objetivo del presente estudio, el cual resulta especialmente pertinente en el marco del recién terminado Proceso de Fortalecimiento del SIDH, el cual incluyó importantes debates sobre el particular⁹.

Ahora bien, el cumplimiento las órdenes del SIDH ha sido estudiado previamente en la región. Por ejemplo, el trabajo de Basch se enfoca en analizar qué tanto cumplen los Estados los distintos requerimientos que emanan del SIDH, qué tipo de órdenes cumplen más y cuanto tardan en cumplirlas. Con base en sus hallazgos, Basch formuló una serie de recomendaciones apuntando a mejorar los índices de cumplimiento¹⁰. Por su parte, el trabajo de Hawkins y Jacoby se han centrado en demostrar, a través de la comparación entre el contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos y la CORIDH, las limitaciones de las categorías binarias de análisis de cumplimiento (cumplimiento total e incumplimiento) proponiendo una tercera vía denominada "cumplimiento parcial"¹¹. Si bien su trabajo da cuenta parcial de por qué determinadas órdenes de reparación pueden reportar mayores índices de cumplimiento, su objetivo central es proponer esta tercera categoría de cumplimiento como una herramienta que refleja de mejor forma el status y voluntad de cumplimiento de los

⁸ BASCH, F., "The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions." *Sur International Journal on human rights*, v. 7, n, 12 Jun. 2010 Biannual, English Edition. pp. 19.

⁹ El proceso de Fortalecimiento del SIDH se inició el 29 de junio de 2011 cuando el Consejo Permanente de la OEA creó el Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano. A partir del informe presentado por este grupo el 25 de enero de 2012 ante el Consejo Permanente de la OEA se dio inicio a un diálogo entre Estados, CIDH y organizaciones de la sociedad civil el cual resultó en una reforma al Reglamento, políticas y prácticas de la CIDH.

¹⁰ Op. Cit. Basch.

¹¹ HAWKINS, D. & WADE J., "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights." *Journal of International Law and International Relations* 6 (1): pp. 35-85, 2010.

Estados. De forma similar, Huneus ha propuesto un marco teórico más robusto que intenta explicar la importancia que tienen determinados actores para el cumplimiento de una sentencia de la CORIDH¹². En su estudio, Huneus se centra en la rama judicial, y demuestra cómo las Cortes nacionales pueden ser un obstáculo importante para la materialización de las órdenes de la CORIDH. Probado esto, su propuesta esencial es considerar a las Cortes nacionales como un aliado clave y determinante para lograr el cumplimiento de cierto tipo de órdenes de la CORIDH.

A pesar de su indudable importancia, ninguno de los estudios existentes aborda los factores que determinan el cumplimiento de un Estado con una sentencia o una orden de reparación de la CORIDH. En contraste, el presente estudio busca conceptualizar el proceso de cumplimiento colombiano como una relación entre una variable dependiente y unas variables independientes. Este enfoque permite pasar de las preguntas “¿Qué tanto se cumple?” y “¿Qué se cumple?” a “¿Por qué se cumple?”.

2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL REPORTE

El presente estudio realiza, en primer lugar un panorama general del grado de cumplimiento actual del Estado colombiano de cada una de las órdenes de las sentencias proferidas por la CORIDH. Para construir este inventario, se utilizaron las sentencias proferidas por la CORIDH comprendidas entre el año 2004 y 2012. El universo fue definido de tal forma en virtud de dos motivos: de una parte, a partir de 2004 la CORIDH empieza a estudiar casos de gran importancia para el contexto jurídico y político colombiano vinculados a las relaciones de convivencia entre estructuras paramilitares y la Fuerza Pública, que trajeron como consecuencia la comisión de masacres como las de los *19 Comerciantes*, *Mapiripán*, *Pueblo Bello* e *Ituango*. Así, es a partir de este año que la CORIDH empieza a adquirir una notoria relevancia en la realidad jurídica y política del país teniendo en cuenta, además, que en 2005 Colombia entra en un proceso de justicia transicional

¹² HUNEEUS, A., “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights.” *Cornell International Law Journal*, 44: 493-533, 2011.

consagrado en la Ley 975 de 2005¹³. Adicionalmente, se concluyó que tomar sentencias proferidas antes de 2004 hubiese arriesgado sesgar el estudio, pues el grado de cumplimiento hubiera sido más alto en razón al paso del tiempo. Tomando sentencias desde 2004 hasta 2012 se garantizaba que las muestras analizadas arrojaran información sobre el proceso de cumplimiento aún en marcha, y no sobre procesos de cumplimiento probablemente ya concluidos.

Con el objetivo de determinar el grado de acatamiento de cada una de las órdenes contenidas en estas sentencias, se incluyó en el análisis las resoluciones de supervisión de cumplimiento proferidas por la CORIDH. En éstas, el Tribunal establece tres categorías respecto a cada una de las órdenes proferidas en la sentencia del caso particular: cumplimiento total, parcial e incumplimiento. A partir de esta información, se creó una matriz en la que se sistematizó toda la información, de manera que cada una de las órdenes de reparación del universo de casos seleccionados tuviera asignada una de las categorías establecidas por la misma CORIDH según la resolución de supervisión más reciente para cada caso.

¿Qué explica este nivel de ejecución frente a cada orden de reparación?

El estudio propone cinco factores que pueden dar razón de esta realidad, los cuales son explorados en la segunda sección de este reporte:

1. Factores jurídicos: Recepción de las decisiones de la Corte en el sistema jurídico colombiano

¹³ La Ley 975 de 2005 fue el marco normativo a través del cual se realizó el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia. Los balances del resultado de dicho proceso de desmovilización son negativos por lo general. Sus principales críticas se centran en cuatro aspectos. En primera instancia, si bien el proceso de desmovilización se llevó a cabo entre 2003 y 2006, fue sólo hasta el año 2005 que se promulgó la Ley que lo respaldaba jurídicamente y que establecía las responsabilidades de los combatientes y los derechos de las víctimas. En segundo lugar, la negociación se desarrolló frente a cada grupo paramilitar particular sin que hubiese un plan de acción y con escaso acompañamiento de organizaciones internacionales. En tercer lugar, el Gobierno nacional enfocó el proceso de desmovilización en la entrega de armas prestando poca atención a las fases posteriores de la desmovilización. Por último, si bien las autoridades locales y departamentales fueron las encargadas de poner en práctica la reinserción a la vida civil de los antiguos combatientes, fue poca la participación que se les dio a ellas en las etapas de negociación donde se diseñaron los planes y estrategias de reinserción.

2. Factores institucionales: Estructura estatal para el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
3. Factores presupuestales
4. Factores informales / cultura organizacional
5. Factores externos

Así, una vez analizado el cumplimiento del Estado colombiano a nivel general, se procedió a determinar el status jurídico de las sentencias de la CORIDH en el ordenamiento colombiano, con el fin de establecer si el incumplimiento se podía deber a un obstáculo de tipo estrictamente legal. Con este mismo fin, se adelantó un estudio sobre la estructura estatal destinada a dar cumplimiento a estas obligaciones internacionales. También fue necesario analizar sentencias de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales ambas instituciones analizaban el valor y efecto jurídico que producen las sentencias de la CORIDH a nivel interno.

Los resultados de esta primera fase, pese a su valor, sólo ofrecían una explicación parcial del nivel de cumplimiento de las decisiones de la CORIDH. Por tanto, fue necesario hacer una aproximación cualitativa al fenómeno consultando la opinión tanto de la sociedad civil como de funcionarios del Estado, para encontrar pistas sobre qué factores explicaban realmente el fenómeno de acatamiento de las órdenes de la Corte en el Estado colombiano. Se realizaron entrevistas a diferentes actores involucrados en el proceso de ejecución de las órdenes de la CORIDH, mediante las que se pudieron identificar algunos factores externos que posiblemente explican de mejor forma el fenómeno estudiado.

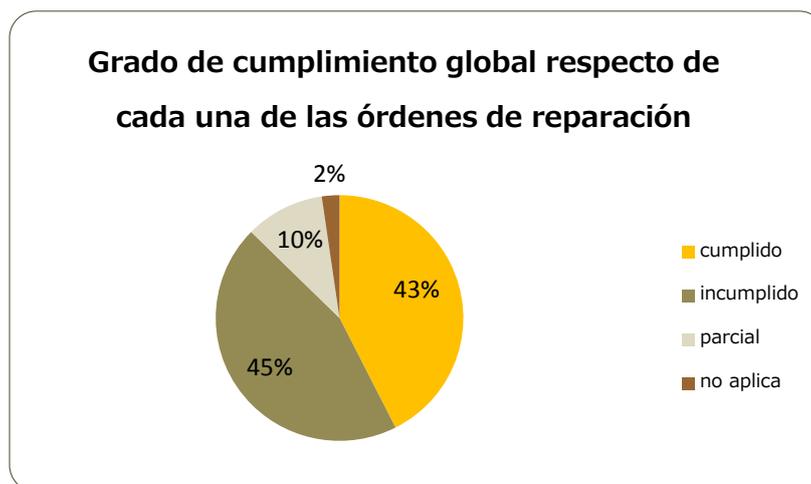
Los resultados alcanzados condujeron a formular una serie de hipótesis que se operativizaron como variables explicativas (variables independientes) del grado de cumplimiento (variable dependiente) de las distintas órdenes, y casos para el periodo analizado. Estas variables explicativas, como se señaló, se obtuvieron directamente de las entrevistas realizadas, y otras de ellas surgieron de intuiciones del equipo investigador basadas en los resultados alcanzados en el trabajo de campo.

Posteriormente se procedió a verificar el poder explicativo de cada una de dichas variables independientes a través de dos análisis estadísticos, con el fin de poder determinar cuáles de ellas guardan correlación o inciden en el grado de cumplimiento de manera determinante.

3. CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTER-AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO COLOMBIANO

Entre 2004 y 2012, la CORIDH decidió nueve demandas contra el Estado colombiano¹⁴. En estas nueve sentencias se ordenaron un total de 88 órdenes de reparación. De este universo de órdenes, se observa que el país presenta una tasa de cumplimiento e incumplimiento prácticamente equivalente¹⁵:

Figura 1. Grado de cumplimiento global respecto de cada una de las órdenes de reparación.

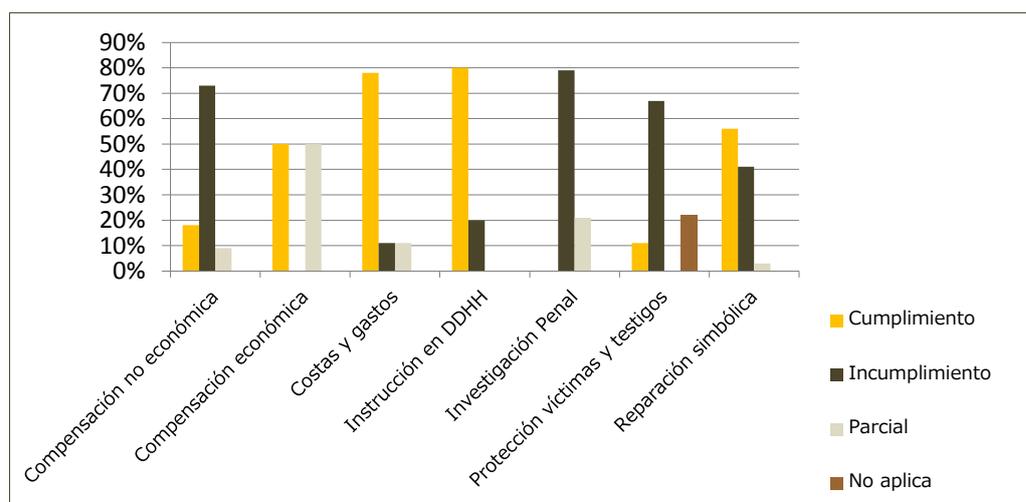


¹⁴ El 3 de septiembre de 2012 la CORIDH decidió el caso *Vélez Restrepo y Familia V. Colombia*. Este caso no fue incluido en el universo de casos seleccionados pues al ser tan reciente la fecha de la sentencia el proceso de cumplimiento de las órdenes seguramente no habría sido puesto en marcha.

¹⁵ El grado de cumplimiento de cada una de las órdenes fue determinado mediante el análisis las resoluciones de supervisión de cumplimiento proferidas por la CORIDH. En éstas, el Tribunal establece tres categorías para medir el grado de cumplimiento del Estado frente a cada una de las órdenes proferidas en la sentencia del caso particular: cumplimiento total, cumplimiento parcial e incumplimiento. A partir de esta información, se creó una matriz en la que se sistematizó toda la información, de manera que cada una de las órdenes de reparación del universo de casos seleccionados tuviera asignada la categoría de cumplimiento establecida por la misma CORIDH según la resolución de supervisión de cumplimiento más reciente para cada caso.

No obstante, esa tasa de cumplimiento varía radicalmente al analizar el cumplimiento de las órdenes de acuerdo a su naturaleza. Como se puede observar en la Figura 2, las medidas relativas a la instrucción en derechos humanos y el pago de costas y gastos del juicio presentan un alto grado de cumplimiento. Por el contrario, aquellas que implican compensaciones para las víctimas de tipo no económico, como la atención psicosocial y la obligación de desarrollar investigaciones penales, son incumplidas por regla general. Las demás directamente relacionadas con la reparación de los afectados se sitúan en un nivel medio. Al incluir las distintas órdenes proferidas por la CORIDH en categorías genéricas¹⁶, el cumplimiento del Estado colombiano frente a cada una de ellas es el siguiente:

Figura 2. Medidas relativas a la instrucción en derechos humanos y el pago de costas y gastos del juicio.



¿Cómo se estructura este nivel de cumplimiento respecto a cada caso en particular? A continuación, se muestra el cumplimiento colombiano en los casos durante el periodo seleccionado.

¹⁶ La forma en que se organizaron estas categorías genéricas está explicado en el anexo metodológico.

Tabla 1. Cifras para cada caso estudiado por la CORIDH entre el 2004 y 2012.

CASO	CUMPLIMIENTO		PARCIAL		INCUMPLIMIENTO		NO APLICA
	%	TIPO DE ORDENES CUMPLIDAS	%	TIPO DE ORDENES CUMPLIDAS PARCIALMENTE	%	TIPO DE ORDENES INCUMPLIDAS	
1 19 comerciantes	34%	Reparación simbólica	22%	Compensación de carácter económico y no económico	33%	Reparación simbólica	11%
		Pago de costas y gastos				Investigación penal y sanción a los responsables	
		Protección de testigos y/o víctimas					
2 Gutierrez Soler	63%	Compensación económica.	13%	Órdenes tendientes a la realización de instrucción a funcionarios públicos.	13%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	14%
		Compensación no económica.				Sanción a responsables.	
		Reparación simbólica.					
		Instrucción a funcionarios públicos.					

			Pago de costas y gastos.					
3	Masacre de Mapiripán.	40%	Órdenes de reparación encaminadas a la designación de un mecanismo oficial de seguimiento de cumplimiento a las órdenes	10%		50%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
			La instrucción de funcionarios públicos				Compensación de no económica.	
			Reparación simbólica				Reparación simbólica.	
			Pago de costas y gastos				Sanción a responsables	
4	Masacre de Pueblo de Bello	22%	Órdenes de reparación encaminadas a realizar reparación simbólica.	11%	Compensación económica	67%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
							Compensación no económica.	
							Protección a testigos y/o víctimas.	

							Reparación simbólica.	
							Pago de costas y gastos.	
5	Masacre de Ituango	40%	Instrucción de funcionarios públicos en DDHH.			60%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
			Reparación simbólica.				Compensación no económica.	
			Compensación económica.				Protección de testigos y/o víctimas.	
			Pago de costas y gastos				Reparación simbólica.	
6	Masacre de la Rochela	40%	Reparación simbólica	20%	Compensación de carácter económico	40%	Protección a testigos y/o víctimas	
			Instrucción a funcionarios públicos		Reparación simbólica		Investigación penal y sanción a los responsables	
					Costas y gastos		Compensación de carácter no económico	
7	Escué Zapata	75%	Reparación simbólica.	14%	Compensación de carácter no económico.	13%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
			Compensación no económica.					

			Pago de costas y gastos.					
8	Valle Jaramillo	44%	Compensación económica.	0%		67%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
			Reparación simbólica				Compensación de no económica.	
			Pago de costas y gastos				Reparación simbólica	
9	Manuel Cepeda Vargas	22%	Compensación económica.	0%	Compensación económica	56%	Órdenes tendientes a la realización de la investigación penal.	
			Reparación simbólica.				Compensación no económica.	
			Pago de costas y gastos				Protección a testigos y/o víctimas.	
			Reparación simbólica.				Reparación simbólica.	

4. DESPUÉS DEL FALLO: ¿POR QUÉ CUMPLE COLOMBIA LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO?

¿Por qué el índice general de cumplimiento es bajo (43%)? ¿Por qué a pesar del bajo índice de cumplimiento a nivel general, existen categorías de órdenes con índices de cumplimiento tan dispares? ¿Por qué el cumplimiento de órdenes que implican la instrucción en DDHH a funcionarios del Estado y las costas y gastos alcanzan casi un 80% de cumplimiento, mientras que las órdenes que implican compensación de carácter no económico apenas alcanzan un 17%? ¿Qué explica esa divergencia? ¿Qué explica que en el caso de *Jaramillo Valle* el índice de cumplimiento sea de apenas el 33% mientras que en el caso de *Ezcué Zapata* el índice de cumplimiento sea del 75%? ¿Qué explica que en el caso de *Gutiérrez Soler* el índice de incumplimiento sea de apenas 13% mientras que en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello* sea del 67%?

El objetivo de este texto es desarrollar una metodología para explorar tales preguntas. Para hacerlo, esta sección explora cinco factores explicativos, y desarrolla su posible impacto.

1. Factores jurídicos
2. Factores institucionales
3. Factores presupuestales
4. Factores informales/cultura organizacional
5. Factores externos

4.1. Factores jurídicos: La recepción de las órdenes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano

El estudio sobre la implementación y cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH implica necesariamente analizar el status jurídico de estas sentencias al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Esto es de vital importancia para establecer si ese status jurídico es un factor relevante para analizar el cumplimiento material de las

órdenes de reparación de las sentencias de la CORIDH. Por ende, debe estudiarse la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

El objetivo de este acápite es determinar si la recepción de las decisiones de los órganos de control y supervisión del SIDH, y de manera particular de las sentencias de la CORIDH, dentro del ordenamiento colombiano, es un factor determinante para el cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH. Para ello, primero se realizará un breve recuento sobre la figura del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano; después, se estudiará la relación entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los organismos de control y vigilancia del SIDH; posteriormente se estudiará la relación entre la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los organismos de control y vigilancia del SIDH. Por último, se desplegarán las conclusiones sobre si esta relación jurídica entre derecho internacional y nacional se constituye como un factor relevante y explicativo para el cumplimiento de las órdenes de reparación que contienen las sentencias de la CORIDH al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

4.1.1. Bloque de Constitucionalidad

El Bloque de Constitucionalidad es una figura jurídica mediante la cual se enmarcan aquellas normas o principios que, sin presentarse de manera expresa en el articulado del texto constitucional, funcionan como parámetros de control de constitucionalidad por cuanto han sido integrados al mismo por diversas vías y por mandato de la misma Constitución¹. De lo anterior se infiere que el texto constitucional puede ir más allá que su tenor literal, es decir, que las normas supralegales pueden ser más numerosas que aquellas que existen en el articulado de la

¹ Ver, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de 18 de Mayo de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En doctrina ver, UPRIMNY, R., "La Fuerza Vinculante de las Decisiones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos en Colombia: Un examen de la Evolución de la Jurisprudencia Constitucional" en KRSTICEVIC, V. y TOJO, L. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, CEJIL, Buenos Aires, 2007, pp. 127-142; GUTIERREZ, A., *El Bloque de Constitucionalidad. Conceptos y Fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

constitución escrita². Esto coincide con una importante anotación que hace Gutiérrez, en el sentido que el Bloque de Constitucionalidad cumple la función de actualizar el texto constitucional frente a los progresos que realice el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)³. Si bien el texto constitucional contiene normas que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el ordenamiento interno, es en la sentencia C-225 de 1995⁴ en donde la Corte Constitucional acoge expresamente dicha construcción dogmática francesa⁵.

4.1.2. Marco Normativo

Como se mencionó anteriormente, la Constitución Política colombiana tiene preceptos en los cuales se definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el ordenamiento interno. Lo anterior constituye el marco normativo en el cual se halla el Bloque de Constitucionalidad. Así, son seis los artículos del texto constitucional que definen este marco: (i) el artículo 9 el cual señala que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, el respeto por la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia; (ii) el artículo 53 en donde admite que los convenios internacionales del trabajo que hayan sido ratificados hacen parte de la legislación interna; (iii) el artículo 93 el cual establece que *“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*;

² UPRIMNY, R., *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*, Convers Design, Bogotá, 2006, pp. 31.

³ Op. Cit. GUTIERREZ, pp. 26.

⁴ El problema jurídico de esta sentencia estaba enmarcado por la aparente dicotomía entre lo dispuesto en el artículo 4 que establece que la Constitución es la norma superior (norma de normas) y el artículo 93 que atribuye a algunos tratados derechos humanos una prevalencia en el ordenamiento jurídico interno.

⁵ Op. Cit. UPRINMY. Aquí se indica que Francia es el país donde la doctrina acuñó el término *“bloc de constitutionnalité”*

(iv) el artículo 94 en donde se introduce la cláusula de derechos innominados pues tal artículo expresa que *“la enunciación de los derechos y garantías en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*; (v) el artículo 214 que regula el tema sobre los estados de excepción, en donde expresa que en los momentos de crisis *“no pueden suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”* y *“que se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”*⁶; y por último, (vi) el artículo 102 que dispone en su inciso segundo que *“los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República”*.

En efecto, son varias las disposiciones de la Constitución que encierran el marco normativo del bloque de constitucionalidad, pero en particular, los artículos 93 y 214 se refieren a la prevalencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia dentro del ordenamiento interno. Estos artículos indican que estos tratados y las normas del DIH, tienen especial prelación en el ordenamiento interno y no pueden ser suspendidos ni siquiera en estados de excepción. A partir de estas dos disposiciones constitucionales, la Corte Constitucional precisa la doctrina de Bloque de Constitucionalidad con el propósito de definir qué normas específicas lo integran⁷.

Para efectos del estudio que aquí se pretende, es pertinente establecer cuál es la ubicación de las sentencias y la jurisprudencia de las Cortes y organismos internacionales de DDHH dentro del marco del Bloque de Constitucionalidad, con el propósito de establecer su valor jurídico dentro del ordenamiento colombiano. En este punto es necesario aclarar que no se está haciendo referencia a las órdenes de reparación que profiere la CORIDH (el

⁶ Colombia, Constitución Política. Artículo 214.

⁷ Desde sus inicios, la implementación de la figura jurídica del Bloque de Constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano ha generado problemas con respecto a su naturaleza y por consiguiente, a las normas que hacen parte de la misma. Ver Op. Cit. UPRIMNY, R, 2006, pp. 64 y ss, 71 y ss, 84 y ss.

“resuelve” y “ordena” de la sentencia)⁸ sino a la *ratio decidendi* de ellas, es decir, la forma en que la CORIDH interpreta los derechos y obligaciones de la CADH, y si esa interpretación debe ser seguida, obligatoriamente, por los jueces colombianos.

Este tema no ha sido objeto de un desarrollo pacífico, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme en este aspecto. Algunas de sus sentencias han señalado que los operadores jurídicos nacionales sólo están vinculados por el texto de los tratados internacionales, y por las decisiones judiciales que le ordenan al Estado colombiano una determinada conducta; es decir, por los puntos resolutive de dichas decisiones. En este orden de ideas, la *ratio decidendi* de las sentencias de la CORIDH sería simplemente una entre otras opiniones doctrinales que puede iluminar el entendimiento de aquellos jueces que decidan consultarla, pero sin que necesariamente los obligue a seguir su misma interpretación⁹. Otras sentencias de la Corte Constitucional han señalado que la forma en que la CORIDH interpreta la CADH debe ser seguida por las autoridades nacionales, pues es una fuente de Derecho Internacional vinculante para ella.

En síntesis, y de acuerdo a lo expuesto, es posible afirmar que en el caso colombiano no hay claridad respecto a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la CORIDH, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme en esta materia. Sin embargo, es importante recalcar que la falta de claridad en este asunto particular no afecta para nada la vinculatoriedad que la Corte Constitucional ha otorgado a las órdenes de reparación que emite la CORIDH como pasaremos a analizar a continuación.

⁸ Este punto será tratado más adelante y se explicará que hasta el momento la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar la vinculatoriedad de las órdenes de reparación decretadas por la CORIDH respecto al Estado colombiano y los órganos y entidades que lo componen.

⁹ Uprimny considera que la posición de la Corte con respecto a la vinculatoriedad de las sentencias de la CORIDH es intermedia en la medida en que, si bien la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos debe estar guiada por la jurisprudencia internacional de los órganos de control, esto es, este material debe ser tenido en cuenta como guía de interpretación, no significa que sea estrictamente vinculante, con lo cual se admite la posibilidad de apartarse de ella.

4.1.3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Sentencias de la CORIDH

La Corte Constitucional sólo se ha pronunciado dos veces de forma expresa respecto al status jurídico de las sentencias de la CORIDH, y la obligatoriedad del cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en ellas para las entidades estatales colombianas. La primera sentencia en tratar el asunto fue la T-367 de 2010. En ella la Corte fue enfática en declarar la vinculatoriedad de ellas, así como la forma en que debe llevar a cabo ese cumplimiento:

Posteriormente, en la sentencia T-653 de 2012 la Corte reiteró la vinculatoriedad de las medidas de reparación decretadas por la CORIDH. En esta sentencia, la Corte fue más explícita en señalar las razones por las cuáles son obligatorias y añadió un nuevo argumento a favor de esta posición: el derecho a la paz¹⁰.

Estos dos pronunciamientos frente a las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH son bastante claros en cuanto a la vinculatoriedad y la consecuente obligación del Estado de cumplir con las órdenes de la CORIDH. A ellos se suman otra serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha estudiado el valor jurídico de otros pronunciamientos de los órganos del SIDH en el ordenamiento jurídico colombiano¹¹.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-653 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Un ejemplo de lo anterior, es la previamente citada sentencia C-010 de 2000 en la cual la Corte Constitucional enfatiza en que, al aplicar las disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos dentro del ordenamiento interno, es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por la Corte Interamericana. Así, *“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.”*

Medidas provisionales

En lo que respecta a las medidas provisionales decretadas por la CORIDH, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-585 A de 2011 reconoció también su vinculatoriedad para el Estado colombiano¹². Lo anterior lo sustentó en la obligatoriedad de su cumplimiento por cuanto éstas son decretadas por la CORIDH y, ésta, a su vez, tiene competencia contenciosa frente al Estado colombiano. Así, la Corte expresa que *“las medidas provisionales son un acto jurídico adoptado por un organismo internacional con funciones jurisdiccionales, cuyo cumplimiento es ineludible para el Estado colombiano.”*

Medidas cautelares

Las medidas cautelares de la CIDH han sido analizadas en más de una sentencia de la Corte Constitucional¹³. La primera de ellas es la T-558 de 2003 en la cual la Corte entra a desarrollar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares como recomendaciones proferidas por la CIDH y la forma de incorporación de éstas al ordenamiento jurídico colombiano. De igual forma, se analiza la procedencia de la acción de tutela para hacer exigible las medidas cautelares¹⁴. No obstante, para efectos de este capítulo, nos interesa el primer problema jurídico.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Julio 28 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Ver COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia T-786 de 2003 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monrov Cabra, Sentencia T-327 de 2004. Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Treviño, Sentencia T-1025 de 2007 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

¹⁴ Con respecto a la procedencia de la acción de tutela para la exigencia en el cumplimiento de medidas cautelares proferidas por la CIDH, la Corte realiza el siguiente análisis: si bien, las medidas cautelares decretadas por la CIDH están encaminadas a garantizar la protección y el goce efectivo de los derechos humanos reconocidos en alguno de los instrumentos internacionales y “a esclarecer los hechos enunciados, a investigar y sancionar a los responsables;” la Corte consideró que, en determinados casos, estos mecanismos jurídicos, es decir, la acción de tutela y las medidas cautelares, puedan llegar a complementarse, toda vez que persiquen objetivos idénticos. Así pues, aunque la acción de tutela no fue concebida para garantizar el cumplimiento interno de las medidas cautelares, “nada obsta para que, en determinados casos, los dos mecanismos puedan llegar a complementarse, cuando quiera que persiquen idénticos objetivos.” En este sentido, “el juez de tutela puede emanar una orden para que la autoridad pública proteja un derecho fundamental cuya amenaza o vulneración justificó la adopción de una medida cautelar por parte de la CIDH mas no para ordenar la mera ejecución de ésta, sin que concurran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela”.

La Corte Constitucional expresó que las medidas cautelares, al ser recomendaciones realizadas por la CIDH, deben considerarse como tales, es decir, como opciones facultativas que el Estado Parte a la CADH puede tener en cuenta o no¹⁵. De lo anterior se deriva que el Estado Parte no se encuentra en la obligación internacional de dar cumplimiento a las recomendaciones que realice la CIDH.

A pesar de esto, la Corte posteriormente opta por dar relevancia a las medidas cautelares en razón de la función que éstas profesan, esto es, la de proteger de manera inmediata derechos fundamentales que han sido vulnerados y que se encuentran en peligro inminente. En efecto, por ser el Estado colombiano parte de la CADH *“la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. (...) por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2º Superior¹⁶.”*

Para la Corte Constitucional es claro entonces que el hecho de que las medidas cautelares sean en sentido estricto “recomendaciones” en contraposición a “órdenes” y que además no sean proferidas por un órgano de naturaleza jurisdiccional, no implica que el Estado colombiano no esté llamado a cumplirlas¹⁷.

¹⁵ Lo anterior es confirmado por la CORIDH, en sentencia del 8 de diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia. En esta sentencia, la CORIDH estimó que el término “recomendaciones”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente” de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello “no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”.

¹⁶ La Corte realiza esta interpretación teniendo en cuenta que el nuevo Reglamento de la CIDH no se pronuncia con respecto a la manera en que las medidas cautelares deban ser incorporadas o recepcionadas en el ordenamiento jurídico interno.

¹⁷ En similar sentido COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Septiembre 11 de 2003, T-786 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

4.1.4. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las sentencias de la CORIDH y los informes de la CIDH ordenan o recomiendan con frecuencia a los Estados adelantar investigaciones penales tendientes a establecer los responsables penales de violaciones a DDHH. Por esto, debe analizarse cómo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve la tensión que puede presentarse entre las disposiciones de estas instancias internacionales y la seguridad jurídica interna, representada a través de la figura de cosa juzgada en virtud del principio *non bis in ídem*. Esto se debe a que, en diversas ocasiones, las órdenes que derivan del SIDH implican la reapertura de un proceso penal llevado a cabo por la justicia local en el que ya se ha dictado sentencia. Lo anterior genera la necesidad de acudir al mecanismo extraordinario de la acción de revisión para la reapertura del proceso¹⁸.

Informes de fondo de la CIDH (artículos 50 y 51 de la CADH)

Frente a los informes de fondo de la CIDH, la Corte Suprema ha señalado que si bien éstos permiten usar la acción de revisión ello no implica que la acción de revisión deba ser fallada a favor del accionante¹⁹. De esta forma, se entiende que los informes de los

¹⁸ La acción de revisión es un recurso extraordinario del derecho procesal penal que otorga un medio de defensa al actor, con el objeto de hacer valer ciertos derechos que éste considere que no hayan sido respetados por el juzgador. La acción de revisión no puede ser utilizada de manera indiscriminada, por lo que existen causales de procedencia de esta acción que reclaman su uso, y que se encuentran plasmadas en el artículo 192 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). La causal particular que interesa a este estudio es la contenida en el numeral 4 del artículo señalado, a saber: *“Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.*

¹⁹ Al respecto ver: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Noviembre 1 de 2007. Proceso 26077 de 2007. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Marzo 6 de 2008. Proceso 26703 de 2008 Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Junio 22 de 2011. 32407 de 2011. Magistrada Ponente: María Del Rosario González De Lemos.

artículos 50 y 51 de la CADH, y las recomendaciones contenidas en ellos en materia de justicia, tienen la virtud de permitir a las partes interesadas interponer la acción de revisión contra la sentencia ejecutoriada, sea esta condenatoria o absolutoria y que posteriormente la sala penal decida basada en el derecho nacional y las pruebas de las que dispone si reabre o no el proceso penal. En este orden de ideas, puede afirmarse que las recomendaciones contenidas en los informes de fondo de la CIDH no tendrían una naturaleza jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano²⁰.

Acuerdo de solución amistosa de la CIDH

La Corte Suprema también ha analizado los efectos que causan los acuerdos de solución amistosa celebrados entre el Estado y las víctimas y avalados por la CIDH, al usarse como causal para interponer una acción de revisión. No obstante, al estudiar la vinculatoriedad de este tipo de acuerdos, se evidenció la existencia de contradicciones dentro de la jurisprudencia de esta Corporación.

En el proceso 30642 de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluye que los informes de la CIDH poseen fuerza vinculante por cuanto “homologa el acuerdo de solución, que no es otra cosa que el reconocimiento por parte del Estado colombiano de que se incurrió el [sic] violaciones a los derechos humanos, y por consiguiente de obligatorio cumplimiento en el marco de los tratados internacionales y de la Convención Americana”²¹. De acuerdo a esto cuando el Estado colombiano acepta su responsabilidad internacional y celebra un acuerdo de solución amistosa con un peticionario, la Sala Penal de la Corte

²⁰ La Corte Suprema de Justicia expresa “En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, **sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la CIDH, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país.**” (Negrilla fuera del texto original). Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Noviembre 1 de 2007. Proceso 26077 de 2007. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Proceso 30642 de 2012.

Suprema de Justicia estaría obligada a declarar fundada la acción de revisión y por ende reabrir procesos penales ya cerrados y ejecutoriados²².

No obstante, y frente a un caso con hechos similares, la posición de la Corte Suprema de Justicia fue distinta. En efecto, en el proceso 28477 de 2011 se determinó frente a un acuerdo de solución amistosa avalado por la CIDH, que éste no tenía fuerza vinculante y que, por el contrario, su trato se equiparaba al de los informes de artículo 50 y 51 explicados anteriormente. De esta forma, y contrastando los informes de la CIDH con las sentencias de la CORIDH, observó:

“Sin embargo, conforme la Sala ha tenido ocasión de precisar, tales recomendaciones por sí solas, carecen de la fuerza vinculante atribuida a las decisiones de la CORIDH de Derechos Humanos en la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que sus fallos serán motivados (art. 66), definitivos e inapelables (art. 67), al paso que las recomendaciones de la CIDH de Derechos Humanos, no revisten fuerza obligatoria”²³.

De acuerdo a esto, en lo que respecta a los acuerdos de solución amistosa avalados por la CIDH no hay claridad respecto a los efectos que éstos generan frente a la acción de revisión. El pronunciamiento más reciente en la materia pareciera concebirlos como vinculantes, en el sentido que su sola existencia es factor suficiente para que prospere la acción de revisión y se reabran procesos penales ya cerrados anteriormente sin embargo la jurisprudencia no es uniforme respecto al trato que reciben los acuerdos celebrados entre Estado y víctimas.

²² Esta posición se ve respaldada por la decisión adoptada en el Proceso 28476 de 2008. Ver COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Diciembre 16 de 2008. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Agosto 3 de 2011. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

Sentencias de la CORIDH

En relación a las sentencias proferidas por la CORIDH y sus efectos jurídicos en materia penal a nivel doméstico, se encuentra el Proceso No. 26021, del 17 de septiembre de 2008²⁴. En este caso, una sentencia de la CORIDH proferida el 12 de septiembre de 2005 es usada como causal de procedencia de la acción de revisión contra un auto que concedía la cesación de procedimiento a favor del procesado²⁵.

La Corte advierte en sus consideraciones que el fallo proferido por la CORIDH en ejercicio de su facultad jurisdiccional tiene carácter vinculante²⁶, debido al reconocimiento de la competencia que el Estado colombiano otorgó a la CORIDH “por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención”, a través de un instrumento de aceptación presentado el 21 de julio de 1985²⁷. Así, “Colombia es Estado Parte de la CADH y a través de un instrumento de derecho internacional público declaró que reconoce como obligatoria de pleno derecho, la competencia de la CORIDH de Derechos Humanos. Por consiguiente, los fallos de este órgano judicial son vinculantes y de obligatorio acatamiento para el Estado colombiano”²⁸. (Subrayas fuera del texto original). De esta forma, concluye la Corte que las sentencias de la CORIDH poseen el

²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Septiembre 17 de 2008. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.

²⁵ En dicho caso, por medio de una petición a la Corte Suprema de Justicia, la defensa del procesado argumenta que se deben desestimar los fundamentos de la acción de revisión, toda vez que el fallo de la CORIDH se encuentra soportado por desinformación desproporcionada por parte de las víctimas, por lo cual, procede a realizar una crítica a los fundamentos fácticos y jurídicos del mismo.

²⁶ “De acuerdo con lo expuesto en precedencia, surge fácil advertir que la *CORIDH de Derechos Humanos* es un juez colegiado cuyos fallos son obligatorios y vinculantes para los Estados Parte de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, bajo la condición de que el Estado haya declarado que “reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” (Artículo 63).” Proceso No. 26021, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado Acta No. 119 Bogotá D.C., 17 de septiembre de 2008

²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Septiembre 17 de 2008. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés.

²⁸ *Ibidem*.

carácter de intangibilidad, esto es, el fallo de la Corte Interamericana es definitivo e inapelable²⁹.

En definitiva, para la Corte Suprema de Justicia las sentencias de la CORIDH son vinculantes en el sentido que la orden de investigar contenida en ellas es suficiente para que la acción de revisión prospere y, por ende, se declaren sin efectos las sentencias penales ya ejecutoriadas. Contrario a esto, los informes de la CIDH -de fondo o de solución amistosa- sólo facultan a la Corte Suprema de Justicia para estudiar la acción de revisión, sin que esto implique de manera alguna que deban dejarse sin efecto las sentencias penales previamente proferidas por otra autoridad judicial.

4.1.5. Factores jurídicos: Conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano las órdenes de reparación de la CORIDH son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para sus entidades a nivel nacional. Esta obligatoriedad se vislumbra tanto en la jurisprudencia constitucional como en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a las obligaciones de investigar y sancionar a responsables penales de violaciones de DDHH.

Así, puede aseverarse que en el contexto colombiano, el cumplimiento o incumplimiento de las órdenes de reparación de las sentencias de la CORIDH no tiene una relación directa con la recepción que de ellas hace el ordenamiento jurídico colombiano. El incumplimiento de una orden de reparación de la CORIDH no puede explicarse bajo una razón jurídica.

²⁹ "(...) lo inobjetable, lo que debe cumplirse sin posibilidad de oponer argumentos en contra es la orden que la autoridad competente investigue efectivamente los hechos, para identificar y juzgar a los responsables." Ver COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Septiembre 17 de 2008. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés.

4.2. Factores institucionales: Estructura estatal para el cumplimiento de las órdenes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Una vez definido el status y efecto jurídico que la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han otorgado a las sentencias de la CORIDH y los informes de la CIDH, es necesario pasar a estudiar los procesos, normas e instituciones del Estado colombiano encargados de materializar el requerimiento que emana del SIDH. Esto tiene como fin determinar si éstos pueden constituirse como un posible factor explicativo del bajo índice de cumplimiento del Estado frente a las órdenes de la CORIDH.

El presente acápite está estructurado de la siguiente manera: primero se explicará el marco normativo que regula la forma en la que el Estado colombiano debe dar cumplimiento a las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH y las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH (art. 51 CADH); en segunda instancia se explicará cómo el Estado colombiano da cumplimiento a las órdenes de reparación consistentes en investigar y sancionar penalmente a los responsables las cuáles, por lo general, aparecen en la mayor parte de informes de fondo de la CIDH y sentencias de la CORIDH. Para ello, se retomará de manera sucinta lo explicado en el capítulo anterior referente a los efectos jurídicos que ha dado la jurisprudencia de la sala penal de la CSJ a las sentencias de la CORIDH e informes de la CIDH a efectos de reabrir procesos penales cerrados. Por último, y atendiendo a la coyuntura actual, se expondrán las posibles implicaciones de la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado en el procedimiento, forma y entidades encargadas de dar cumplimiento a las sentencias de la CORIDH y las recomendaciones de la CIDH.

4.2.1. Estructura estatal para el cumplimiento de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH

La Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) sólo contiene una disposición puntual respecto al cumplimiento a nivel interno de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH. Esta disposición hace referencia exclusiva a las medidas de indemnización compensatorias de carácter estrictamente económico. Así, el artículo 68.2 de la CADH dispone que *“La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”*

Lo anterior implica que cuando se trata de medidas compensatorias, la CADH equipara la sentencia proferida por la CORIDH con las sentencias proferidas a nivel interno en lo que respecta al pago de la indemnización compensatoria. Esto se traduce en la obligación internacional que tienen los Estados Parte de la CADH de permitir utilizar a las víctimas procedimientos internos para hacer efectivos las indemnizaciones de carácter compensatorio³⁰. Por esta razón, esta disposición de la CADH tiene unos efectos limitados en la práctica, pues su incidencia a nivel interno abarca solo una parte de las medidas de reparación. Frente a los otros tipos de reparaciones, son los propios Estados los que determinan la forma en la que deben dar cumplimiento.

Generalmente, las sentencias de la CORIDH no se limitan a ordenar medidas compensatorias, sino que incluyen múltiples órdenes de reparación de diversa naturaleza³¹. De acuerdo a lo anterior, queda a libre determinación de los Estados la forma en la

³⁰ Sobre las dificultades legales que puede acarrear hacer efectivo el pago de la indemnización compensatoria de una sentencia de la CORIDH en el ordenamiento jurídico colombiano ver, ACOSTA LÓPEZ, J. & BRAVO RUBIO D., “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la CORIDH de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana” en *International Law: Revista colombiana de derecho Internacional*, No. 13, Junio-noviembre de 2008.

³¹ Con respecto a la naturaleza de las órdenes de reparación decretadas por la CORIDH y la forma como se categorizan en este estudio, ver Anexo metodológico.

que han de cumplir con todas las otras medidas de reparación ordenadas por la CORIDH.

Para este fin, y en contraposición a un marco legal rígido que asigne a entidades estatales específicas el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en las sentencias de la CORIDH, el Estado colombiano optó por crear un foro deliberativo compuesto por distintas entidades gubernamentales, el cual tiene la obligación general de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos Humanos.

En síntesis, no existe entonces ninguna ley o disposición que, por ejemplo, señale que todas las medidas de reparación simbólica (por ejemplo la construcción de un monumento en honor a la memoria de las víctimas) decretadas por la CORIDH serán implementadas, por ejemplo, por la Vicepresidencia de la República o el Ministerio de Cultura.

Por el contrario, el Estado optó por la creación de la Comisión Intersectorial para la Coordinación y Seguimiento de la Política Nacional en Materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (en adelante Comisión Intersectorial), creada por el Decreto 3120 de 2000 y actualmente regulada por el Decreto 4100 de 2011, con el propósito de asignarle la función específica de “Impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”³². Esta Comisión funciona como un foro deliberativo y decisivo en el cual, una vez recibida la sentencia de la CORIDH, se debate y decide en su interior qué entidad estatal dará cumplimiento a cada una de las órdenes³³. La

³² En este punto se debe tener en cuenta que la Comisión Intersectorial no sólo posee la función específica de “Impulsar el cumplimiento y seguimiento de los compromisos y obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”. También ejerce otro tipo de funciones como promover la integración y articulación los diferentes planes, programas, acciones e iniciativas del Estado para la promoción, protección, defensa y garantía de los Derechos Humanos y aplicación del DIH, en orden a adelantar una política integral, coherente y participativa, la promoción de la adecuación de la legislación nacional a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los cuales Colombia sea parte y coadyuvar al cumplimiento de los compromisos internacionales en estas materias, promoción de la cooperación entre el Estado y los particulares para fortalecer la promoción y el respeto de los Derechos Humanos y la aplicación del DIH, entre otras. Numeral 6, artículo 9 Decreto 4100 de 2011.

³³ Ni el Decreto 4100 de 2011, ni ninguna otra normatividad establece qué entidades estatales deben cumplir qué medidas de reparación ordenadas en una sentencia de la CORIDH. En

Comisión se encuentra presidida por el Vicepresidente de la República, y está compuesta por los Ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional, Agricultura, Salud y Protección Social, Trabajo, y Cultura y el Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. La Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Congreso de la República tienen el carácter de invitados permanentes.

En síntesis, se trata de un ente en el que se encuentran representados todos los poderes estatales así como los órganos de control. No obstante, es importante señalar que las entidades con poder de voto y decisión son todas de la Rama Ejecutiva.

El seguimiento a los compromisos que emanan de la Comisión Intersectorial es realizado por el Grupo Técnico al que se refiere el Decreto 4100 de 2011, y también por la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores a través del Grupo Operativo Interinstitucional, creado mediante la Directiva Presidencial 02 de 2005 para llevar a cabo una estrategia coordinada para la atención y defensa de los casos que se encuentran ante el SIDH.

Este grupo operativo, además de articular la defensa internacional del Estado ante los órganos que componen el SIDH³⁴, se encarga también de hacer seguimiento al cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en las sentencias de la CORIDH e informes de la CIDH. El Grupo Operativo Interinstitucional funge entonces como ente centralizador de la información en los procesos de implementación y cumplimiento de las órdenes de la CORIDH. Es importante aclarar, en todo caso, que el Grupo Operativo no es necesariamente el llamado a cumplir las órdenes

atención a las múltiples órdenes de reparación y a su naturaleza diversa. la decisión respecto a cuál entidad estatal se encargará de dar cumplimiento a una medida en particular se da en el marco de las discusiones y acuerdos a los que se llegan al interior de la Comisión Intersectorial atendiendo a las competencias que se han otorgado por ley a las distintas entidades estatales.

³⁴ Más adelante se explicará la coyuntura actual respecto a la defensa jurídica de la Nación ante Cortes Internacionales la cual podría pasar a ser responsabilidad de la nueva Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

de la CORIDH; su labor se limita a una especie de secretaría técnica que recopila y facilita el flujo de información entre entidades Estatales y víctimas, o sus representantes.

4.2.2. Estructura estatal para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH (art. 51 CADH)

Igual que las sentencias de la CORIDH, los informes de fondo de la CIDH contienen recomendaciones de diversa naturaleza tendientes a reparar los daños y perjuicios sufridos por las víctimas. Siendo así, éstos contienen generalmente recomendaciones destinadas a garantizar la eliminación de impunidad para el caso particular así como otras medidas de tipo resarcitorio, como la compensación económica, medidas de reparación simbólica, atención médica a las víctimas, etc.

El cumplimiento de estas recomendaciones de la CIDH surte el mismo proceso que las órdenes de las sentencias de la CORIDH descrito anteriormente. El único aspecto que es regulado de otra forma es la indemnización económica.

Para este asunto en particular, el Estado colombiano aplica la Ley 288 de 1996, la cual establece los instrumentos y procedimientos para la indemnización de perjuicios a víctimas de violaciones de Derechos Humanos declaradas por organismos internacionales cuasi-judiciales, como el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la CIDH.

Como condición para proceder a celebrar conciliaciones que lleven al pago de la compensación económica, dicha ley establece dos requisitos: "1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios; y 2. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por: a) El Ministro del Interior; b) El Ministro de Relaciones Exteriores; c)

El Ministro de Justicia y del Derecho; d) El Ministro de Defensa Nacional.”

Según esta Ley, el Comité descrito en el numeral 2º deberá proferir un concepto favorable siempre que se reúnan los presupuestos de hecho y derecho establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales aplicables. En caso que el Comité considere que estos presupuestos no están presentes, deberá comunicarlo al Gobierno nacional para que éste interponga una demanda o apele la decisión si ello es posible. En caso que no exista una instancia superior a la cual se pueda apelar, el Comité está obligado a rendir concepto favorable.

Un aspecto positivo de la Ley 288 de 1996 es que ésta señala que el trámite contenido en ella procederá aun cuando las acciones internas en materia de reparación hayan prescrito. Por ejemplo, la Acción de Reparación Directa contenida en el Código Contencioso Administrativo, mediante la cual se demanda a la administración cuando agentes estatales cometen actos u omisiones que ocasionan violaciones a los Derechos Humanos, prescribe dos años después del hecho u omisión atribuible a la administración. La Ley 288 de 1996 previó este inconveniente y estableció la forma de solucionarlo.

Una vez el Comité emite el concepto favorable, éste se constituye entonces en un mecanismo que permite reactivar el proceso interno para buscar una conciliación con el Estado. Al ser proferido, el Gobierno debe solicitar una audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público que esté adscrito al Tribunal Contencioso competente para dirimir el caso, de acuerdo a las reglas de competencia del ordenamiento jurídico interno.

El agente del Ministerio Público citará a los interesados a fin de que éstos presenten los medios de prueba que demuestren su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios. Sobre este punto, la Ley 288 de 1996 asigna a las pruebas valoradas por el órgano internacional una relevancia especial frente a las pruebas que consten en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos.

Una vez allegadas las pruebas, la entidad pública a la cual haya estado vinculado el servidor público responsable de los

hechos, pasará a determinar de común acuerdo con las personas que hayan demostrado un legítimo interés, el monto de la indemnización de los perjuicios. Este acuerdo será incorporado en un acta, que será remitida al Juez Contencioso Administrativo competente para el caso, para que éste determine si resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, y también para cerciorarse de que ésta no se encuentre viciada de nulidad. En caso que el juez determine la ocurrencia de alguna de estas dos opciones, emitirá una sentencia motivada. Ante esta situación, los interesados podrán reformular los términos de la conciliación o, si la nulidad no fuese absoluta, subsanarla y someterla de nuevo a examen del Juez.

Como última opción, en caso que no se llegase a un acuerdo con la entidad estatal presuntamente responsable, los interesados están facultados por la Ley 288 para acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente, al trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental, según lo previsto en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo a lo anterior, se evidencia que a partir de la Ley 288 de 1996 el Estado colombiano ha implementado un mecanismo interno para el cumplimiento de las recomendaciones referentes a compensación económica.

4.2.3. Estructura estatal para el cumplimiento de la medida de reparación o recomendación consistente en investigar y sancionar penalmente a los responsables

Generalmente, la naturaleza de los casos decididos por la CORIDH y la CIDH implica un incumplimiento previo por parte de los Estados en materia de investigación y sanción de los responsables de violaciones a Derechos Humanos. Esto implica que la jurisdicción penal del Estado no adelantó una investigación con la debida diligencia y esfuerzos que requiere un caso en el que se han violado Derechos Humanos reconocidos en la CADH.

Para dar cumplimiento a las órdenes de las sentencias de la CORIDH o a las recomendaciones de los informes de la CIDH frente a esta obligación de investigar y sancionar, el Estado colombiano

ha hecho uso de la acción de revisión contenida en el Código de Procedimiento Penal, como ya fue expuesto anteriormente.

La práctica común para dar cumplimiento a este tipo de solicitudes del SIDH, ha sido el trabajo mancomunado entre el Grupo Operativo Interinstitucional y la Procuraduría General de la Nación. Una vez el informe de la CIDH o la sentencia de la CORIDH es transmitida al Estado, el Grupo Operativo Interinstitucional, la entidad que centraliza y coordina la actuación estatal para dar cumplimiento a estos requerimientos, solicita a la Procuraduría General de la Nación interponer la acción de revisión a fin de cumplir con el requerimiento del SIDH. Teniendo en cuenta su mandato constitucional contenido en el artículo 277, y en particular su función de *“Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”*, la Procuraduría interpone la acción de revisión, generando así la posibilidad de reabrir el proceso penal y dar cumplimiento al requerimiento del SIDH.

Este procedimiento es común tanto para las sentencias de la CORIDH como para los informes de la CIDH. No obstante, como se señaló en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha corporación ha decidido darle un status y efecto jurídico distinto a estas dos providencias del SIDH.

En este orden de ideas, el cumplimiento de este tipo de recomendaciones depende en gran medida de las determinaciones que adopte a nivel interno la rama judicial. No existe, para las recomendaciones contenidas en la CIDH, un camino más expedito o seguro que garantice de manera irrestricta el cumplimiento de esta obligación. Así la CIDH haya determinado en sus conclusiones que efectivamente el Estado colombiano violó la obligación de garantizar un acceso a la justicia o un recurso efectivo y eficaz, esa conclusión, por sí sola, no es suficiente para declarar inválida la actuación adelantada previamente, de acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia. Serán entonces únicamente las determinaciones de órganos nacionales las que decidirán si efectivamente se reabren las investigaciones penales tendientes a determinar los responsables de las violaciones alegadas.

De acuerdo a lo anterior, y en contraste con la argumentación utilizada por la Sala Penal, se puede señalar que una sentencia de la CORIDH tiene la capacidad de hacer prosperar de manera inmediata la acción de revisión, removiendo el manto protector de la cosa juzgada y del principio de *non bis in idem*, mientras que los informes de la CIDH, por no ser vinculantes para el Estado colombiano, apenas tienen la capacidad de ser usados como una causal válida para interponer la acción de revisión.

4.2.4. Implicaciones de la creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado

La creación de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (en adelante “la Agencia”) se da en un contexto de preocupación por el costo económico que tienen para el Estado las condenas por actuaciones de la administración. En noviembre de 2011, el Presidente colombiano explicaba que el Estado enfrentaba pretensiones ante instancias judiciales en más de 260.000 procesos, por más de 1.028 billones de pesos³⁵. Por tal razón, mediante la Ley 1444 de 2011 el Congreso otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para la creación de una Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, y posteriormente el Decreto 4085 de 2011 le asignó sus funciones. El artículo 6 del Decreto se refiere a la defensa del Estado ante organismos y jueces internacionales, y le otorga a la Agencia la función de *“coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado en los procesos que se adelanten ante organismos y jueces internacionales o extranjeros, de conformidad con los tratados y acuerdos que regulen la materia, salvo las controversias a las que se refiere el numeral siguiente;”*³⁶

De acuerdo a lo anterior, la Agencia sería la Unidad Administrativa encargada de coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado ante los órganos que componen el SIDH. En este punto,

³⁵ www.elespectador.com. “Presentan Agencia que blindará al Estado contra lluvia de demandas” [en línea] 1 Noviembre de 2011. Diario EL ESPECTADOR: <http://www.elespectador.com/economia/articulo-308855-presentan-agencia-blindara-al-estado-contra-lluvia-de-demandas>

³⁶ El numeral siguiente al citado se refiere a las controversias comerciales internacionales y a obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión.

es importante señalar que tan pronto como la Agencia fue creada, tuvo que lidiar con el mayor escándalo que se ha presentado en el Estado colombiano relacionado con el SIDH: el caso relacionado con unas presuntas “falsas víctimas” en el caso de Mapiripán.

Años después que la sentencia fuera proferida y de que el Estado pagara las indemnizaciones económicas ordenadas por la Corte, una víctima reconocida como tal en la sentencia de la CORIDH expresó ante un tribunal nacional que en realidad no era una verdadera víctima, pues su esposo y sus hijos no habían muerto en la masacre de Mapiripán como quedó consignado en la Sentencia de la CORIDH., relato que fue corroborado posteriormente por la Fiscalía General de la Nación. Más allá de si existió un fraude al Estado y a la misma CORIDH, o de las críticas que se le puedan hacer al análisis probatorio que hace la CORIDH en los casos que estudia, lo que causó más extrañeza es que el mismo Estado en su estrategia de litigio ante la CORIDH hubiese reconocido como víctimas a personas que, como luego se vino a conocer, en realidad no eran tales. Esto reveló entonces una defensa del Estado fragmentada y con vicisitudes en el flujo de información. La Agencia busca entonces prevenir situaciones de este tipo al centralizar la defensa jurídica del Estado, y establecer protocolos que guíen el accionar de los agentes del Estado ante los organismos internacionales, ya sea la CIDH o la CORIDH.

A pesar de la importancia que tiene la creación de la Agencia, y de los posibles efectos que puede generar en las líneas de defensa judicial del Estado colombiano ante el SIDH, es importante señalar que para el tema específico del cumplimiento e implementación de las órdenes de reparación contenidas en las sentencias de la CORIDH, no se le otorga competencia alguna mediante su Decreto reglamentario. En este sentido, y de acuerdo a lo expresado por uno de los funcionarios del Estado quien trabaja en el tema particular de cumplimiento de Sentencias de la CORIDH, la Comisión Intersectorial continuará siendo el órgano encargado de esta materia³⁷.

³⁷ Entrevista a funcionario del Estado realizada el 17 de mayo de 2013. Por solicitud expresa del entrevistado su nombre se mantiene en reserva.

4.2.5. Factores institucionales: Conclusiones

Desde el año 2000, existe una compleja estructura estatal creada específicamente para el cumplimiento de las disposiciones de los órganos de interpretación, control y vigilancia de los tratados de Derechos Humanos. Dentro de estos, claro está, se encuentra la CORIDH. Si bien esta estructura estatal tiene algunas falencias, la existencia de esta estructura no puede explicar por qué hay casos con índices de cumplimiento más alto que otros.

4.3. Factores presupuestales

Uno de los posibles factores explicativos de un bajo índice de cumplimiento de órdenes de la CORIDH podría ser la inexistencia de recursos económicos asignados para las reparaciones. Por ende, se investigó si el Estado colombiano tiene recursos económicos reservados exclusivamente al pago, no sólo de las indemnizaciones económicas decretadas por la CORIDH, sino también para el cumplimiento de otras órdenes como, por ejemplo, la reparación simbólica que muchas veces implica la construcción de un monumento y, por ende, la contratación de un artista, compra de materiales, etc.

El Estado colombiano asigna un rubro presupuestal para hacer efectivo el cumplimiento de las órdenes de reparación decretadas por la CORIDH, así como a las recomendaciones hechas por la CIDH. A partir de la ley de Presupuesto General de la Nación la cual se promulga anualmente, se concede un rubro especial destinado no sólo a cubrir las compensaciones económicas, sino todos los otros gastos que conlleva el cumplimiento de las demás órdenes de reparación: construcción de monumentos en honor a las víctimas, tratamiento médico y psicológico, etc.

Este rubro existe sin perjuicio que las entidades, al gozar de autonomía presupuestal de acuerdo a lo establecido en el artículo 110 de Estatuto Orgánico de Presupuesto, decidan destinar recursos de su propio presupuesto para gastos relacionados con las reparaciones o recomendaciones que emanan del SIDH, y que le son asignadas mediante la Comisión Intersectorial.

Desde el año 2007 hasta el 2012 los valores apropiados en el rubro han sido los siguientes³⁸:

Tabla 2. Pesos Corrientes.

VIGENCIA	APROPIACIÓN
2007	\$38.900.000.000 (en dólares, ³⁹ \$21.641.168.29)
2008	\$40.000.000.000 (en dólares, \$22.253.129.35)
2009	\$41.800.000.000 (en dólares, \$23.254.520.17)
2010	\$41.733.120.000 (en dólares, \$23.217.312.93)
2011	\$40.485.113.600 (en dólares, \$22.523.011.74)
2012	\$41.699.667.008 (en dólares, \$23.198.702.09)

Para hacer efectiva la utilización del rubro, la Dirección de Derechos Humanos y DIH del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Grupo Operativo Interinstitucional, solicita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se transfiera determinada cantidad de dinero a la entidad que, de acuerdo a lo decidido en la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos, sea la encargada de cumplir con una orden de reparación específica de una sentencia de la CORIDH.

4.3.1. Factores presupuestales: Conclusiones

Como resulta claro, el Estado colombiano sí asigna recursos económicos destinados al pago de reparaciones, y lo hace de manera global, sin hacer diferenciaciones entre los diferentes tipos de órdenes y decisiones. En tal sentido, la baja tasa de cumplimiento no puede ser explicada el factor presupuestal.

4.4. Factores informales

Reciente literatura relacionada con el cumplimiento estatal del derecho internacional ha hecho especial énfasis en los procesos informales de apropiación nacional de los estándares

³⁸ Respuesta a Derecho de Petición. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Octubre 3 de 2012.

³⁹ Teniendo en cuenta el valor del dólar en pesos colombianos el día lunes, 18 de marzo de 2013: \$1797.5 pesos

internacionales⁴⁰. En este marco, especial relevancia se da a los procesos derivados de la cultura organizacional de las burocracias encargadas con la implementación de las órdenes jurídicas internacionales. Atendiendo a la relevancia de tal factor, se efectuaron una serie de entrevistas para obtener una visión del proceso desde adentro. Estas entrevistas semi-estructuradas fueron realizadas después de haber estudiado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, e igualmente después de haber analizado la estructura estatal dispuesta a dar cumplimiento a los requerimientos del SIDH. Por esta razón, las entrevistas tenían dos propósitos principales: primero, conocer la opinión general de los actores involucrados en el grado de cumplimiento del Estado colombiano frente a los requerimientos del SIDH, particularmente, las órdenes de la CORIDH. En segundo lugar, y teniendo en cuenta los hallazgos preliminares, se indagó por pistas que condujeron a tratar de encontrar explicaciones o factores alternativos para entender qué determina efectivamente que el Estado cumpla o no las órdenes de la CORIDH.

A continuación se consignan algunas de las principales conclusiones extraídas de dichas entrevistas, las cuales consideramos relevantes para el estudio y que nos permitieron reflexionar y acercarnos a la idea de formular una serie de factores externos diseñados como variables independientes, con el fin de entender mejor el fenómeno del cumplimiento de las órdenes de la CORIDH.

En primer lugar, un representante de las víctimas señaló que *"el litigio no se acaba con la sentencia. El litigio sigue en la fase de implementación de las órdenes de reparación"*⁴¹. El litigio no se

⁴⁰ Véase: HAROLD HONGJU KOH, "Internalization Through Socialization", *Duke Law Journal*, 54, no. 4 (2005): 975–982. HAROLD HONGJU KOH, "Why Transnational Law Matters", *Penn State International Law Review* 24 (2006–2005): 745. HAROLD HONGJU KOH, "Why Do Nations Obey International Law?" *Yale Law Journal* 106, no. 8 (June 1997): 2599–2659. De similar forma, vease JUTTA BRUNNÉE & STEPHEN J. TOOPE, "International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law", *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000): 19. STEPHEN J. TOOPE & JUTTA BRUNNÉE., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

⁴¹ Entrevista a Luz Marina Monzón, representante de víctimas ante la CORIDH para el caso de Pueblo Bello. Octubre 17 de 2012.

agota con la sentencia o el informe que profiere la CORIDH o la CIDH, puesto que en la fase de implementación de las órdenes de reparación el Estado acude a argumentos formales para dilatar el cumplimiento de las órdenes⁴². Por ejemplo, el Estado argumenta algunas veces que la tasa de cambio que utilizará para liquidar la totalidad de la compensación económica será distinta a la señalada por la Corte, exige documentos adicionales o innecesarios para pagar el dinero a las víctimas, etc. La conducta del Estado previamente descrita se explica por el contenido de las sentencias que en algunas ocasiones toca fibras sensibles para el Estado. En el caso colombiano, ejemplo de esto pueden ser las sentencias referentes al fenómeno del paramilitarismo y la creación del riesgo por parte del Estado, así como su omisión para su posterior desactivación. El Estado no sólo busca controvertir esto a través de argumentos legales sino también, en opinión de la persona entrevistada, en la implementación de las medidas de reparación. En definitiva, la fase de cumplimiento parece ser el escenario de un nuevo proceso de debate entre las víctimas y el Estado, a fin de concretar los métodos y tiempos en los que las órdenes de la CORIDH serán llevadas a cabo⁴³. Este hallazgo fue ratificado por una ex funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores quien manifestó que en determinados casos, la fase de cumplimiento es una fase “permeada por intereses políticos.” Para explicar esto se refirió al caso de Pueblo Bello y señaló

“El caso de Pueblo Bello, por ejemplo, es un caso bien interesante porque era el momento de salida del hoy Presidente de Colombia del Ministerio de Defensa para inscribir su candidatura a la Presidencia. Muy rara vez un Ministro de Defensa quiere hacer el reconocimiento en un caso donde ha habido acción y

⁴² Para ilustrar este ejemplo la persona entrevistada utilizó el ejemplo del pago de compensación económica en el caso de Pueblo Bello.

⁴³ Algunos de los entrevistados manifestaron inconformidad con el hecho que la Comisión Intersectorial sólo esté conformada por entidades estatales y que la sociedad civil tenga un rol marginal en ella (la sociedad civil solo asiste a las reuniones de la Comisión intersectorial cuando es invitada y no tiene voto en sus decisiones). En su opinión, la implementación de las medidas requiere de las dos partes y la Comisión intersectorial, por su estructura y conformación, monopoliza el cumplimiento de las medidas haciendo oídos sordos a las opiniones de las víctimas y sus representantes. Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias. Octubre 3 de 2012.

omisión del Estado. (...) Lo asumí, a mi juicio, como una bandera política. Entonces, un caso que llevaba mucho tiempo a nivel interno tratándose de negociar el reconocimiento de responsabilidad, cuando él iba saliendo del Ministerio dijo, yo hago el reconocimiento. (...) Pasa también a la inversa. Por intereses políticos ciertos casos se duermen un poco y no avanzan tan rápido. Por el costo político que van a tener⁴⁴.

En segundo lugar, se determinó la inoperatividad de la Comisión intersectorial de Derechos Humanos. En apariencia, la Comisión Intersectorial opera únicamente como un foro donde se asignan responsabilidades específicas a cada entidad, pero que luego carece de cualquier mecanismo para hacer que dichos compromisos sean efectivamente cumplidos. Una de las preocupaciones de los litigantes ante el SIDH es que al responsabilizar a entidades específicas del cumplimiento de distintas medidas, la naturaleza integral de las medidas de reparación se pierde, pues unas medidas son cumplidas en mayor proporción que otras. De esta forma, la visión integral de la reparación queda solo en el papel.

Así, según Nelson Camilo Sánchez, de DeJusticia, *“existen barreras institucionales. Yo sinceramente creo que en todos los casos que involucran directamente la responsabilidad de militares existe una imposibilidad de cumplimiento grande; existe un gran veto del Ministerio de Defensa y de los militares específicos. Yo creo que quedó ampliamente demostrado con el caso del Palacio de Justicia y la forma como se demostró que el Ministerio de Defensa ponía o quitaba los abogados y lo mismo pasa respecto del cumplimiento y la reticencia del cumplimiento de parte de Colombia. Yo creo que cuando toca el núcleo duro de los militares existen barreras grandísimas para el cumplimiento de estos casos. Yo creo que el reconocimiento general de responsabilidad del Estado es en términos de defensa del Estado significativo, pero entre más se concretiza la orden y su cumplimiento ahí digamos más callos toca porque ahí ya tiene que ver con responsabilidad*

⁴⁴ Entrevista realizada a una ex funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores. Marzo 12 de 2013. El nombre de la entrevistada se mantiene en anonimato por expresa solicitud de ella.

*individual y disciplinaria y tiene que ver con responsabilidad más institucional. Por eso el seguimiento del cumplimiento de las órdenes de reparación de la CORIDH es un campo ampliamente disputado que no debería serlo*⁴⁵.

Otros puntos señalados fueron los siguientes: i) a pesar que ya se han proferido varias sentencias contra el Estado colombiano, parece no haber una estructura con experticia suficiente para atender a las órdenes de la Corte (ya sea una estructura general como lo es la Comisión Intersectorial, o estructuras particulares al interior de cada Ministerio o entidad estatal que participe con relativa regularidad en la implementación de medidas de reparación). Esta falta de experticia hace que la implementación de las medidas de reparación sea muy lenta, y que no se pueda “construir sobre lo construido”; ii) algunos usuarios del SIDH consideran que un marco legal que de antemano asigne responsabilidades a las entidades (por ejemplo una norma que indique que todas las órdenes relacionadas con reparación simbólica están a cargo de una dependencia particular del Ministerio de Cultura), así como plazos para el cumplimiento de las órdenes de la CORIDH, y repercusiones de tipo disciplinario por el incumplimiento o falta de diligencia de parte de los funcionarios encargados podría tal vez ser más efectivo que la forma en la que actualmente funciona la Comisión Intersectorial.

En tercer lugar, se encontró que para los representantes de las víctimas las medidas de reparación con mayor grado de incumplimiento son la investigación penal y atención psicosocial. Esta afirmación se basa, por un lado, en la clara debilidad del aparato judicial del Estado colombiano en materia de investigación penal. Para algunos, esto no es una característica exclusiva de los casos que llegan al SIDH o de casos con determinados patrones explicativos, sino un fenómeno generalizado que se evidencia en las altas cifras de impunidad en el Estado colombiano. Por otro lado, la falta de grupos interdisciplinarios que entiendan la realidad de las víctimas y la forma en que deben ser atendidas, es causal de incumplimiento de la medida de atención psicosocial. Pareciera

⁴⁵ Entrevista realizada a Nelson Camilo Sánchez (DeJusticia). Coordinador del área de Justicia Transicional por 5 años. Trabajó como abogado de la CIDH por 4 años. 21 de Mayo de 2013.

que en las entidades estatales encargadas de servicios de salud todavía no existe una concepción adecuada de los traumas que causa el conflicto armado en las víctimas, y la forma en que éstas deben ser atendidas.

En cuarto lugar, se determinó que las medidas de reparación que requieren de múltiples trámites burocráticos, se atascan en su implementación. Por ejemplo, la construcción de monumentos requiere múltiples contratos y permisos urbanísticos. Sumado a esto, los cambios de funcionarios y de administraciones municipales o departamentales hace que los procesos que venían gestándose durante largo tiempo, se vean detenidos mientras la nueva administración se familiariza con ellos o, incluso, que sean devueltos a fases previas. Representantes de las víctimas consideran que cuando se trata de dar cumplimiento a órdenes de reparación en materia de Derechos Humanos, los trámites burocráticos deberían ser matizados en razón al fin que dichas medidas persiguen. Como lo manifestó uno de los abogados entrevistados “no es lo mismo construir un puente que un monumento para honrar la memoria de las víctimas”⁴⁶.

En este punto, es relevante recordar lo manifestado por un funcionario del Estado encargado de adelantar el cumplimiento de sentencias de la CORIDH, quien solicitó que su nombre se mantuviera bajo reserva:

“Yo creo que hay dos temas principalmente: uno es el proceso de concertación porque si uno analiza en todas se ha llevado un proceso de concertación desde hace mucho tiempo. Es decir, hay gestión del Estado en conjunto con los representantes pero ese es un proceso muy largo en el que hay muchos intereses de por medio entonces eso hace que se dificulte llegar a un compromiso concreto frente a un tema.

El otro tema tiene que ver ya internamente de cómo responden las diferentes entidades del estado entonces como le decía hay una dificultad por que jurídicamente y administrativamente las entidades para aceptar que son competentes para cumplir con la orden generalmente sacan todos

⁴⁶ Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias. Octubre 3 de 2012.

los argumentos posibles para decir que no es posible o que no son competentes para la adopción de esas acciones. Yo creo que esos dos temas dificultan el cumplimiento de sentencias.

Teniendo en cuenta que está la plata uno pensaría que ya eso es como el elemento primordial para avanzar en este caso sabemos que hay un rubro especial para el cumplimiento de sentencias pero digamos esa plata tiene que entrar a las entidades que van a cumplir determinada orden de la CORIDH y ahí es cuando entra a jugar el tema administrativo y es que generalmente argumentan que no es posible que esa plata que tiene el presupuesto nacional entre a alguna entidad para el cumplimiento por que al interior de la entidad no está esa partida identificada dentro del presupuesto de la entidad, entonces dicen que toca hacer una reforma, que administrativamente eso ya no es posible en tal vigencia o que jurídicamente la misión de la entidad no es el cumplimiento de eso entonces ahí es cuando digo que, a pesar que existe esa plata, administrativa y jurídicamente uno siempre encuentra trabas al interior de las diferentes entidades. Eso también tiene que ver con el compromiso político. Algo que se ha venido trabajando y es precisamente intentar que las entidades tengan la voluntad política para hacer las cosas. Yo creo que si hay voluntad política uno puede mover cosas. El problema es ese, que uno a veces choca con el tema administrativo, el tema jurídico y en algunos casos no hay voluntad política de avanzar.

Esa voluntad política es del funcionario básico, con el que uno habla por teléfono. En muchos de los temas no llegan a los altos funcionarios de las entidades yo creo que es como una de las apuestas o los retos que nosotros tenemos que superar y es realmente intentar interactuar con las personas que toman en última instancia las decisiones para poder avanzar. Yo creo que a nivel técnico estamos acostumbrados a decir que no se puede como una forma de cubrir a la entidad para evitar que le metan más actividades de las que desarrollan entonces yo creo que esto tiene que ver mucho con el nivel técnico. Yo creo que uno tiene que subir a un nivel más alto las decisiones.

Yo creo que para gran parte de los funcionarios de muchas de las entidades realmente no entienden el tema, no lo sienten como

algo que realmente el Estado debe cumplir en conjunto. Tenemos casos donde uno va a las autoridades locales o regionales y simplemente uno les habla del tema del cumplimiento de una sentencia y dicen más o menos que eso es responsabilidad del orden nacional. Entonces eso es un ejemplo claro de cómo las entidades departamentales no sienten como suyo este tema. (...) muchas de las sentencias tienen órdenes que involucran al territorio, para ello necesitamos contar con el aval o con el apoyo de estas autoridades locales. Hacerlas entender que ellas deben cumplir con ello es difícil pero ahí poco a poco lo hemos venido haciendo.”

En quinto lugar, se estableció la importancia del seguimiento de la CORIDH al cumplimiento de sentencias. Los entrevistados concordaron, en su mayoría, en la importancia del seguimiento que hace la CORIDH del cumplimiento de las órdenes de reparación. En su opinión, el papel más importante de la CORIDH es el de “hacer oír la voz de las víctimas en sus audiencias de seguimiento así como en sus resoluciones de supervisión de cumplimiento”⁴⁷. A pesar de esto, todos consideran que el mecanismo puede y debe ser mejorado, pero en cuanto a la forma o mecanismo que podría mejorar el seguimiento no hay consenso. Algunos consideran que la presión política o diplomática sin ningún tipo de coerción hace que los Estados incumplan las sentencias de la CORIDH, sin miedo a ninguna consecuencia de tipo práctico. En este sentido, algunos proponen que el incumplimiento de las órdenes de reparación acarree sanciones de tipo económico a los Estados, o sanciones de tipo político más tangibles, como por ejemplo la expulsión de los países de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”)⁴⁸.

Otros representantes de las víctimas son algo más escépticos respecto a la conveniencia de realizar cambios al mecanismo de seguimiento actual. Para ellos, ceder el seguimiento del cumplimiento a los órganos políticos de la OEA (por ejemplo la

⁴⁷ Entrevista a Rafael Barrios, Abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Noviembre 9 de 2012.

⁴⁸ Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias. Octubre 3 de 2012.

Asamblea General o el Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos) sería sumamente riesgoso, pues en su opinión estos están altamente desacreditados debido a su inacción frente a problemas sumamente graves que se presentan en la región. Mantener el mecanismo de seguimiento en manos de la CORIDH garantiza, en opinión de algunos, que alguna entidad sea capaz de exigirle a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, sin que haya una negociación diplomática o un cruce de favores e intereses de por medio⁴⁹.

Por último, se encontró que la fragmentación de la representación de las víctimas es un hecho que afecta el cumplimiento de las sentencias. Algunos de los entrevistados relataron que se han presentado situaciones en las que el Estado realiza el proceso de concertación de una medida de reparación de carácter general, como por ejemplo un acto de perdón público,⁵⁰ con un grupo reducido de víctimas, dejando por fuera a la mayoría de ellas. Uno de los entrevistados señaló que esta fue una estrategia adelantada por el Gobierno anterior. De esta forma, en algunas ocasiones los funcionarios estatales negociaban directamente con las víctimas, desconociendo a sus representantes y generando fracturas al interior del grupo de víctimas. En otros casos, también ocurría que no todas las víctimas que acudían a la CORIDH eran representadas por la misma ONG.

En este sentido, cuando la Corte profiere una medida de reparación integral de carácter general, el proceso de concertación de la medida puede hacerse más complejo, pues no necesariamente los intereses de las víctimas coinciden. Esto puede llevar a que el Estado adelante la ejecución e implementación de la medida, sin que haya un consenso entre las víctimas respecto a la mejor forma de dar cumplimiento a ella.

⁴⁹ Entrevista a Rafael Barrios, Abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Noviembre 9 de 2012.

⁵⁰ El ejemplo dado para ilustrar esta problemática fue el acto de perdón público ordenado por la Corte en el caso de 19 comerciantes el cual la Corte ya consideró como cumplido por el Estado colombiano.

4.5. Factores externos

Los hallazgos descritos hasta el momento no permiten entender de manera clara qué determina que el Estado colombiano cumpla o incumpla con órdenes de la CORIDH. Varias preguntas permanecen sin respuesta, las cuales no pueden ser respondidas con base en los factores analizados hasta el momento. Ni el valor jurídico de las sentencias de la CORIDH, ni la estructura organizacional del Estado encargada de dar cumplimiento a estas órdenes, nos explican el fenómeno de forma satisfactoria.

Algunas opiniones de los representantes de las víctimas ante la CORIDH respecto a la estructura y falta de funcionalidad efectiva por parte de la Comisión Intersectorial podrían explicar el bajo índice de cumplimiento a nivel general. No obstante, esa observación por sí sola no puede explicar ni los disímiles índices de cumplimiento al analizar las órdenes en categorías de acuerdo a su naturaleza, ni tampoco los distintos grados de cumplimiento de los diferentes casos.

En todo caso, las opiniones recogidas mediante las entrevistas dan indicios de que hay otra serie de factores que inciden sobre el proceso de cumplimiento, pero que son imperceptibles si el análisis se centra en aspectos jurídicos o institucionales.

Los resultados obtenidos en las entrevistas, al ser leídos bajo la óptica propuesta por Beth Simmons⁵¹, en el sentido de buscar qué factores sociales hacen que el sistema legal tenga *tracción* o no para que efectivamente la promesa legal se vea materializada, condujeron a hacer un trabajo que persigue un objetivo similar al suyo.

4.5.1. Metodología del estudio de factores externos

De esta forma, se buscó proponer una forma distinta de estudiar el cumplimiento de las órdenes de la CORIDH, en la que se consideró que ciertos factores externos (es decir, factores no jurídicos y no institucionales) pueden permitir un estudio del

⁵¹ SIMMONS, B., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

cumplimiento más cercano a la realidad descrita por los usuarios del SIDH.

Esta idea trasladada a la práctica implicó entonces la formulación de 9 hipótesis que podrían explicar por qué una orden o un caso como tal se cumple en mayor o menor medida. En términos metodológicos estas 9 hipótesis son variables independientes categóricas que pretenden explicar la variable dependiente, que en este caso es el grado de cumplimiento de la orden puntual o el caso. La variable dependiente usa las 3 categorías establecidas por la CORIDH a través de sus resoluciones de supervisión de cumplimiento: cumplido, incumplido y cumplido parcialmente.

Varias de las hipótesis que fueron operativizadas a través de variables independientes surgieron directamente de los hallazgos realizados mediante las entrevistas. Otras, son el fruto de la intuición propia del grupo investigador.

A continuación se presentan las variables independientes que se usaron para analizar el grado de cumplimiento de órdenes puntuales y casos de la CORIDH:⁵²

Tabla 3. Variables independientes para el análisis del grado de cumplimiento de órdenes puntuales y casos de la CORIDH.

VARIABLE INDEPENDIENTE	CATEGORÍAS	UNIDAD DE ANÁLISIS
Naturaleza de la orden de reparación	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Compensación de carácter no económico ▪ Compensación económica ▪ Pago de costas y gastos ▪ Instrucción a funcionarios públicos ▪ Investigación penal ▪ Protección a testigos ▪ Reparación simbólica 	Orden de reparación
Pertenencia de las víctimas a un grupo vulnerable	Si No	Caso
Participación de las víctimas en el proceso de concertación e	Si No	Orden de reparación

⁵² Las definiciones claves de las variables independientes están en el anexo metodológico.

implementación de las medidas de reparación con el Estado		
Cubrimiento de los hechos del caso por parte de medios de prensa nacionales después de proferida la sentencia de la CORIDH (El Tiempo y Revista Semana)	Muy alto Alto Medio Alto Medio Bajo Bajo Muy Bajo	Caso
Medida de reparación de carácter clásico	Si No	Orden de reparación
Caso sensible políticamente	Si No	Caso
Implementación de la medida de reparación a cargo exclusivo del gobierno nacional	Si No	Orden de reparación
Cumplimiento de la orden certificado por la CORIDH después de la posesión de Juan Manuel Santos como presidente de la República	Si No	Orden de reparación
Cumplimiento de la orden certificado por la CORIDH después de la expedición de la ley de víctimas	Si No	Orden de reparación
ONG que haya litigado el caso ante la CORIDH y que haga seguimiento a su cumplimiento	Colectivo de abogados José Alvear Restrepo Comisión Colombiana de Juristas Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos en conjunto con la Comisión Colombiana de Juristas	Caso

4.5.2. Poder explicativo de las variables independientes

Con estas variables en mente se realizaron dos análisis para tratar de determinar que hipótesis podrían tener poder explicativo. Un análisis fue de corte estrictamente porcentual analizando el efecto de cada variable independiente frente a la dependiente. Bajo este mismo método se analizó el efecto que podrían tener algunas variables independientes combinadas sobre el resultado de la variable dependiente. El otro análisis consistió en un análisis de correlaciones simples y una exposición econométrica. En primera instancia presentaremos el análisis porcentual y posteriormente explicaremos los hallazgos obtenidos a través de correlaciones simples obtenidas a través de una regresión econométrica.

4.5.3. Análisis porcentual

i. “Cuando la víctima pertenece a un grupo vulnerable el cumplimiento es más alto”

Cumplimiento: 46% – Incumplimiento 44%

Teniendo en cuenta el estrecho margen entre ambas cifras creemos que **no es una hipótesis con poder explicativo.**

ii. “Cuando las víctimas participan en el proceso de concertación e implementación de las medidas de reparación el cumplimiento reportado por la CORIDH es más bajo”

Cumplimiento: 31% - Incumplimiento 65%

iii. Cuando las víctimas no participan en el proceso de concertación e implementación de las medidas

Cumplimiento: 46% - Incumplimiento 38%

Esta hipótesis si estaría confirmada y **tendría un poder explicativo.** Como se señaló anteriormente, de acuerdo a la opinión de una de las personas entrevistadas “el litigio continúa en la implementación”. Esto implica que hay posiciones encontradas entre representantes del Estado y víctimas respecto a la forma en que la medida de reparación debe llevarse a cabo. Un 73% de las medidas en las que las víctimas participan son las medidas de reparación simbólica que, de acuerdo a los mismos representantes, son de las más importantes para las víctimas.

iv. “Cuando el cubrimiento en prensa es muy alto el cumplimiento también es alto”

Cumplimiento: 40% - Incumplimiento: 50% - Cumplimiento parcial 10%

De acuerdo a estas cifras, parece ser que el cubrimiento de prensa no es significativo en términos de cumplimiento de las órdenes por parte del Estado y por ende esta hipótesis **no tiene un poder explicativo**.

v. “Cuando la medida de reparación no es una medida clásica el incumplimiento es más alto”

Cumplimiento: 37% - Incumplimiento: 53%

vi. Cuando la medida de reparación es una medida clásica

Cumplimiento: 50% - Incumplimiento: 37.5% - Cumplimiento parcial: 12.5%

De acuerdo a las cifras parecería ser que la hipótesis **si puede tener un poder explicativo**. Es importante anotar que de la totalidad de las medidas no clásicas un 35% corresponde a la categoría de medidas de compensación de carácter no económico la cual arroja un nivel de incumplimiento de 73%. Parece ser entonces que las medidas de compensación de carácter no económico tienen un alto grado de complejidad para su cumplimiento.

vii. “Cuando el caso es sensible políticamente el cumplimiento es más bajo”

Cumplimiento 38% - Incumplimiento 52%

viii. Cuando el caso no es sensible políticamente

Cumplimiento 56% - Incumplimiento 32%

Esta hipótesis **si tendría un poder explicativo** y podría llevar a pensar que el Estado no tiene la misma voluntad para cumplir las órdenes contenidas en sentencias referentes a casos que han sido sensibles políticamente.

ix. “Cuando la implementación de la medida está a cargo exclusivo del gobierno nacional el grado de cumplimiento es más alto”

Cumplimiento 49% - Incumplimiento 41%

x. Cuando la medida no está a cargo exclusivo del gobierno nacional

Cumplimiento 14% - Incumplimiento 73%

La hipótesis **tendría un poder explicativo** y podría explicarse bajo la lógica según la cual la interacción entre distintas entidades del Estado es un factor que dificulta el cumplimiento de las medidas de reparación que requieren de dicha interacción. Ejemplos de medidas a cargo exclusivo nacional son los pagos de indemnizaciones económicas los cuales generalmente son responsabilidad de un Ministerio, o la publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional. Como ejemplo de medidas que no están a cargo exclusivo del gobierno nacional, se puede mencionar la construcción de monumentos en honor a la memoria de las víctimas que generalmente implica un proceso de coordinación con autoridades locales del lugar donde será instalado el monumento, permisos urbanísticos, etc.

xi. “Desde la posesión del gobierno de Juan Manuel Santos se reporta un mayor grado de cumplimiento”

Esta variable **no tiene relevancia** pues un 65% de los certificados de cumplimiento de la CORIDH fueron expedidos antes de su posesión, razón por la cual no se tienen suficientes datos para afirmar si el cambio de gobierno nacional tiene algún peso en el cumplimiento de las medidas.

xii. “Desde la expedición de la ley de víctimas y tierras se reporta un mayor grado de cumplimiento”

Igual que la hipótesis inmediatamente anterior, esta variable **no tiene relevancia** pues el 65% de los certificados de cumplimiento fueron dados por la CORIDH antes de la expedición de la ley.

xiii. “El grado de cumplimiento puede depender de las ONGs que litiguen ante la CORIDH y su estrategia de trabajo”

De los 9 casos comprendidos en el periodo 2004 – 2012 y analizados en nuestro proyecto el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (en adelante CAJAR) ha litigado 5; la Comisión Colombiana de Juristas (en adelante CCJ) ha litigado 2, el Grupo

Interdisciplinario por los Derechos Humanos 1 (en adelante GIDH) y la CCJ en conjunto con el GIDH 1.

La CCJ reportó un 27.7% de cumplimiento de las órdenes de reparación en los casos que ha litigado; CAJAR reportó un 50% de cumplimiento, el GIDH reportó un 33% de cumplimiento y el GIDH en su labor de litigio conjunto con la CCJ reportó un 40% de cumplimiento en sus casos.

Esta hipótesis si **tendría un poder explicativo** puesto que el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, además de ser la ONG que reporta más cumplimiento es la ONG que ha litigado más casos ante la CORIDH, razón por la cual se puede pensar que tiene una mayor experticia en esta fase del proceso.

Hipótesis complejas

Adicional a la verificación de hipótesis simples, el proyecto apuntó a hacer un análisis de hipótesis complejas. Las hipótesis complejas son el resultado de combinar dos o más hipótesis simples y verificar cual sería el grado de cumplimiento declarado por la Corte en dichos casos.

Medida de reparación simbólica + Participación de las víctimas en la implementación

Las medidas de reparación simbólica donde participan las víctimas reportan un 65% de incumplimiento y un cumplimiento de 29%.

Las medidas de reparación simbólica donde no participan las víctimas reportan un cumplimiento del 87% y un incumplimiento del 13%.

Esta hipótesis **tiene un fuerte poder explicativo** y confirma la hipótesis general según la cual el litigio continúa en la implementación y la conciliación de intereses entre las partes resulta bastante compleja alargando el proceso de cumplimiento de la orden.

Medida de reparación simbólica + casos sensibles

Las medidas de reparación simbólica en casos sensibles reportan un 25% de cumplimiento y un 67% de incumplimiento.

En los casos no sensibles estas medidas reportan un cumplimiento del 52% y un incumplimiento del 44%.

Es decir que la diferencia en los grados de cumplimiento de los casos sensibles a los no sensibles es de un 27%. La diferencia en el grado de incumplimiento disminuye de los casos sensibles a los no sensibles en un 23%. Esta **hipótesis tiene un fuerte poder explicativo** y confirma que en los casos sensibles, y en las medidas de reparación simbólica en particular que representan un valor importante para las víctimas, el Estado tiende a cumplir en menor grado.

Medida a cargo exclusivo del gobierno nacional + casos sensibles

Cuando se trata de una medida a cargo exclusivo del gobierno nacional en los casos sensibles el cumplimiento es de un 41% y el incumplimiento del 48%. Las medidas que están a cargo exclusivo del gobierno nacional y hacen parte de un caso NO sensible reportan un cumplimiento del 60% y un incumplimiento del 33%. **Esta hipótesis tendría un poder explicativo** y confirmaría entonces que en los casos sensibles el incumplimiento es mayor. El argumento según el cual las medidas a cargo exclusivo del gobierno nacional tienen mayor grado de cumplimiento, no sería convincente cuando se trata de un caso sensible.

4.5.4. Análisis basado en correlaciones simples y exposición econométrica

Para el análisis de correlaciones simples se desarrollaron tres tipos de test: Ktau, Spearman y Pwcorr. El primero fue empleado debido a que la base de datos (a la cual nos hemos referido acá como “la matriz”) es relativamente pequeña, el segundo porque las variables de estudio pueden corresponder a variables aleatorias continuas y el tercero cómo la medida más acertada de correlación por pares, la cual en este caso es necesaria ya que la mayoría de las variables son dicotómicas. Empleando los tres test el estudio de las relaciones es robusto y también las conclusiones que arrojan dado que exponen los mismos resultados en términos de significancia de las variables.

Tabla 4. Resultados de significancia de variables.

	Ktau Test	Spearman Test	Pwcorr Test
		Cumplido	
Vulnerable	0.0344	0.0688	0.0688
Participa	-0.0826*	-0.1876*	-0.1876*
Gob/nal	0.1067**	0.2782**	0.2782**
Litigante	0.0181	0.0333	0.0264
Prensa	-0.0284	-0.0591	-0.0699
Clásica	0.0964*	0.2041*	0.2041*
Sensible	-0.0895*	-0.1978*	-0.1978*

*Significativa al 10%; **Significativa al 5%

Realizada la correlación mediante los tests de Ktau, Spearman y Pwcorr se puede identificar que en ellos dos de las variables independientes (la significancia aparece en el cuadro) relacionadas positivamente con el cumplimiento de las órdenes de reparación son las medidas a cargo exclusivo del gobierno nacional y las órdenes de reparación que son de naturaleza clásica. Esto quiere decir, que las medidas a cargo exclusivo del gobierno nacional así como las medidas de naturaleza clásica, son generalmente, las que más cumple el Estado colombiano en el universo de órdenes de reparación estudiado.

Por otro lado, las variables independientes relacionadas negativamente son las órdenes de reparación en las cuáles debe haber un proceso de concertación con las víctimas y aquellas órdenes de reparación contenidas en casos que hemos catalogado como políticamente sensibles. Es decir, que las órdenes que implican una concertación con las víctimas y las órdenes que provienen de casos sensibles políticamente, tienden a tener índices de cumplimiento más bajos.

Estos hallazgos preliminares fueron refinados a través del análisis econométrico empleando una regresión tipo probabilística. A continuación se expone el resultado de los efectos marginales de la regresión desarrollada.

Figura 3. Resultado de los efectos marginales de la regresión.

```

. mfx
Marginal effects after probit
y = Pr(cumplido) (predict)
= .41187754

```

variable	dy/dx	Std. Err.	z	P> z	[95% C.I.]	X
partic~a*	-.1785628	.12075	-1.48	0.139	-.415223	.058097		.261905
gobnal*	.3001089	.1298	2.31	0.021	.045698	.554519		.821429
clasica*	.143785	.12475	1.15	0.249	-.100725	.388295		.666667
sensible*	-.2239704	.124	-1.81	0.071	-.467007	.019066		.714286

(*) dy/dx is for discrete change of dummy variable from 0 to 1

Este análisis permite determinar el aumento de la probabilidad de que una orden de reparación sea cumplida cuando las variables independientes son positivas, es decir, cuando la medida requiere la concertación con las víctimas, cuando la orden de reparación está a cargo exclusivo del gobierno nacional, cuando la orden de reparación es de naturaleza clásica y cuando la orden proviene de un caso sensible políticamente.

Según el análisis de los efectos marginales se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Que un caso sea políticamente sensible disminuye en un 22% la probabilidad de que sus órdenes de reparación sean cumplidas.
- Que la orden de reparación requiera la concertación con las víctimas disminuye en un 17% la probabilidad de que sea cumplida.

Es importante señalar que al analizar las variables independientes de manera cruzada, es decir como hipótesis complejas (por ejemplo, al tratar de determinar qué probabilidad hay de que una orden sea cumplida cuando hace parte de un caso políticamente sensible, e igualmente está a cargo exclusivo del gobierno nacional), la regresión no arrojó ningún resultado significativo, por lo que no es posible llegar a una conclusión válida respecto a este tipo de hipótesis. Esto se puede explicar por el bajo número de observaciones con el cual cuenta la base de datos, pero no implica que con un mayor número de observaciones se pueda realizar de nuevo la regresión, y analizar los efectos

combinados de dos variables independientes sobre la variable dependiente⁵³.

5. CONCLUSIONES GENERALES

El objetivo principal de este estudio fue identificar los factores que inciden en el grado de cumplimiento de las sentencias de la CORIDH contra el Estado colombiano. Los hallazgos preliminares llevaron inadvertidamente a perseguir un objetivo secundario. Este fue el entender el proceso de cumplimiento a través de factores externos que no se centran en aspectos legales o institucionales. Esto, a su vez, permitió entrar en la línea de investigación de Simmons y otros autores como Huneus, la cual busca iluminar esa caja negra que es el Estado cuando es estudiado bajo una visión ortodoxa del derecho internacional.

Para el caso colombiano, es claro que el fenómeno de cumplimiento no puede ser explicado en su totalidad mediante estudios que se enfoquen únicamente en la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, o en la capacidad institucional estatal para cumplir con los requerimientos de la CORIDH. Este último factor, la capacidad estatal y la existencia de una entidad o grupo destinado a este propósito, podrían explicar tal vez parcialmente el bajo cumplimiento a nivel general, pero no los divergentes grados de cumplimiento que se evidencian al comparar los distintos casos.

Por ende, el fenómeno del cumplimiento se puede apreciar mejor a través de los factores externos propuestos en este estudio, y obtenidos a través de un trabajo de campo en el cual se consultó a los actores directamente involucrados en el proceso de cumplimiento. Las hipótesis propuestas arrojan ya algunos resultados interesantes, pero esto no obsta para pensar en que son las únicas con un poder explicativo. La agenda investigativa debería apuntar a refinar estas hipótesis o proponer unas nuevas. Asimismo, la expansión del universo de órdenes de reparación estudiadas permitiría hacer análisis econométricos más robustos. Resultaría también interesante comprobar si en otros Estados

⁵³ Para efectos de nuestro estudio una "observación" se refiere a una orden de reparación incluida dentro del universo de órdenes de reparación estudiadas.

estos factores externos propuestos por nosotros podrían llegar a tener también un poder explicativo.

Del análisis realizado se pueden extraer las siguientes conclusiones respecto a las hipótesis o variables independientes:

1. Las órdenes de reparación que implican un proceso de concertación con las víctimas propician un espacio de deliberación y negociación que generalmente repercute en el incumplimiento de la medida. Esto lo confirma tanto el análisis porcentual como el análisis de correlaciones y la exposición econométrica realizada. Esta conclusión no debería ser interpretada como algo necesariamente nocivo. Por el contrario, y como afirmaron algunos de los entrevistados, muchas veces son estas medidas de reparación las que tienen mayor valor para las víctimas pues son consultadas y la medida como tal, o la forma en la que se va a implementar, depende de lo que las víctimas quieran. Las víctimas vuelven a tener una voz en esta fase. Por ello, pensar en aumentar el índice de cumplimiento sacando a las víctimas del proceso de concertación sería equivocado. Si bien los índices de cumplimiento son bajos en este tipo de órdenes debido a lo lento del proceso los resultados alcanzados tras la concertación entre Estado y víctima son los que generan mejores resultados y mayor satisfacción para ambas partes.
2. Los casos políticamente sensibles tienen un índice de cumplimiento muy bajo. Esta conclusión es la misma tanto en el análisis porcentual como en las correlaciones y la exposición econométrica.

En el análisis estrictamente porcentual esto se confirma cuando se cruza esta variable con otra variable que generalmente arrojaba un cumplimiento alto, por ejemplo, las medidas a cargo exclusivo del gobierno nacional. No obstante, la exposición econométrica no permite llegar a esta misma conclusión y no arroja una correlación significativa al analizar estas dos variables independientes en forma cruzada.

En todo caso, la relevancia de la variable independiente catalogada como “casos políticamente sensibles” parece confirmar una de las conclusiones extraídas de las entrevistas realizadas, y es que la fase de implementación y cumplimiento sigue siendo una “zona de litigio” “permeada por intereses políticos”. Esto, sin duda, afecta el cumplimiento de las órdenes y deja la vinculatoriedad de la orden de la CORIDH sometida al vaivén de otra serie de factores completamente extralegales.

1. El análisis porcentual y el econométrico nos permite afirmar que las medidas exclusivamente a cargo del Gobierno Nacional tienen altos niveles de cumplimiento. Esto evidencia un rasgo encontrado en las entrevistas que muchas veces las órdenes de reparación que requieren una interacción entre el Gobierno Nacional y Autoridades Departamentales o municipales implica un proceso burocrático pesado, lento, lleno de ritos legales formales y desidia de algunos funcionarios públicos del orden departamental o municipal, que consideran el cumplimiento de estas órdenes como una responsabilidad exclusiva del gobierno nacional. El hecho que una construcción de un monumento sea ordenada por la CORIDH, no exime a las entidades de someter todos los procesos de contratación a los requisitos legales que se requieren frente a cualquier otro tipo de obra. Esto, sin lugar a dudas hace que el proceso sea mucho más complejo. Este problema se ve potencializado cuando, por ejemplo, personas a nivel departamental o municipal que han estado familiarizadas con el proceso de cumplimiento son cambiadas de oficina o dejan de trabajar para la entidad. Esto implica no necesariamente empezar de cero el proceso de cumplimiento, pero sí un retroceso importante en el avance de cumplimiento.
2. Existen otras variables que no tienen poder explicativo. Dentro de estas está el que las víctimas del caso pertenezcan a una población vulnerable y el

cubrimiento de prensa respecto al caso. Al parecer, estos factores no tienen ningún efecto sobre el nivel de cumplimiento.

3. Otra variable que puede tener un poder explicativo, es la que expone el nivel de cumplimiento teniendo en cuenta la ONG que haya llevado el caso ante la CORIDH, y que igualmente hace seguimiento al proceso de cumplimiento. El problema con esta variable, y que puede hacer dudar respecto a su fiabilidad, es que no todas las ONGs analizadas han llevado el mismo número de casos. Es posible que el hecho de llevar más casos implique más experiencia y por ende un mejor record de cumplimiento. No obstante, al no tener un número similar de casos comparables por ONGs, es difícil aseverar que ésta es una variable independiente con un fuerte poder explicativo. Es necesario aclarar que el poder explicativo de esta variable está respaldado únicamente por el análisis porcentual. En el análisis de correlaciones y en la exposición econométrica esta variable no tiene ninguna incidencia significativa sobre la variable dependiente.

En síntesis, el estudio del fenómeno de cumplimiento a través de este tipo de factores puede acercar la investigación al fenómeno tal como lo perciben los actores que participan directamente en él. Seguramente habrá contextos donde la relación derecho internacional – derecho nacional sea aún relevante, y donde el status jurídico de las sentencias de la CORIDH no esté protegido de una certeza, y esto pueda explicar los bajos índices de cumplimiento. Igualmente, se encontrarán casos donde no haya una estructura estatal similar a la colombiana o al menos igual de desarrollada, y esto explique los índices de cumplimiento. Para el caso colombiano, al menos, se considera que una agenda investigativa centrada en explicar el fenómeno de cumplimiento buscando estos factores que dan *tracción* (para usar la terminología de Simmons), resulta ser más prometedora y eficaz.

6. ANEXO METODOLÓGICO

Con el fin de aclarar algunas dudas que puedan resultar respecto de la metodología empleada, se anexa este breve escrito que explica algunos aspectos de la metodología, tales como la configuración de las categorías en las que se agruparon los órdenes de reparación y la terminología o palabras claves en la formulación de las hipótesis operativizadas a través de variables independientes. Igualmente, se explica la metodología empleada para dar uso a la variable independiente referente al cubrimiento de prensa. Así mismo se incluyen las regresiones econométricas realizadas para las correlaciones simples.

6.1. Categorías de órdenes de reparación

Las categorías de órdenes de reparación fueron creadas a partir del análisis que se realizó de las sentencias de la CORIDH. En primer lugar, se encuentran (i) las *medidas de compensación de carácter no económico* que se refieren a medidas que se decretan con un fin no económico sino funcional: por ejemplo, el pago de los estudios académicos a los hijos de las víctimas. En segundo lugar, están (ii) *las medidas de compensación económica*, las cuales se refieren al pago de dinero a manera de indemnización por daños y perjuicios que se pudieron ocasionar a las partes lesionadas. Esta medida la categorizamos a su vez como una de naturaleza *clásica*. En tercer lugar, están (iii) *el pago de costas y gastos* que se refiere al pago de los gastos que se generaron para los representantes de las víctimas en el proceso ante la CORIDH. En cuarto lugar, está (iv) *la instrucción a funcionarios públicos* la cual se refiere a una serie de directrices ordenadas por la CORIDH al Estado, las cuales apuntan a reparar a las víctimas tratando de promover un cambio general y estructural en determinada estructura del Estado. Un ejemplo de una típica medida de este tipo sería la instrucción de capacitación en DDHH a los funcionarios de una entidad estatal en especial o la creación de un comité de seguimiento para el cumplimiento de otras medidas de reparación decretadas. En quinto lugar, está (v) la medida de *investigación penal* la cual se refiere a investigar de manera eficiente y satisfactoria los hechos en donde acaecieron la violación de los

Derechos Humanos a las víctimas y si es el caso, condenar a los responsables de ello, incluso si el proceso ya hubiere finalizado. En sexto lugar, (vi) están las medidas de *protección a testigos y víctimas* las cuales buscan la protección integral de los Derechos Humanos de estas personas, debido a su condición de vulnerabilidad. Por último, están (vii) las *medidas de compensación simbólica*, las cuales consisten en medidas que buscan una reparación emblemática con el propósito de resarcir a las víctimas y de rescatar el honor de cada una de ellas. Por ejemplo, una medida en donde se ordene la construcción de un monumento en honor a las víctimas de una masacre.

6.2. Terminología dentro de las hipótesis

- *Grupo Vulnerable*: entendemos como grupo vulnerable a aquellos grupos de la población que, por su condición de edad, sexo, estado civil, origen étnico, son susceptibles a la situación de riesgo. Dentro del contexto que aquí se trabaja nos referimos a grupos de personas desplazadas por el conflicto armado interno, así como también a grupos susceptibles de discriminación por su condición.
- *Medida Clásica*: entendemos como medida clásica aquella que, generalmente, es decretada por la CORIDH, esto es, medidas las cuales son típicas y representativas de aplicación. Por ejemplo, un medida de compensación económica.
- *Participación de las víctimas*: entendemos que las víctimas participan en la implementación de las medidas cuando es necesario concertar con ellas algunos puntos de acuerdo a lo señalado en la sentencia (ejemplo: diseño de un monumento, fecha y lugar de un acto de reconocimiento de perdón) o cuando la implementación requiere de su voluntad expresa como ocurre en las medidas de retorno en los casos donde hubo desplazamiento forzado.
- *Implementación de la medida a cargo exclusivo del gobierno nacional*: entendemos que algunas medidas no requieren de trabajo conjunto entre distintas

entidades estatales (Ejemplo: pago de indemnizaciones económicas, actos de perdón público, publicación de sentencias, obligación en materia de justicia) mientras que otras requieren de varios trámites burocráticos e interacción entre distintas entidades nacionales (Ejemplo: construcción de monumentos, prestación de servicios de salud, otorgamiento de becas o creación de diplomados).

- *Casos sensibles:* Entendemos que varias sentencias de la Corte han sido mal recibidas por algunos estamentos del poder debido a que señalan la complicidad del Estado o la organización de sus instituciones para cometer violaciones a DDHH o facilitarlas por parte de particulares. Consideramos entonces casos sensibles los casos paradigmáticos contra Colombia en los cuales la Corte estableció que el Estado había creado un riesgo objetivo al crear las autodefensas unidas de Colombia y que luego no adoptó medidas apropiadas para desmantelarlas. Así mismo, consideramos como casos sensibles éstos donde la víctima era un político de oposición.

6.3. Metodología Variable de Prensa

En este acápite se describe la metodología que se utilizó para la verificación de la hipótesis relativa al cubrimiento de prensa. En primer lugar, se trata de noticias que se encuentran en diarios que circulan a nivel nacional, estos son (i) EL TIEMPO, (ii) EL ESPECTADOR y (iii) la revista SEMANA. Así mismo, son medios de comunicación de amplio cubrimiento y tradición en Colombia. En este sentido, podrían catalogarse como los diarios tradicionales, y por consiguiente, las noticias que allí aparecen, generan un alto impacto en la dinámica de la sociedad colombiana. En segundo lugar, las noticias seleccionadas para el conteo tienen las siguientes características: (i) son noticias de primera plana; (ii) noticias se encuentran en el interior del Diario y que en su título se refiere explícitamente a los casos que llevó la CORIDH en Colombia; (iii) noticias sobre procesos penales a nivel nacional, llevados a cabo en razón a los fallos de las sentencias de la

CORIDH; (iv) noticias sobre el pago o no de indemnizaciones a las víctimas relacionadas con los casos llevados ante CORIDH; (v) editoriales y opiniones de prensa sobre los casos llevados ante la CORIDH, así como las editoriales y opiniones de las decisiones de esa misma corporación; (vi) noticias relacionadas con el cumplimiento del fallo de la CORIDH por parte del Estado colombiano; (vii) noticias relacionadas con la opinión del Estado colombiano sobre los fallos de la CORIDH. Dentro del conteo de noticias, no se incluyeron (i) foro de lectores; (ii) resumen de noticias (secciones de los Diarios en donde se mencionan las noticias más importantes de la semana, pero no se profundizan en ellas); (iii) noticias de otros casos polémicos en los cuales, se menciona personas implicadas en los casos objeto de estudio de la CORIDH; (iv) noticias que se refieren a otros fallos de la CORIDH para Colombia, pero que no se encuentran dentro de los casos objeto de estudio en la presente investigación; (v) noticias que recopilan todos los casos colombianos llevados a la CORIDH.

Descripción de las bases de datos

Para la búsqueda y conteo de noticias en el diario EL TIEMPO, se consultó en la base de datos que maneja el mismo dentro de sus instalaciones. La consulta se realizó el 12 y 21 de septiembre de 2012. Ahora bien, para la consulta de noticias en el diario EL ESPECTADOR se utilizó el los buscador de la pagina web oficial del mismo, puesto que, de acuerdo a la información dada, este diario no posee base de datos interna abierta al público. Por último, para la búsqueda de noticias en la revista SEMANA, se utilizó el buscador que contiene la página web de la misma.

Tabla 5. Cantidad de noticias por caso, de acuerdo al medio de comunicación.

CASO No. Noticias	DIARIO EL TIEMPO	DIARIO EL ESPECTADOR	REVISTA SEMANA
19 Comerciantes	12	4	2
Gutiérrez Soler	4	2	2
Masacre de Mapiripán	76	82	27
Masacre de Pueblo Bello	10	4	2
Masacre de	20	10	10

Ituango			
Masacre de la Rochela	13	9	6
Escué Zapata	1	2	1
Valle Jaramillo y otros	1	6	1
Manuel Cepeda Vargas	10	24	10
TOTAL	147	143	61

351 NOTICIAS

Tabla 6. Categorización de noticias de prensa.

CUBRIMIENTO DE PRENSA NOTICIAS	19 comerciantes	Gutiérrez Soler	Masacre de Mapiripán	Masacre de Pueblo Bello	Masacres de Ituango	Masacre de la Rochela	Escué Zapata	Valle Jaramillo y otros	Manuel Cepeda Vargas
Muy alto (155 - 185)			185						
Alto (124 - 154)									
Medio - alto (93 - 123)									
Medio - bajo (62-92)									
Bajo (31 - 61)					40				44
Muy bajo (1-30)	18	8		16		28	4	8	

Tomamos el dato numérico más alto de noticias y se restó por el dato más bajo ($185-4=181$). El resultado fue dividido por el número de categorías que se querían establecer quería formar. Así, $181/6$ (#categorías alto, medio, bajo) = 30.1. Este resultado (aproximado a 30) se utilizó como intervalo en cada una de las categorías.

Figura 4. Relaciones entre las variables independientes y dependiente.

```
. spearman, star(0.1)
(obs=84)
```

	cumplido	vulner~e	partic~a	gobnal	litiga~e	prensa	clasica	sensible	ambos
cumplido	1.0000								
vulnerable	0.0688	1.0000							
participa	-0.1876*	0.1767	1.0000						
gobnal	0.2782*	0.0200	-0.0757	1.0000					
litigante	0.0333	0.3010*	0.0613	-0.0055	1.0000				
prensa	-0.0591	-0.2795*	-0.0235	-0.0663	0.4956*	1.0000			
clasica	0.2041*	-0.0168	-0.0957	0.3297*	-0.1149	-0.0783	1.0000		
sensible	-0.1978*	-0.2787*	0.0171	-0.0885	-0.1442	0.4393*	0.0559	1.0000	
ambos	0.0208	-0.2131*	-0.0860	0.5384*	-0.1232	0.2996*	0.2041*	0.7303*	1.0000

Figura 5. Regresión econométrica de los efectos marginales.

```
. probit cumplido participa gobnal clasica sensible
```

Iteration 0: log likelihood = -57.364281
 Iteration 1: log likelihood = -50.479915
 Iteration 2: log likelihood = -50.446245
 Iteration 3: log likelihood = -50.446229
 Iteration 4: log likelihood = -50.446229

Probit regression

Number of obs	=	84
LR chi2(4)	=	13.84
Prob > chi2	=	0.0078
Pseudo R2	=	0.1206

Log likelihood = -50.446229

	Coef.	Std. Err.	z	P> z	[95% Conf. Interval]
participa	-.4776501	.3412303	-1.40	0.162	-1.146449 .1911489
gobnal	.8744274	.4667464	1.87	0.061	-.0403788 1.789234
clasica	.3774697	.3371549	1.12	0.263	-.2833418 1.038281
sensible	-.5718557	.3214235	-1.78	0.075	-1.201834 .0581228
_cons	-.6590768	.4991315	-1.32	0.187	-1.637357 .319203

7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ACOSTA LÓPEZ, J. & BRAVO RUBIO D., “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la CORIDH de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana” en *International Law: Revista colombiana de derecho Internacional*, No. 13, Junio-noviembre de 2008.

BASCH, F., “The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions.” *Sur International Journal on human rights*, v. 7, n, 12 Jun. 2010 Biannual, English Edition.

- BRINKS, D., & GAURI, V (dir.), *Courting social justice : judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2008.
- COLOMBIA., Constitución Política.
- COLOMBIA., Congreso de la República, Ley 288 de 1996.
- COLOMBIA., Congreso de la República, Ley 975 de 2005.
- COLOMBIA., Congreso de la República, Ley 1444 de 2011.
- COLOMBIA., Presidencia de la República, Decreto 4100 de 2011.
- COLOMBIA., Presidencia de la República, Decreto 4085 de 2011.
- GUTIERREZ, A., *El Bloque de Constitucionalidad. Conceptos y Fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- HAROLD HONGJU KOH, "Internalization Through Socialization", *Duke Law Journal*, 54, no. 4 (2005): 975–982.
- HAROLD HONGJU KOH, "Why Do Nations Obey International Law?" *Yale Law Journal* 106, no. 8 (June 1997): 2599–2659.
- HAROLD HONGJU KOH, "Why Transnational Law Matters", *Penn State International Law Review* 24 (2006 2005): 745.
- HAWKINS, D. & WADE J., "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights." *Journal of International Law and International Relations* 6 (1): 35-85, 2010.
- HUNEEUS, A., "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights." *Cornell International Law Journal*, 44: 493-533, 2011.
- JUTTA BRUNNÉE & STEPHEN J. TOOPE, "International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law", *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000).
- RODRIGUEZ GARAVITO, C. & RODRIGUEZ FRANCO, D., *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.
- SIMMONS, B., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- STEPHEN J. TOOPE & JUTTA BRUNNÉE., *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- UPRIMNY, R., "La Fuerza Vinculante de las Decisiones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos en Colombia: Un examen de la Evolución de la Jurisprudencia Constitucional" en KRSTICEVIC, V. y TOJO, L. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:*

Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales, CEJIL, Buenos Aires, 2007.

UPRIMNY, R., *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*, Convers Design, Bogotá, 2006.

8. FUENTES COMPLEMENTARIAS/RECURSOS

ELECTRÓNICOS

Entrevista a Diego Abonía, integrante de la Comisión Colombiana de Juristas y encargado de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias. Octubre 3 de 2012.

Entrevista a funcionario del Estado realizada el 17 de mayo de 2013. Por solicitud expresa del entrevistado su nombre se mantiene en reserva.

Entrevista a Luz Marina Monzón, representante de víctimas ante la CORIDH para el caso de Pueblo Bello. Octubre 17 de 2012.

Entrevista a Rafael Barrios, Abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Noviembre 9 de 2012.

Entrevista realizada a Nelson Camilo Sánchez (DeJusticia). Coordinador del área de Justicia Transicional por 5 años. Trabajó como abogado de la CIDH por 4 años. 21 de Mayo de 2013.

Entrevista realizada a una ex funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores. Marzo 12 de 2013. El nombre de la entrevistada se mantiene en anonimato por expresa solicitud de ella.

Respuesta a Derecho de Petición. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Octubre 3 de 2012.

www.elespectador.com. "Presentan Agencia que blindará al Estado contra lluvia de demandas" [en línea] 1 Noviembre de 2011.

Diario EL ESPECTADOR:

<http://www.elespectador.com/economia/articulo-308855-presentan-agencia-blindara-al-estado-contra-lluvia-de-demandas>

9. JURISPRUDENCIA BÁSICA

9.1. Tribunales nacionales

9.1.1. Corte Constitucional

Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia T-558 de 10 de julio de 2003, Magistrada Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Sentencia T-786 de 11 de septiembre de 2003, Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia T-327 de 15 de abril de 2004, Magistrado Ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Sentencia T-1025 de 3 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia T-367 de 11 de mayo de 2010, Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Sentencia T-585 A de 28 de julio de 2011, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Sentencia T-653 de 23 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO.

9.1.2. Corte suprema de justicia – Sala penal

Sentencia de Noviembre 1 de 2007, Proceso 26077, Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Sentencia de Marzo 6 de 2008, Proceso 26703, Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Sentencia de Diciembre 16 de 2008, Proceso 28476, Magistrado Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

Sentencia de 17 de septiembre de 2008, Proceso No. 26021, Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Sentencia de Junio 22 de 2011, Proceso 32407, Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

Sentencia de 3 de agosto de 2011, Proceso 28477, Magistrado Ponente: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Proceso 30642, Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Tribunales regionales

CorteIDH *Caballero Delgado y Santana V. Colombia*, 29 de enero de 1997.

CorteIDH *19 Comerciantes V. Colombia*, 5 de julio de 2004.

CorteIDH *Fermín Ramírez Vs Nicaragua*, 20 de junio de 2005.

CorteIDH *Yatama Vs Nicaragua*, 23 de junio de 2005.

CorteIDH *Acosta Calderón Vs Ecuador*, 24 de junio de 2005.

CorteIDH *Gutierrez Soler V. Colombia*, 12 de septiembre de 2005.

CorteIDH *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, 15 de septiembre de 2005.

CorteIDH *La masacre de Mapiripán V. Colombia*, 15 de septiembre de 2005.

CorteIDH *La masacre de Pueblo Bello V. Colombia*, 31 de enero de 2006.

CorteIDH *Las masacres de Ituango V. Colombia*, 1 de julio de 2006.

CorteIDH *La masacre de la Rochela V. Colombia*, 11 de mayo de 2007.

CorteIDH *Escué Zapata V. Colombia*, 4 de julio de 2007.

CorteIDH *Valle Jaramillo V. Colombia*, 27 de noviembre de 2008.

CorteIDH *Manuel Cepeda Vargas V. Colombia*, 26 de mayo de 2010.

CorteIDH *Vélez Restrepo y Familia V. Colombia*, 3 de septiembre de 2012.

Organismos internacionales

NACIONES UNIDAS, *Indicadores de Derechos Humanos-Guía para la medición y la aplicación*, Documento HR/PUB/12/5, 2012.

¿QUÉ ES LA RED DHES?

La Red DHES es una red de 10 Universidades -latinoamericanas y europeas- creada para la mejora de la calidad, pertinencia y accesibilidad de la educación superior (ES) en América Latina en materia de derechos humanos (DDHH). Nuestra filosofía es trabajar por la consolidación de los derechos humanos en, desde y para las Universidades, como centros de formación de pensamiento que deberían proyectar el mismo a las sociedades en que se ubican.

Trabajamos para formar licenciados concienciados en la defensa y promoción de los DDHH, competentes para desarrollar políticas públicas y mecanismos de protección y de promoción de los DDHH. Además, con el objetivo último de trabajar para la cohesión social en las sociedades que albergan nuestros centros de estudios, prestamos especial atención a la cuestión del acceso y permanencia de los grupos vulnerables en la educación superior. Los tres ejes materiales de nuestro trabajo son: la protección multinivel de los derechos humanos, los derechos humanos de los grupos vulnerables y las políticas públicas en clave de DDHH.

Las Universidades socias de la red son:

Universitat Pompeu Fabra (España)
Universidade Federal do Pará (Brasil)
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho (Bolivia)
Universidade de Brasilia (Brasil)
Universidad Austral de Chile
Universidad de los Andes (Colombia)
Universidad Técnica de Ambato (Ecuador)
Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Francia)
Universidad Carlos III de Madrid (España)



www.upf.edu/dhes-alfa/es